

DECLARATORIA SULLA TESI DI DOTTORATO

La sottoscritta

COGNOME | Falivena |

NOME | Maria |

Matricola di iscrizione al Dottorato | 1612365 |

Titolo della tesi:

| Il principio di *kompetenz-kompetenz* dell'arbitro in una prospettiva comparatistica |

Dottorato di ricerca in | Diritto dell'Impresa |

Ciclo | 27° |

Tutor del dottorando | Prof. Casare Cavallini |

Anno di discussione | 2016 |

DICHARA

sotto la sua responsabilità di essere a conoscenza:

- 1) che, ai sensi del D.P.R. 28.12.2000, N. 445, le dichiarazioni mendaci, la falsità negli atti e l'uso di atti falsi sono puniti ai sensi del codice penale e delle Leggi speciali in materia, e che nel caso ricorressero dette ipotesi, decade fin dall'inizio e senza necessità di nessuna formalità dai benefici previsti dalla presente declaratoria e da quella sull'embargo;
- 2) che l'Università ha l'obbligo, ai sensi dell'art. 6, comma 11, del Decreto Ministeriale 30 aprile 1999, n. 224, di curare il deposito di copia della tesi finale presso le Biblioteche Nazionali Centrali di Roma e Firenze, dove sarà consentita la consultabilità, fatto salvo l'eventuale embargo legato alla necessità di tutelare i diritti di enti esterni terzi e di sfruttamento industriale/commerciale dei contenuti della tesi;
- 3) che il Servizio Biblioteca Bocconi archiverà la tesi nel proprio Archivio istituzionale ad Accesso Aperto e che consentirà unicamente la consultabilità on-line del testo completo (fatto salvo l'eventuale embargo);
- 4) che per l'archiviazione presso la Biblioteca Bocconi, l'Università richiede che la tesi sia consegnata dal dottorando alla Società NORMADEC (operante in nome e per conto dell'Università) tramite procedura on-line con contenuto non

- modificabile e che la Società Normadec indicherà in ogni piè di pagina le seguenti informazioni:
- tesi di dottorato: Il principio di *kompetenz-kompetenz* dell'arbitro in una prospettiva comparatistica;
 - di: Falivena Maria;
 - discussa presso l'Università commerciale Luigi Bocconi – Milano nell'anno 2016;
 - La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore (legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche). Sono comunque fatti salvi i diritti dell'Università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte;
- 5) che la copia della tesi depositata presso la NORMADEC tramite procedura on-line è del tutto identica a quelle consegnate/inviata ai Commissari e a qualsiasi altra copia depositata negli Uffici dell'Ateneo in forma cartacea o digitale e che di conseguenza va esclusa qualsiasi responsabilità dell'Ateneo stesso per quanto riguarda eventuali errori, imprecisioni o omissioni nei contenuti della tesi;
- 6) che il contenuto e l'organizzazione della tesi è opera originale realizzata dal sottoscritto e non compromette in alcun modo i diritti di terzi (legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche), ivi compresi quelli relativi alla sicurezza dei dati personali; che pertanto l'Università è in ogni caso esente da responsabilità di qualsivoglia natura, civile, amministrativa o penale e sarà dal sottoscritto tenuta indenne da qualsiasi richiesta o rivendicazione da parte di terzi;
- 7a) che la tesi di dottorato non è il risultato di attività rientranti nella normativa sulla proprietà industriale, non è stata prodotta nell'ambito di progetti finanziati da soggetti pubblici o privati con vincoli alla divulgazione dei risultati; non è oggetto di eventuali registrazioni di tipo brevettale o di tutela, e quindi non è soggetta a embargo;

1° febbraio, 2016

COGNOME	Falivena
NOME	Maria

ABSTRACT

Il presente lavoro delinea quale significato ha assunto nel nostro ordinamento del principio di *kompetenz-kompetenz* dell'arbitro, al fine di evidenziare i corollari che derivano dall'accoglimento di tale principio in un sistema che ha accolto il c.d. sistema delle "vie parallele". La principale domanda a cui si cercherà di rispondere è se il principio di *kompetenz-kompetenz* dell'arbitro possa, e in che misura, tollerare dei temperamenti.

Al fine di raggiungere tale obiettivo si esamineranno brevemente alcuni sistemi giuridici europei come quello francese ed inglese. Nel primo caso si evidenzierà come il principio di *compétence-compétence* alla francese sia il riflesso di un ordinamento che consacra, più di tutti, il *favor arbitri*. Nel secondo caso, il sistema inglese, pur riconoscendo il c.d. effetto negativo della *kompetenz-kompetenz*, consente un temperamento del principio in casi eccezionali, consentendo di ricorrere al giudice statale per ottenere un accertamento sulla *potestas iudicandi* degli arbitri.

Al fine di evidenziare come, anche nell'ordinamento italiano, sarebbe auspicabile un temperamento al principio di *kompetenz-kompetenz* dell'arbitro, si è analizzato come lo stesso principio, accolto dapprima in maniera rigorosa nel caso dell'analogo potere riconosciuto al giudice ordinario dal codice, abbia poi subito alcuni vincoli nel codice di rito del 1940.

Il lavoro prosegue analizzando la disciplina del nuovo articolo 817 c.p.c. che ha sancito l'accoglimento del principio di *kompetenz-kompetenz* nel codice di rito. Evidenziando, poi, come la mancanza di sistemi preventivi di coordinamento tra la decisione dell'arbitro sulla propria *potestas iudicandi* e quella che al contempo potrebbe essere resa dal giudice ordinario, esponga le parti ad una frustrazione delle proprie pretese nell'individuazione dell'organo giudicante, l'indagine si chiude con l'auspicio di un intervento legislativo volto ad affrontare le problematiche della disciplina vigente.

In particolare, si confida che il legislatore intervenga, da un lato, a chiarire i rapporti ancora oscuri tra arbitro e giudice e, dall'altro, a garantire l'effettiva *sostitutività* dell'arbitrato. Obiettivo che può essere assicurato solo attraverso strumenti idonei di coordinamento preventivo tra le due vie che consentano *in primis* la possibilità di un celere e definitivo radicamento del procedimento privato.

Ringraziamenti

Si ringraziano il Professore Cesare Cavallini per la sua disponibilità e la Fondazione Cariplo per il patrocinio concesso nell'ambito del programma Cariplo *Mobility grant* che mi ha permesso di visitare lo *Swiss Institute of Comparative Law* di Losanna.

INDICE

CAPITOLO PRIMO

IL PRINCIPIO DI *KOMPETENZ-KOMPETENZ* DELL' ARBITRO NEL PANORAMA MODERNO

1. INTRODUZIONE. L' OGGETTO ED IL PIANO DELL' INDAGINE.....	9
2. LE DIVERSE CONIUGAZIONI DEL PRINCIPIO DI <i>KOMPETENZ-KOMPETENZ</i> DEGLI ARBITRI	12
2.1 IL PRINCIPIO DI <i>KOMPETENZ-KOMPETENZ</i> NEL PANORAMA MODERNO	12
2.2 SULL'ACCETTAZIONE DELL' EFFETTO NEGATIVO DEL PRINCIPIO DI <i>KOMPETENZ-KOMPETENZ</i>	17
3. IL PRINCIPIO DI <i>KOMPETENZ-KOMPETENZ</i> NEL SISTEMA GIURIDICO FRANCESE.....	19
3.1 LA REGOLA DELLA PRIORITÀ DELL' ARBITRO DA REGOLA PROCESSUALE A REGOLA DI CONFLITTO	24
4. L'ESPERIENZA DEL REGNO UNITO: DALLA TRADIZIONE DI <i>COMMON LAW</i> AD <i>HARBOUR ASSURANCE CASE</i>	27
4.1 L' <i>ARBITRATION ACT</i> 1996 E L'ACCOGLIMENTO DEL PRINCIPIO DI <i>KOMPETENZ-KOMPETENZ</i> DELL' ARBITRO	29
4.2 L'EFFETTO NEGATIVO DELLA <i>KOMPETENZ-KOMPETENZ</i> SECONDO L'ORDINAMENTO INGLESE ED IL LIMITE DEL <i>PRELIMINARY RULING</i> DEL GIUDICE STATALE	32

CAPITOLO SECONDO

IL PRINCIPIO DI *KOMPETENZ-KOMPETENZ* DAL CODICE DI RITO DEL REGNO D' ITALIA AL NUOVO CODICE DEL 1940

1. IL PRINCIPIO DI <i>KOMPETENZ-KOMPETENZ</i> NEL SISTEMA PROCESSUALISTICO ITALIANO	35
1.1 IL POTERE DEL GIUDICE ORDINARIO DI STATUIRE SULLA PROPRIA COMPETENZA NEL CODICE DI PROCEDURA CIVILE ITALIANO. DAL REGNO D'ITALIA AL CODICE DI RITO DEL 1940	36
2. IL PRINCIPIO DI <i>KOMPETENZ-KOMPETENZ</i> IN SEDE ARBITRALE. PREMessa SISTEMATICA	42
2.1 IL DIBATTITO SULLA NATURA DELL' ARBITRATO E SULL'ECCEZIONE DI COMPROMESSO	42
2.2 IL PRINCIPIO DI <i>KOMPETENZ-KOMPETENZ</i> DELL' ARBITRATO NEL CODICE DEL 1865	48
2.3 L'EMANAZIONE DEL CODICE DEL 1940 E LA RICONDUZIONE DEI RAPPORTI TRA GIUDICE ED ARBITRO NELL'AMBITO DELLA COMPETENZA	52

2.3.1 I COROLLARI DI TALE IMPOSTAZIONE: L' AFFERMARSI DEL PRINCIPIO DI <i>KOMPETENZ-KOMPETENZ</i> DELL' ARBITRO E LA TEORIA DELLA <i>VIS ATTRACTIVA</i>	56
3. LA RIFORMA DEL 1994 TRA IL RIGETTO DEL PRINCIPIO DELLA <i>VIS ATTRACTIVA</i> E LA TEORIA DELLA LITISPENDENZA A SENSO UNICO	60
3.1 LA CRITICA DELLA DOTTRINA	64
4. IL <i>REVIREMENT</i> DELLA CASSAZIONE E L'ACCOGLIMENTO DELLA TESI NEGOZIALE DELL'ARBITRATO	66

CAPITOLO TERZO

LA NOVELLA DEL 2006 TRA AFFERMAZIONE DELLA NATURA GIURISDIZIONALE DELL' ARBITRATO ED IL NUOVO PRINCIPIO DI *KOMPETENZ-KOMPETENZ* DELL'ARBITRO

1. PREMessa	69
2. IL PRINCIPIO DI <i>KOMPETENZ-KOMPETENZ</i> E LA NUOVA DISCIPLINA DELL'ECCEZIONE DI INCOMPETENZA ARBITRALE	72
2.1 IL PRINCIPIO DI <i>KOMPETENZ-KOMPETENZ</i> ED IL REGIME DEI VIZI ECCEPIBILI	75
2.1.2 L'INDISPONIBILITÀ DEL DIRITTO CONTROVERSO E LE CONTESTAZIONI SUL CONTENUTO E L' AMPIEZZA DELLA CONVENZIONE D'ARBITRATO	76
2.1.3 INESISTENZA, INVALIDITÀ ED INEFFICACIA DELLA CONVENZIONE DI ARBITRATO	78
2.1.4 ESORBITANZA DELLE CONCLUSIONI DAI LIMITI DEL PATTO COMPROMISSORIO E LE CONTESTAZIONI RELATIVE AL CONTENUTO E ALL' AMPIEZZA DEL PATTO COMPROMISSORIO	81
2.1.5 IRREGOLARITÀ NELLA COMPOSIZIONE DEL COLLEGIO ARBITRALE	83
2.2. IL REGIME PRECLUSIVO PER LA PROPOSIZIONE DELL'ECCEZIONE DI INCOMPETENZA DELL'ARBITRO	84
2.2.1 LA MANCATA PROPOSIZIONE DELL' ECCEZIONE DI INCOMPETENZA ED I SUOI EFFETTI	88
3. LA DECISIONE SULL'ECCEZIONE DI INCOMPETENZA DEGLI ARBITRI PRIMA DELLA RIFORMA	90
3.1 I RISVOLTI INTERPRETATIVI A SEGUITO DELLA RIFORMA	95
4. L'IMPUGNAZIONE DEL LODO CHE DECIDE SUL POTERE DECISORIO DEGLI ARBITRI. L'IMPUGNAZIONE PER NULLITÀ	99
4.1 IL GIUDIZIO DI NULLITÀ DI FRONTE LA CORTE D' APPELLO ED ALCUNE QUESTIONI DI COORDINAMENTO	101

CAPITOLO QUARTO

EFFICACIA DEL LODO E QUESTIONI DI COORDINAMENTO

1. PREMESSA	107
2. L'EFFICACIA DELLA PRONUNCIA RESA DAGLI ARBITRI SULLA PROPRIA <i>POTESTAS IUDICANDI</i>	108
2.1 SULL'AMMISSIBILITÀ DI UNA "EFFICACIA ESTERNA" DELLA PRONUNCIA DEGLI ARBITRI ALLA LUCE DELLE RECENTE RIFORMA	110
2.1.2 LE RICOSTRUZIONI ALTERNATIVE DELLA DOTTRINA E LA POSIZIONE DELLA GIURISPRUDENZA	111
2.2. L'EFFICACIA DELLA DECISIONE DELLA CORTE D' APPELLO SUL LODO RESO IN PUNTO DI COMPETENZA ARBITRALE	114
3. IL PRINCIPIO DI <i>KOMPETENZ-KOMPETENZ</i> NEI RAPPORTI TRA ARBITRATO E GIUDIZIO ORDINARIO	115
3.1 IL PRINCIPIO DI <i>KOMPETENZ-KOMPETENZ</i> ED I LIMITI DEL GIUDICATO	118
3.2 L' ECCEZIONE DI PRECEDENTE LODO NON PIÙ IMPUGNABILE	121
4. IL COORDINAMENTO FRA LA DECISIONE ARBITRALE E QUELLA DEL GIUDICE	123
5. UN DIVERSO INQUADRAMENTO DEL PRINCIPIO DI <i>KOMPETENZ-KOMPETENZ</i> DELL'ARBITRO E DEI RAPPORTI TRA ARBITRO E GIUDICE ALLA LUCE DEI MODELLI STRANIERI	124
BIBLIOGRAFIA	128
GIURISPRUDENZA	145
GIURISPRUDENZA STRANIERA	155

CAPITOLO PRIMO

IL PRINCIPIO DI *KOMPETENZ-KOMPETENZ* DELL' ARBITRO NEL PANORAMA MODERNO

SOMMARIO: 1. INTRODUZIONE. L' OGGETTO E IL PIANO DELL' INDAGINE – 2. LE DIVERSE CONIUGAZIONI DEL PRINCIPIO DI *KOMPETENZ-KOMPETENZ* DEGLI ARBITRI – 2.1 IL PRINCIPIO DI *KOMPETENZ-KOMPETENZ* NEL PANORAMA MODERNO – 2.2 SULL'ACCETTAZIONE DELL'EFFETTO NEGATIVO DEL PRINCIPIO DI *KOMPETENZ-KOMPETENZ* – 3. IL PRINCIPIO DI *KOMPETENZ-KOMPETENZ* NEL SISTEMA GIURIDICO FRANCESE – 3.1 LA REGOLA DELLA PRIORITÀ DELL'ARBITRO: DA REGOLA PROCESSUALE A REGOLA DI CONFLITTO – 4. L'ESPERIENZA DEL REGNO UNITO: DALLA TRADIZIONE DI *COMMON LAW* AD *HARBOUR ASSURANCE CASE* – 4.1 L'*ARBITRATION ACT* 1996 E L'ACCOGLIMENTO DEL PRINCIPIO DI *KOMPETENZ-KOMPETENZ* DELL'ARBITRO – 4.2 L'EFFETTO NEGATIVO DELLA *KOMPETENZ-KOMPETENZ* SECONDO L'ORDINAMENTO INGLESE ED IL LIMITE DEL *PRELIMINARY RULING* DEL GIUDICE STATALE

1. Introduzione. L' oggetto e il piano dell' indagine

Il principio della *kompetenz-kompetenz* dell' arbitro è comunemente inteso come il principio in base al quale un ordinamento riconosce il potere dell'arbitro di valutare la sussistenza dei presupposti che gli consentono di conoscere di una controversia¹ e, conseguentemente, affermare o negare la propria *potestas iudicandi*. Esso è uno dei tratti caratterizzanti il diritto dell'arbitrato negli ordinamenti moderni e rappresenta la spada per lungo tempo negata all' arbitro, il cui potere decisorio sulla propria *potestas iudicandi* ha dovuto sempre tollerare l'intervento dell' autorità giudiziaria ordinaria sin dai primi momenti dell'instaurazione del procedimento arbitrale.

Prima di introdurre l'oggetto del presente studio è opportuno ricordare che la convenzione di arbitrato produce due principali effetti fra essi speculari: *“fonda il potere decisorio degli arbitri e ostacola il potere decisorio del giudice”*². Infatti, dalla natura della

¹ LUIISO-SASSANI, *La riforma del processo civile. Commentario breve agli articoli riformati del codice di procedura civile*, Milano, 2006, 297.

² LUIISO, *Diritto processuale civile*, VI ed., Milano, Giuffrè Editore, 2011, 150. La conclusione di una convenzione arbitrale ha infatti un duplice effetto: da un lato, quello (positivo) di attribuire all' arbitro il potere di statuire sulla propria competenza; dall' altro quello (negativo) di sottrarre la *potestas iudicandi* sulla

convenzione arbitrale, frutto dell'autonomia delle parti, non deriva esclusivamente un effetto impeditivo della giurisdizione ordinaria, ma scaturisce "soprattutto un effetto (positivo) di concretizzazione di un «diverso ordinamento»"³.

Inoltre, la questione della definizione del *finium regundorum* tra giudice ed arbitrato può sorgere in due diversi momenti. Di fronte all'autorità giudiziaria ordinaria quando, a seguito della proposizione dell'eccezione d'incompetenza dell'adito giudice ordinario venga opposta, in via di replica, sia una diversa interpretazione della convenzione d'arbitrato che l'inefficacia, la nullità o l'annullabilità della stessa, oppure, di fronte all'arbitro nel procedimento arbitrale. In entrambe le ipotesi sarà necessario verificare se sussista il potere decisorio in capo al soggetto adito. Naturalmente, nel primo caso, è il giudice ordinario che dovrà assumere una decisione e ciò non perché, almeno oggi, questi debba statuire sulla competenza o meno degli arbitri, ma in forza del principio per cui ogni giudice è giudice della propria competenza: il c.d. principio della *kompentenz-kompetenz*. Un principio inizialmente riconosciuto nel nostro ordinamento solo al giudice togato e che è stato per lungo tempo negato all'arbitro.

Per l'oggetto che interessa il presente studio, se l'eccezione di incompetenza degli arbitri viene proposta innanzi agli stessi giudici privati designati dalle parti, in ragione di una contestazione riguardante l'esistenza, la validità, l'efficacia o la portata della convenzione arbitrale, gli arbitri potranno pronunciarsi sulla propria *potestas iudicandi* in base al principio di *kompeten-kompetenz*. Un potere che inizialmente è stato riconosciuto solo dalla prassi giurisprudenziale delle nostre corti e che, come vedremo, solo con la riforma intervenuta con il d. lgs. n. 40 del 2006 il legislatore ha ufficialmente accolto fra le norme di diritto positivo.

Il potere degli arbitri di pronunciarsi sulla propria *potestas iudicandi* è uno dei temi riconducibili all'ambito dei rapporti tra arbitro e giudice. Tuttavia, se nell'ambito dello studio e della comprensione dell'organizzazione del processo davanti ai giudici statali la dottrina ha provveduto negli anni all'analisi dei presupposti processuali, tra cui le condizioni per l'azione, e se ancora si discute se

controversia al giudice che sarebbe naturalmente competente a conoscerla in quanto giudice naturale precostituito per legge. Sul punto, MENCHINI, *Il controllo e la tutela della convenzione arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2013, 365; IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo. Studi sui rapporti tra arbitrato e giurisdizioni statali*, Torino, 2013, 92 ss.

³ CAVALLINI, *L'arbitrato rituale. Clausola compromissoria e processo arbitrale*, Egea, 2009, 39.

l'azione sia un diritto astratto o concreto verso lo Stato ad un provvedimento di merito o favorevole, l'unico sicuro presupposto o condizione per deferire una controversia in arbitrato è l'esistenza di una valida ed efficace convenzione arbitrale. Gli arbitri, infatti, in tanto saranno autorizzati a dare esecuzione al proprio mandato, in quanto sia valido ed efficace l'atto che glielo conferisce⁴.

Il principio di *kompetenz-kompetenz*, dapprima estraneo al diritto positivo dell'arbitrato nel nostro ordinamento è stato oggetto di numerosi studi monografici all'estero⁵, dove lo stesso principio è stato accolto dal legislatore straniero prima di quanto avvenuto nel nostro ordinamento. La portata ed il significato di tale principio, come vedremo, può divergere sostanzialmente da ordinamento a ordinamento⁶. Esso subisce diverse declinazioni nell'ambito della disciplina di diritto positivo sia in termini di limiti imposti alle parti o agli arbitri per sollevare e decidere l'eccezione di "incompetenza" dei giudici privati, sia in termini di esclusività e vincolatività della pronuncia degli arbitri di statuire sulla propria *potestas iudicandi*.

La presente indagine ha lo scopo principale di esaminare il principio di *kompetenz-kompetenz* dell'arbitro alla luce della recente riforma del 2006⁷ e delineare i principali profili della disciplina che rimangono ancora irrisolti o poco chiari.

Questo obiettivo sarà raggiunto tramite un breve *excursus* sulla nascita del principio negli ordinamenti stranieri e, in particolare, attraverso una sintetica descrizione della sua disciplina nel sistema francese ed inglese. Successivamente si analizzerà come lo stesso principio sia stato accolto nell'ambito del nostro diritto processuale civile, prima, e del diritto dell'arbitrato, poi.

⁴ Cass., 13 dicembre 2001, n. 15753, in *Giust. civ.*, 2002, I, 3113 con nota di TIZZI, *Il controllo del potere degli arbitri liberi da parte del giudice statale*.

⁵ FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, Paris, 1965, 57 ss.; SANDERS, *L'autonomie de la clause compromissoire*, in *Hommage Eisemann*, Paris, 1978, 31 ss.; DAVID, *L'Arbitrage dans le Commerce International*, Paris, 1982, 231; ROBERT, *L'arbitrage, droit interne et droit international privé*, Paris, 1983, 245.

⁶ LUISO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, in *La riforma della disciplina dell'arbitrato (L. n. 80/2005 e D. lgs. n. 40/2006)*, a cura di Elio Fazzalari, 120 ss.

⁷ La legge n. 80 del 14 maggio 2005, contenente le "deleghe al Governo per la modifica del codice di procedura civile in materia di processo di cassazione e di arbitrato" e con cui il legislatore ha disciplinato in generale i rapporti fra arbitro e giudice, ivi compresa l'eccezione di patto compromissorio.

La presente trattazione è suddivisa in quattro capitoli.

Il primo capitolo è dedicato all'analisi dei significati che tale principio può assumere e come lo stesso è stato accolto da alcuni ordinamenti europei. In particolare, si analizzerà come il principio di *kompetenz-kompetenz* dell'arbitro è attualmente disciplinato in Francia e nel Regno Unito, per poi proseguire con una breve analisi storica nel diritto italiano in materia.

Nel secondo capitolo viene trattato il principio di *kompetenz-kompetenz* dell'autorità giudiziaria ordinaria nel codice del Regno d'Italia e nel diritto dell'arbitrato del codice di rito del 1940 prima che intervenisse la recente riforma del 2006.

Il terzo capitolo esamina l'attuale disciplina del codice di rito che, a seguito della novella del 2006, ha espressamente sancito l'ingresso anche nel nostro diritto positivo del principio di *kompetenz-kompetenz* dell'arbitro. Verrà, poi, delineato brevemente il regime d'impugnazione della decisione resa dagli arbitri sulla propria *potestas iudicandi*.

Infine, il quarto capitolo si sofferma sui limiti imposti dal nostro ordinamento al principio di *kompetenz-kompetenz*, nonché sulle regole di efficacia del lodo reso dagli arbitri sulla questione in punto di competenza, al fine di evidenziare le problematiche di coordinamento che possono sorgere nel nostro ordinamento che ha accolto il c.d. sistema delle vie parallele.

2. Le diverse coniugazioni del principio di *kompetenz-kompetenz* degli arbitri

2.1 Il principio di *kompetenz-kompetenz* nel panorama moderno

Il principio di *kompetenz-kompetenz* dell'arbitro, o *compétence-compétence* nella sua versione francese, è comunemente inteso come quel potere che ciascun ordinamento può riconoscere all'arbitro di statuire sulla propria *potestas iudicandi* nel caso la stessa venga contestata nel corso del procedimento arbitrale alla pari di qualsiasi altro giudice.

E' doveroso tuttavia segnalare che tale principio può assumere diverse declinazioni all' interno di ciascun ordinamento ed avere contorni spesso poco chiari. Come rileva autorevole dottrina⁸, infatti, “*Le principe de compétence-compétence, qui fonde la compétence des arbitres pour connaître de leur propre compétence, fait aujourd' hui partie de ces règles qui paraissent unanimement admises mais qui, en réalité, dissimulent encore des profondes divergences en droit comparé*”.

L'espressione *kompetenz-kompetenz* deriva dalla tradizione tedesca e significa letteralmente “giurisdizione della giurisdizione”. Secondo il suo significato originario tale principio comportava che le parti conferissero all' arbitro il poter decidere in modo vincolante sulla propria *potestas iudicandi*. In particolare, la giurisprudenza e parte della dottrina tedesca⁹ riteneva che il principio di *kompetenz-kompetenz* dell' arbitro non riguardasse esclusivamente la questione del potere degli arbitri di poter decidere la propria competenza, ma anche il profilo legato alla vincolatività della pronuncia degli arbitri nei confronti delle corti statali. Pertanto, secondo tale lettura, la vera portata del principio di *kompetenz-kompetenz* era da rinvenirsi proprio nella possibilità che le parti avessero di conferire in via convenzionale all' arbitro il potere di decidere in modo vincolante ed insindacabile, anche in una successiva fase giudiziale, della validità e della efficacia della clausola. In virtù di tale interpretazione, anche il lodo arbitrale sarebbe stato suscettibile di divenire insindacabile e vincolante nei confronti del giudice ordinario ed avrebbe potuto statuire in via definitiva sulla validità ed efficacia della clausola compromissoria¹⁰. Tale interpretazione restrittiva del principio di *Kompetenz-Kompetenz* era stata ammessa in passato dalla giurisprudenza tedesca, ma fu fortemente criticata dalla maggioranza della dottrina¹¹. Inoltre, sebbene la Corte di Giustizia Federale tedesca risolve

⁸ GAILLARD, *L' effet négatif de la compétence-compétence*, in *Étude de procédure et d' arbitrage en l' honneur de Jean-François Poudret*, Recueil édité par Jacques Haldy Jean-Marc Rapp Phidias Ferrari, Lausanne, 1999, 387.

⁹ SCHWAB, *Schiedsgerichtsbarkeit*, Verlag C.H. Beck Helbing & Lichtenhahn, 2005, 48.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Questa nozione di *kompetenz-kompetenz* che prevedeva una soppressione del controllo ulteriore da parte della giurisdizioni statali è stata fortemente condannata dalla legge di riforma dell' arbitrato del 22 dicembre 1998. Sul punto, BAUR, *Rechtshängig-Schiedshängig*, in *Festschrift für Fasching*, Vienna, 1988, 81 ss; SCHÄFFER, *Die Einrede der Kompetenz-Kompetenz des Schiedsgerichtes*, in *Festschrift für Henckel*, Berlino, 1995, 723 ss; BERGER, *Germany adopts the UNCITRAL Model Law*, *Int. A.L.R.*, 1998, 121 ss.

positivamente tale questione in un caso riguardante una c.d. *‘Kompetenz-Kompetenz clause’*¹² tale possibilità è oggi esclusa dal nuovo dettato del §1040, III ZPO.

Affianco a tale interpretazione restrittiva della nozione di *kompetenz-kompetenz* è possibile individuare almeno altri due principali significati. Il primo, c.d. *kompetenz-kompetenz* in senso lato¹³, riconosce un effetto positivo a tale principio nella sua accezione maggiormente condivisa secondo cui ciascun giudice – pubblico o privato - è giudice del proprio potere decisorio¹⁴ (c.d. effetto positivo). Tale accezione primaria, sulla falsariga dello stesso principio vigente nel giudizio ordinario, riconosce agli arbitri la possibilità di conoscere dell’eccezione di incompetenza¹⁵ sollevata nel corso del procedimento arbitrale e, conseguentemente, di statuire sulla propria *potestas iudicandi* al pari di ogni organo giurisdicente. In tal modo viene confermata l’autonomia del procedimento arbitrale nonché l’indipendenza di tale istituto in quanto gli arbitri potranno decidere senza dover ricorrere al supporto delle corti statali.

Il secondo significato, invece, ritiene che il principio vada inteso in favore della figura dell’arbitro il quale sarà il solo a potersi pronunciare in merito alla propria *potestas iudicandi* paralizzando, per l’effetto, ogni eventuale procedimento innanzi il giudice statale in punto di accertamento della *potestas iudicandi* dei giudici privati (c.d. effetto negativo). Tale accezione implica una regola dalla quale scaturisce la priorità degli arbitri¹⁶ i quali dovranno essere in ogni caso i primi a dover conoscere della questione relativa alla propria competenza, mentre le corti statali potranno essere coinvolte solo successivamente nella fase di impugnazione

¹² Cfr. SCHWAB, *Schiedsgerichtsbarkeit*, Verlag C.H. Beck Helbing & Lichtenhahn, 2005, 48.

¹³ LUIISO, *Rapporti tra arbitri e giudice*, in *Riv. arb.*, 2005, 776.

¹⁴ Per un riferimento alle tre principali declinazioni che può assumere il principio di *kompetenz-kompetenz*, Cfr. LUIISO, *Rapporti tra arbitri e giudice*, in AA.VV., *La riforma della disciplina dell’arbitrato (l. 80/2005 e d. lgs. n. 40/2006)*, Giuffrè Editore, 2006, 117-127.

¹⁵ BOUCARON-NARDETTO, *La compétence-compétence: le point de vue français*, in *Les Cahiers de l’Arbitrage*, 2013, n. 1, 38 secondo la quale: «*Dans son sens premier, admis majoritairement à l’étranger, le principe compétence-compétence permet au tribunal de connaître de ce moyen de défense au procès des plus classiques : l’exception d’incompétence. La compétence-compétence est donc le simple décalque au domaine de l’arbitrage du principe de droit processuel selon lequel tout juge est juge de sa compétence. Rien de plus.*».

¹⁶ In dottrina, anche con riferimento alle questioni che possono sorgere nei casi di gruppi di imprese e delle parti non firmatarie della convenzione d’arbitrato, FADLALLAH, *Priorité à l’arbitre: entre quelles parties?*, *Gazette du Palais*, 6 giugno 2002, n. 157, 26 ss. POUDRET-BESSON, *Droit comparé de l’arbitrage international*, Bruxelles, 2002, 459 parlano di una *“priorité chronologique, et non pas absolue, analogue à celle consacrée par l’exception de litispendance, mais dont le champ d’application a été étendu à l’action en constatation ou négation du droit au sujet de la compétence de l’arbitre”*.

del lodo o di opposizione all' esecuzione¹⁷. Tale interpretazione può spingersi fino a riconoscere che le corti statali, preventivamente adite prima dell' instaurazione del giudizio arbitrale, debbano invitare le parti ad instaurare un procedimento arbitrale¹⁸. Questa lettura, fatta propria dal sistema francese, esprime dunque una preferenza per il procedimento arbitrale il quale, salvo rare eccezioni, sarà l' unico organo competente a statuire sulla propria competenza dal momento della sua costituzione¹⁹.

Nonostante le diverse sfumature che il principio di kompetenz-kompetenz degli arbitri può assumere nei diversi ordinamenti, c'è da riconoscere che esso è oggi ampiamente riconosciuto nel campo del diritto dell' arbitrato interno ed internazionale²⁰. Come ha avuto occasione di osservare autorevole dottrina²¹, “*il fatto che la kompetenz-kompetenz sia attribuito ‘connaturale’ di ogni sorta di giudice non è il frutto di una misteriosa qualità dei poteri giurisdizionali che gli spettano, ma il frutto di una ovvia esigenza pratica*”, volta a rendere l'arbitrato uno strumento efficiente ed efficace.

Come si vedrà oltre, solo a seguito della riforma del 2006 il nostro ordinamento si è oggi avvicinato a quello di molte legislazioni²² straniere

¹⁷ GAILLARD-BANIFATEMI, *Negative Effect of Competence-Competence: The Rule of Priority in Favour of the Arbitrators*, in GAILLARD-DI PIETRO, *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards*, CMP Publishing Ltd. 2009, 259; GAILLARD-SAVAGE, in FOUCARD-GAILLARD-GOLDMAN, *On International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, 660; SCHRAMM-GEISINGER-PINSOLLE, Article II, in KRONKE- NACIMENTO-OTTO- PORT, *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. A Global Commentary on the New York Convention*, Kluwer Law International BV, 2010, 95.

¹⁸ GAILLARD, *Les manœuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international*, in *Rev. arb.*, 1990, 759.

¹⁹ Il momento dell'investitura del collegio arbitrale (la c.d. “*saisine*”) è stato individuato in quello della costituzione del collegio da Cass, 25 aprile 2006, in *Rev. arb.*, 2007, 79 ss. con nota di El Ahdab

²⁰ BERGER-KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, II ed., Stampfli Verlag AG/Sweet & Maxwell, 2010, 603; DIMOLITSA, *Separability and Kompetenz-Kompetenz*, in A. Jan van den Berg, *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, Kluwer Law International 1999, 231; GAILLARD-SAVAGE, in AA. VV., a cura di FOUCARD-GAILLARD-GOLDMAN, *On International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, L'Aia-Boston-Londra, 1999, 653; BERGER, *International Economic Arbitration*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1993, 351.

²¹ MINOLI, *L'entrata in vigore della Convenzione di New York sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, 554. Per una discussione più recente in punto di fattori determinanti la scelta dell'arbitrato e della sua sede, PAULSSON, *Arbitration-Friendliness: Promises of Principle and Realities of Practice*, in *23 Arb. Int.*, 2007, 479, dove si rileva che: «*the vital factors which drive a party's choice of venue are not really numerous. In today's global market for arbitration there are, in fact, only two: (a) Will the national courts hinder a party from obtaining an award within a useful time period at a reasonable cost? (b) Will there be wasteful post-award litigation before the national courts?*».

²² Cfr., per esempio: il § 1040 ZPO del codice di rito tedesco, sul quale si veda, WALTER, *La nuova disciplina dell'arbitrato in Germania (una comparazione Germania Svizzera-Italia)*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, 670 ss.; l'art. 22 della legge spagnola 60/2003 di riforma dell'arbitrato; la sez. 30 dell'*Arbitration act* inglese su cui ZUFFI,

accogliendo espressamente il principio della *kompetenz-kompetenz* in senso lato e riconoscendo espressamente il potere degli arbitri di statuire sulla propria *potestas iudicandi*. E' stata in tal modo riconosciuta ed accolta quella regola che attribuisce agli arbitri il potere di pronunciarsi sulla propria *potestas iudicandi* attraverso l'analisi e la decisione circa l'ambito di applicazione e la validità della convenzione arbitrale, concedendo in una certa misura la possibilità di escludere il potere decisionale del giudice ordinario in ipotesi di identità di cause o anche nei casi di connessione²³.

Nel prosieguo del lavoro, si userà pertanto l'espressione *kompetenz-kompetenz* (piuttosto che la sua versione francese *compétence-compétence*) nel suo significato moderno e si cercherà di evidenziare come lo stesso principio sia stato accolto nel nostro ordinamento italiano dopo aver dato contezza, se pur brevemente, della disciplina francese ed inglese al fine di proporre alcune riflessioni *de iure condendo* in chiusura alla presente esposizione.

E' doveroso segnalare, tuttavia, che mentre il c.d. effetto positivo è stato unanimemente accolto in molti ordinamenti moderni alla stragua di una «*Immutable Rule of Natural Law*»²⁴, l'effetto negativo della *kompetenz-kompetenz* è stato espressamente recepito dal sistema giuridico francese ed in modo temperato in quello inglese, dove è stato altresì criticato da una parte della dottrina²⁵.

L'arbitrato nel diritto inglese. Studio comparatistico sulla natura dell'arbitrato e sull'imparzialità dell'arbitro in Inghilterra, Giappichelli, Torino, 2008, 39 ss.; l'art. 1466 che trova completamento nell'art. 1458 del nuovo codice di procedura civile francese.

²³ In particolare, le nuove disposizioni del codice di rito hanno disciplinato sia il caso della definizione di cause connesse e pendenti contemporaneamente innanzi al giudice e all'arbitro, sia l'ipotesi dell'attribuzione della *potestas iudicandi* fra arbitro e giudice nel caso in cui la medesima lite penda dinanzi ad entrambi gli organi giudicanti. Significato espressamente codificato dalla nuova rubrica dell'art. 819 *ter* c.p.c. Sul punto si veda, LUISO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, in Aa.Vv., *La riforma della disciplina dell'arbitrato (L. n. 80/2005 e D. Lgs. N. 40/2006)*, a cura di Fazzalari, Milano, 2006, 112; VULLO, *Note in tema di arbitrato, connessione e sospensione per pregiudizialità*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 137 ss.

²⁴ Ironica qualificazione usata da RAU, *Arbitral Jurisdiction and the Dimensions of 'Consent'*, in *24 Arb. Int.*, 2008, 207.

²⁵ Tale principio è criticato in particolare nei contenziosi in cui viene messa in discussione l'esistenza e la validità della convenzione arbitrale. Sul punto, cfr. BREKOULAKIS, *The Negative Effect of Compétence-Compétence: The Verdict has to be Negative*, in *Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Research Paper n. 22/2009*; PARK, *The Arbitrator's Jurisdiction do Determine Jurisdiction*, *ICCA Congress Series n. 13, International Arbitration. Back to Basics?*, The Hague, Kluwer, 2007.

2.2 Sull'accettazione dell'effetto negativo del principio di *kompetenz-kompetenz*

Se, come sopra accennato, i sistemi giuridici moderni convergono ormai quasi all'unanimità nel riconoscere il principio della c.d. *kompetenz-kompetenz* degli arbitri nella sua accezione positiva, con riferimento all'effetto negativo le posizioni sono divergenti fra coloro che sono favorevoli a tale principio, come il sistema francese²⁶, e quegli ordinamenti che invece risultano ancora ostili all'accoglimento di tale principio, come nel caso della Germania. Inoltre, i sistemi che hanno codificato l'accezione negativa del principio in oggetto differiscono quanto all'effetto che tale principio produce sulla giurisdizione del giudice statale ed al suo potere di cognizione.

Al riguardo si ricorda che il principio di *kompetenz-kompetenz* ha trovato la sua prima consacrazione²⁷ nella Convenzione di Ginevra del 1961 la quale al suo articolo VI paragrafo 3 dispone che: *“Qualora, prima di qualsiasi ricorso ad un tribunale giudiziario, una procedura di arbitrato sia stata introdotta, i tribunali giudiziari degli Stati contraenti, investiti successivamente di una istanza sulla medesima vertenza tra le stesse Parti oppure di una istanza sulla constatazione dell'inesistenza, della nullità o della caducità della convenzione d'arbitrato, si asterranno, salvo gravi motivi, dal pronunciarsi sulla competenza dell'arbitro fino alla pronuncia della sentenza arbitrale”*²⁸. Tale previsione non è così favorevole all'arbitrato, così come avviene nel sistema francese, in quanto nessun effetto “paralizzante” scaturisce nei confronti delle corti statali nel caso un'azione ordinaria sia iniziata prima della costituzione di un tribunale arbitrale.²⁹

²⁶ SERAGLINI, *L'arbitrage commercial international*, in *Droit du commerce international*, a cura di Béguin e Menjucq, Paris, 2005, 938 il quale sottolinea che in diritto comparato si tratta di una soluzione minoritaria «*La plupart des autres législations, tout en reconnaissant à l'arbitre compétence pour statuer sur sa proper competence de lui accordent aucune priorité à cet égard*».

²⁷ GAILLARD, *L'effet négatif de la compétence-compétence*, in *Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret*, Lausanne, 1999, 391.

²⁸ *Codice di procedura civile e leggi complementari*, a cura di Francesco Bartolini, La Tribuna, 2015, 440.

²⁹ In punto di ragionevolezza della scelta operata dalla convenzione, cfr. BARCELÒ, *Who Decides the Arbitrators' Jurisdiction? Separability and Competence-Competence in Transnational Perspective*, *International Commercial Arbitration*, Cornell Law Faculty Publications, 2003 il quale, con riferimento alla convenzione di Ginevra del 1961 rileva: *“The logic here must be that such first-file-court cases are more likely to involve legitimate objections to arbitral jurisdiction, rather than dilatory or obstructionist tactics. The latter are more likely to surface and seem cost-justified to a respondent fishing for a defense or hoping for delay after arbitration is initiated. Given this reasoning, the 1961 Geneva Convention trigger point (initiation of arbitral proceedings) seems more rational than that of French Article 1458 (when the arbitrators are seized). From the French perspective one might argue that considerable delay could follow the mere initiation of arbitration because empanelling arbitrators is often time-consuming [...]”*.

In seguito alla ratifica di tale Convenzione e l'emanazione della Legge Modello UNCITRAL in materia di arbitro commerciale³⁰, diversi ordinamenti come Francia e Regno Unito hanno provveduto a codificare, in maniera differente, l'effetto negativo del principio di *kompetenz-kompetenz*. Tra gli ordinamenti che invece manifestano una certa ostilità a tale principio vi sono la Germania e gli Stati Uniti³¹ che non saranno però oggetto del presente studio. Al riguardo, si segnala solo che l'ordinamento tedesco dopo la riforma del 22 dicembre 1998, basata dalla Legge Modello, ha introdotto nel codice di rito (ZPO) il § 1032, il quale al secondo comma prevede che fino alla costituzione del tribunale arbitrale è ammesso che una parte adisca l'autorità giudiziaria ordinaria ai fini dell'ottenimento di un provvedimento dichiarativo dell'ammissibilità del procedimento arbitrale³² o della validità della convenzione arbitrale³³. Pertanto, prima della costituzione del tribunale arbitrale tale disposizione consente all'autorità giudiziaria ordinaria una cognizione piena sulla questione di competenza del tribunale arbitrale e non già un esame *prima facie* della questione³⁴. Viene rifiutato, in tal modo, l'accezione in senso

³⁰ UNCITRAL *Model Law on International Commercial Arbitration* 1985.

³¹ In Germania a seguito della riforma del 1998 il Libro X del codice di rito è stato rivisitato alla luce della Legge Modello UNCITRAL che ha introdotto § 1032 il quale statuisce che nel caso sia intentata un'azione legale innanzi l'autorità giudiziaria ordinaria su una questione soggetta ad una convenzione arbitrale e nel caso il convenuto sollevi un'eccezione prima dell'inizio dell'udienza sulla questione di merito, la corte dovrà dichiarare inammissibile l'azione a meno che la convenzione arbitrale sia nulla, inefficace o inoperativa. Una disposizione, dunque, ben diversa da quella del sistema giuridico francese. Inoltre, al secondo comma, lo stesso disposto prevede che fino alla costituzione del tribunale arbitrale è ammesso che una parte adisca l'autorità giudiziaria ordinaria perché accerti l'ammissibilità del procedimento arbitrale. Cfr., PATTI, *Codice di procedura civile tedesco. Zivilprozessordnung*, Giuffrè Editore, 2010, 661. Per un commento relativo alla nuova disciplina della *kompetenz-kompetenz*, cfr. HUBER, *Part II – Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter IV – Jurisdiction of Arbitral Tribunal to Rule on its Jurisdiction*, in Karl-Heinz Bockstiegel, Stefan Michael Kröll, et al. (eds), *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice, Kluwer Law International*, 2007, 248-261. Con riferimento ad un esame delle principali differenze fra il sistema tedesco e quello francese, prima della recente riforma, cfr. GAILLARD, *L'effet négatif de la compétence-compétence*, cit., 1999, 397. Per un approfondimento del sistema tedesco, SCHLOSSER, *La nouvelle législation allemande sur l'arbitrage*, *Rev. arb.*, 1998, 291 ss.

³² Cfr., PATTI, *Codice di procedura civile tedesco. Zivilprozessordnung*, Giuffrè Editore, 2010, 661.

³³ Al riguardo, HUBER, § 1032 in BOCKSTIEGEL-KRÖLL-NACIMIENTO, *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice, Kluwer Law International*, 2007. Inoltre, il principio non opererebbe nel caso una delle parti portasse all'attenzione della corte statale una domanda di merito e ritenendo che la convenzione arbitrale sia nulla o inoperativa ai sensi della sezione § 1032 (1). Sul punto, BREKOULAKIS, *The Negative Effect of Compétence-Compétence: The Verdict has to be Negative*, cit.

³⁴ GAILLARD, *L'effet négatif de la compétence-compétence*, in *Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret*, Lausanne, 1999. SCHLOSSER, *La nouvelle législation allemande sur l'arbitrage*, *Rev. arb.*, 1998, 298.

francese dell'effetto negativo del principio di *kompetenz-kompetenz*³⁵, ritenendo che il principio di economia processuale del procedimento arbitrale possa essere garantito attraverso la garanzia di un accesso immediato alle corti statali, in modo da ottenere subito una pronuncia del giudice ordinario sui problemi relativi alla competenza, in quanto lo stesso avrebbe in ogni caso l'ultima parola³⁶ sul punto.

3. Il principio di *kompetenz-kompetenz* nel sistema giuridico francese

Come già anticipato il principio della *kompetenz-kompetenz* è oggi riconosciuto da gran parte degli ordinamenti nazionali. Tuttavia tale riconoscimento si è manifestato in diverse forme. Tra i pochi Paesi che hanno espressamente sancito chiaramente l'effetto negativo³⁷ di tale principio vi è la Francia che lo ha espressamente codificato ed ha limitato il potere di cognizione del giudice ordinario ad un'analisi *prima facie* della convenzione d'arbitrato.

Il principio di *kompetenz-kompetenz* in tale Paese prevede, infatti, una duplicità di effetti: il primo (c.d. positivo) permette agli arbitri di pronunciarsi sulla propria *potestatio decidendi* al pari di ogni alto giudice e di conoscere delle controversie che ricadono nel campo di applicazione della convenzione d'arbitrato; il secondo (c.d. effetto negativo) permette di escludere che l'autorità giudiziaria statale possa pronunciarsi sulle medesime questioni³⁸ e garantisce la priorità all'arbitro³⁹.

³⁵ Unica nel suo genere, Cfr. BENSAUDE, *French Code of Civil Procedure (Book IV), Article 1458 and Article 1466*, in MISTELIS (ed), *Concise International Arbitration, Kluwer Law International 2010*, 880-883 il quale osserva: "It should be noted that, beyond France, the "negative effect" of *kompetenz-kompetenz* is uncommon in comparative arbitration law, It is also not included, for instance, in the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Awards of 1958. Nor does it appear to be included in the current revision in the EU of Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters".

³⁶ E' questa la motivazione che è sostenuta nella decisione della Suprema Corte austriaca (Oberster Gerichtshof) del 2 ottobre 1935, richiamata in GAILLARD, *L'effet négatif de la compétence-compétence*, cit., 1999, 397. Argomento usato altresì da quegli autori francesi ostili all'effetto negativo della *kompetenz-kompetenz*, si veda in particolare MAYER, *L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence*, *Cours de l'Académie de La Haye de droit international, Recueil des cours, Collected Courses*, vol. 217, 1989, V, 346.

³⁷ Principio criticato da parte della dottrina inglese. Sul punto, BREKOULAKIS, *The Negative Effect of Compétence-Compétence: The Verdict has to be Negative*, *Austrian Arbitration Review*, 2009, 237-258. Viceversa l'effetto positivo della è espressamente riconosciuto nella maggior parte dei sistemi giuridici: in Italia all'art. 817 c.p.c., in Svizzera dall'art. 186 LDIP e in Regno Unito dall'art. 30 dell'*Arbitration Act 1996*.

³⁸ GAILLARD, *Arbitrage commercial international. Convention d'arbitrage. Effets. Droit commun et droit conventionnel*, in *JCP*, 1994, fasc. 1062, n. 38; ID., *L'effet négatif de la compétence-compétence*, in *Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Pudet*, Paris, 1999, 387 ss., dove l'autore richiamando il giurista René David

Prima della recente riforma intervenuta sul codice di rito francese⁴⁰ il principio era disciplinato dagli articoli 1458⁴¹ e 1466⁴² che regolavano rispettivamente l'effetto negativo e positivo del principio di *kompetenz-kompetenz*. Entrambe le norme furono originariamente elaborate per il diritto dell'arbitrato domestico, ma la giurisprudenza francese statuí espressamente che le stesse previsioni si potessero essere applicate anche in caso di arbitrato internazionale⁴³. La brevità delle norme le rendevano poco chiare da comprendere e da applicare, tanto che in trent'anni di applicazione le stesse sono state oggetto di precisazioni e chiarimenti da parte della magistratura francese. In questo quadro, la riforma emanata con il decreto del 13 gennaio 2011 è intervenuta a recepire la giurisprudenza già sviluppata su tali norme e ne ha migliorato l'efficacia senza introdurre particolari trasformazioni⁴⁴.

ricorda: «*Le premier est celui qui permet aux arbitres de connaître des litiges tombant dans le champ d'application de la convention d'arbitrage. Le second est celui qui interdit aux juridictions étatique de se prononcer sur ces mêmes litiges*».

³⁹ BOUCARON-NARDETTO, *La compétence-compétence: le point de vue français*, in *Les Cahiers de l'Arbitrage*, 2013, n. 1, 37 ss. dove l'Autrice osserva: «*Dans son sens premier, admis majoritairement à l'étranger, le principe compétence-compétence permet au tribunal arbitral de connaître ce moyen de défense au procès des plus classiques: l'exception d'incompétence. La compétence-compétence est donc le simple décalque au domaine de l'arbitrage du principe de droit processuel selon lequel tout juge est juge de sa compétence. Rien de plus. Progressivement, à partir du début des années 1980, le principe a évolué en droit français. Il permettrait non seulement au tribunal arbitral de statuer sur sa compétence, mais également de statuer sur la question de manière prioritaire*». Principio assicurato da giurisprudenza costante, cfr. Cass., 1re civ., 23 maggio 2006, *Alhinc c/ BRI*: Bull. civ. 2006, I, n. 252; Cass., 1re civ., 7 giugno 2006, *SARL Daso c/ SAS Prodim*: Bull. civ. 2006, I, n. 281; Cass., 1re civ., 7 giugno 2006, *Copropriété maritime Jules Vernes c/ Sté ABS American Bureau of Shipping*: Bull. civ. 2006, I, n. 287; Cass., 1re civ., 4 luglio 2006, *Sté Prodim c/ Époux X*: Bull. civ. 2006, I, n. 338; Cass., 1re civ., 30 ottobre 2006, *Sté Ventiv Health et SCP Becheret-Thierry c/ Sté CL Innovation santé*, Bull. civ., 2006, I, n. 443.

⁴⁰ Decreto del 14 gennaio 2011, n. 48, disponibile con la sua relazione di accompagnamento in: *Ministère de la Justice et des Libertés, Rapport au Premier ministre relatif au décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage*, in *Journ. off.*, 14 janvier 2011.

⁴¹ 1458. - «*Lorsq'un litige dont un tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'État, celle-ci doit se déclarer incompétente. Si le tribunal arbitrale n'est pas encore saisi, la juridiction doit également se déclarer incompétent à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle. Dans les deux cas, la juridiction ne peut relever d'office son incompétence*», in LOIC, *Code de procédure civile*, in *Lexisnexis*, 2011, 911.

⁴² 1466. - «*Si, devant l'arbitre, l'une des parties conteste dans son principe, ou son étendue le pouvoir juridictionnel de l'arbitre, il appartient à celui-ci de statuer sur la validité ou les limites de son investiture*» in CADIEU LOIC, *Code de procédure civile*, Lexisnexis, 2011, 921.

⁴³ BOURDIN, *La convention d'arbitrage international en droit français depuis le décret du 12 Mai 1981*, in *Droit et pratique de l'arbitrage international en France: Actes du colloque, novembre 1982 (Fondation pour l'étude du droit et des usages du commerce international)*, Feduci, Parigi, 1984, 29; BENSUADE, *French Code of Civile Procedure (Book IV), Article 1458 and Articles 1466 [kompetenz-kompetenz]*, in MISTELIS, *Concise International Arbitration, Kluwer Law International*, 2010, 880-883 il quale richiama le pronunce della Corte di Cassazione francese, 28 giugno 1989, Eurodiff e della Cortes di Cassazione francese, 7 giugno 1989, Anhydro.

⁴⁴ Sul punto, *Rapport au Premier ministre relatif au décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage*, in <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000023417498>: «*(...) d'une part, de consolider une partie des acquis de la jurisprudence qui s'est développée sur cette base, d'autre part, d'apporter des*

Per effetto della riforma il c.d. «effetto positivo della *compétence-compétence*», già previsto dal vecchio art. 1466 codice di rito francese (“NCPC”), è oggi disciplinato dall’attuale articolo 1465 il quale statuisce che: “*Le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel*”. La norma statuisce che solo gli arbitri potranno determinare i limiti della propria competenza, definendo in caso di contestazione l’esistenza, la validità e gli effetti della convenzione d’arbitrato. L’esigenza sottesa a tale principio ha natura soprattutto pratica in quanto consente al procedimento arbitrale di proseguire senza interferenze esterne e ricalca il principio sviluppatosi nel diritto processuale, così consentendo all’arbitro di conoscere dell’eccezione di incompetenza sollevata dinnanzi a lui ed assicurando la piena cognizione per quanto riguarda le contestazioni relative alla propria *potestatio decidendi*⁴⁵. Al riguardo si segnala che in caso di arbitrato internazionale tale accertamento avverrà non sulla base di una legge nazionale applicabile, ma in astratto attraverso l’applicazione di regole materiali. In particolare, l’arbitro attraverso un esame fattuale della vicenda dovrà limitarsi a verificare la “*comune intenzione delle parti*” di accettare l’arbitrato⁴⁶.

Tuttavia, a partire dagli anni Ottanta il principio di *kompetenz-kompetenz* si è evoluto in diritto francese tanto da permettere al tribunale arbitrale non solo di statuire sulla propria competenza, ma anche di definire la questione in via prioritaria⁴⁷.

Il nuovo art. 1448⁴⁸ del codice di procedura francese riformato (“NCPC”), sostituendosi al vecchio art. 1458 senza tuttavia mutarne la sostanza, conferma la

compléments à ce texte afin d’en améliorer l’efficacité et, enfin, d’y intégrer des dispositions inspirées par certains droits étrangers dont la pratique a prouvé l’utilité.

⁴⁵ BOUCARON-NARDETTO, *La compétence-compétence: le point de vue français*, cit., 38, la quale osserva: «*Dans son sens premier, admis majoritairement à l’étranger, le principe compétence-compétence permet au tribunal arbitral de connaître de ce moyen de défense au procès des plus classiques: l’exception d’incompétence. La compétence est donc le simple décalque au domaine de l’arbitrage du principe de droit processuel selon lequel tout juge est juge de sa compétence* ».

⁴⁶ Cass., 1^{re} civ., 20 dicembre 1993, *Municipalité de Khoms El Mergheb c. Société Dalico*, in *Journ. dr. int.*, 1994, 432 ss., con nota di E. Gaillard; Cass., 1^{re} civ., 8 luglio 2009, *Société d’études et représentations navales et industrielles (SOERNI) et autres vs. Société Air Sea Broker limited (ASB)*, n. 08-16025, disponibile sul sito della Corte di Cassazione francese.

⁴⁷ BOUCARON-NARDETTO, *La compétence-compétence: le point de vue français*, cit., 38. In giurisprudenza, *Cour de Cassation*, 17 gennaio 2006, n. 04-12781; *Cour de Cassation*, 4 luglio 2006, n. 05-17460 disponibile sul sito istituzionale della Corte di Cassazione francese. Anche nel caso di arbitrato internazionale è affermato lo stesso in principio nella pronuncia *Cour de Cassation*, 7 giugno 2006, n. 03-12034., disponibile sullo stesso sito istituzionale.

⁴⁸ Applicabile sia in materia di arbitrato domestico che internazionale.

giurisprudenza⁴⁹ che si era formata prima dell'entrata in vigore del nuovo disposto in punto di effetto negativo del principio di *kompetenz-kompetenz* e dispone che se nel corso di un giudizio ordinario viene portata all'attenzione del giudice ordinario l'esistenza di una convenzione arbitrale, quest'ultimo dovrà dichiararsi incompetente salvo che il tribunale arbitrale non si sia ancora costituito e la convenzione d'arbitrato sia manifestamente⁵⁰ nulla o inapplicabile⁵¹. La nuova norma, dunque, sancisce l'accoglimento del c.d. «effetto negativo della *compétence-compétence*» nella sua accezione più forte in quanto stabilisce con una norma inderogabile⁵² che, anche prima della costituzione del tribunale arbitrale, quando un giudice dello Stato è chiamato a pronunciarsi su una domanda oggetto di convenzione d'arbitrato, questi ha il potere di decidere sulla competenza degli arbitri solo in caso di “manifesta” nullità⁵³ o inapplicabilità⁵⁴ della convenzione d'arbitrato e solo se il tribunale arbitrale non si sia ancora costituito.

⁴⁹ Cass., 1re civ., 5 gennaio 1999, *Zanzj c/ De Koninck*, in *Rev. arb.*, 1999, 260 ss con nota di Fouchard; Cass., 1re civ., 8 aprile 2009, *GefuKuchenboss c/Corema*, in *Rev. arb.*, 2009, 155 ss.; Cass., 1re civ., 11 febbraio 2009, *Laviosa c/ Afutex*, in *Rev. arb.*, 2009, 155; Cass., 1re civ., 12 dicembre 2007, *Prodim c/ De Abreu*, in *Rev. arb.*, 2008, 160; Cass., 1re civ., 20 febbraio 2007, *UOP c/ BP France*, in *Rev. arb.*, 2007, 775 ss.; Cass., 1re civ., 23 gennaio 2007, *Levantina de Hydraulica y Motores c/ Scala et autres*, in *Rev. Arb.*, 2007, 279 ss.; Cass., 1re civ., 28 novembre 2006, *So Good International c/ Laiterie de Saint-Denis de l'Hotel*, in *Rev. arb.*, 2006, 1089 ss.; Cass., 1re civ., 7 giugno 2006, *Copropriété maritime Jules Verne c/ American Bureau of Shipping*, in *JDI* 2006, 1384 ss.; Cass., 1re civ., 25 aprile 2006, *Société DMN Machinefabriek BV c/ société Tripette et Renaud*, in *Bull. civ.*, 2006, I, 196.

⁵⁰ La nullità o la inapplicabilità non dovrà dunque essere verosimile ma evidente, cfr. *Cass. civ. 1re civ.*, 13 giugno 2006, n. 03-16695, disponibile sul sito istituzionale della Corte di Cassazione francese.

⁵¹ Art. 1448. — *Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable. La juridiction de l'Etat ne peut relever d'office son incompétence. Toute stipulation contraire au présent article est réputée non écrite.* In giurisprudenza, Cass., 1re civ., 8 déc. 2009, no 09-11117 in *Chronique droit de l'arbitrage*, 2010, 20-22, nota 44 dove vengono richiamati i pochi precedenti in materia.

⁵² Ai sensi dell'ultimo comma, infatti, ogni stipulazione contraria a tale principio è da intendersi come non scritta.

⁵³ La regola della manifesta nullità era prevista prima della riforma dall'art. 1458 nell'ambito dell'arbitrato interno e parlava di “*convention d'arbitrage [...] manifestement nulle*”, poi esteso anche nell'ambito dell'arbitrato commerciale internazionale dalla Corte di Cassazione nel caso ABS del 2006. Cfr., Cass., 1re civ., 7 giugno 2006, *Copropriété maritime Jules Verne et autre c. American Bureau of Shipping (ABS) et autre*, in *Rev. arb.*, 2006, 945 ss., con nota di E. Gaillard. Più di recente, sul sito istituzionale della Corte di Cassazione francese sono disponibili altresì le seguenti sentenze: Cass., 1re civ., 11 luglio 2006, n. 04-14950; Cass., 1re civ., 4 luglio 2006, n. 05-17460. Si veda altresì, Corte d'Appello di Parigi, 7 dicembre, 1994, V 20000 (già *Jaguar France*) *v. Renault*, con nota di JARROSSON, in *Rev. arb.*, 1996, 245, confermata dalla Cass., 1re civ., 21 maggio 1997, in *Rev. arb.*, 1997, 534 con nota di GAILLARD.

⁵⁴ L'estensione dell'applicazione della regola in questione ai casi di manifesta inapplicabilità della convenzione di arbitrato è di origine giurisprudenziale. Si veda al riguardo, Cass., 1re civ., 6 ottobre 2010, *SCEA Plante Moulet*, in *Bull. civ.*, I, 183; Cass., 1re civ., 16 ottobre 2001, *Société Quatro Children's Books Limited c/ Editions du Seuil et autre*, in *Rev. arb.*, 2002, 920. La regola della manifesta invalidità o inoperatività risale a

Le due condizioni della priorità (mancata costituzione del tribunale arbitrale e manifesta nullità o inapplicabilità della convenzione arbitrale) sono cumulative⁵⁵ affinché il giudice dello Stato possa rendere una propria pronuncia. Nel caso una delle due condizioni non si verificasse, tuttavia, la cognizione del giudice potrà operare solo in caso di inefficacia «manifesta» della convenzione d'arbitrato, soprattutto al fine di prevenire l'instaurazione di procedimenti pretestuosi⁵⁶. La capacità del diritto francese di impedire indebite interferenze delle corti statali nel procedimento arbitrale è probabilmente il maggior punto di forza di tale ordinamento e consente al procedimento arbitrale di svolgersi in piena autonomia. Ciò non toglie che, anche qui, la mancanza di un sistema preventivo di coordinamento potrebbe vedere frustrata l'attesa delle parti che vorrebbero definire sin da subito la questione della competenza e che si vedono costrette ad aspettare fino al deposito del lodo per potersi rivolgere alle corti statali che mantengono l' "ultima parola".

Infatti, una volta che il tribunale arbitrale si è costituito⁵⁷, l'effetto negativo del principio di *kompetenz-kompetenz* impone al giudice francese di dichiararsi automaticamente incompetente senza nemmeno procedere alla verifica della validità *prima facie* della convenzione arbitrale che, in tal caso, sarà rimessa alla valutazione esclusiva del tribunale arbitrale⁵⁸. Viene esclusa in tal modo la regola delle vie parallele nei rapporti tra giudizio arbitrale e giudizio statale, preferendo

un'interpretazione data dalla giurisprudenza francese alla Convenzione di New York del 1958 che consente l'applicazione di un diritto interno più favorevole per il riconoscimento della validità della convenzione di arbitrato. Sul tema si veda CACHARD, *Le contrôle de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire*, in *Rev. arb.*, 2006, 893 ss.

⁵⁵ GAILLARD-DE LAPASSE, *Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international*, in *Rec. Dalloz*, 2011, 278.

⁵⁶ La regola della manifesta nullità, inesistenza ed inefficacia della convenzione d'arbitrato dovrà, inoltre, essere applicata in maniera restrittiva anche per evitare abusi da parte delle corti statali. Cfr. FOUCHARD, *La coopération du Président du Tribunal de Grande Instance à l'arbitrage*, in *Rev. arb.*, 1985, 27.

⁵⁷ LOQUIN, *Arbitrage. Compétence arbitrale. Conflit entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire*, in *Jurisclasser, Procédure civile*, Proc. civ., fasc. 1034, Parigi, 2010, paragrafo 84, il qualche sottolinea che «*dès l'instant qu'il a été saisi du litige, est le seule autorité compétente pour apprécier la réalité ou l'étendue de son investiture. L'exception tirée de l'existence de la clause compromissoire produit dans cette hypothèse un effet absolu dès lors qu'elle a été soulevée in limine litis. Elle oblige le tribunal étatique à constater son incompétence*».

⁵⁸ GAILLARD-DE LAPASSE, *Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international*, cit., 278.

quella della “priorità cronologica” in favore degli arbitri⁵⁹, anche detta regola della “litispendenza zoppa”⁶⁰.

3.1 La regola della priorità dell’ arbitro: da regola processuale a regola di conflitto

Come già delineato, l’effetto negativo del principio di *kompetenz-kompetenz* alla francese si traduce in una regola di priorità dell’arbitro nel caso venga contestata la *potestas iudicandi* del giudice privato ed ha per effetto quello di neutralizzare il potere del giudice di pronunciarsi sulla competenza del giudice privato⁶¹. Ancora prima della sua ufficiale codificazione e sulla scia della giurisprudenza dell’epoca, autorevole dottrina⁶² ne proponeva *de lege ferenda* la ufficiale consacrazione sulla base delle seguenti principali considerazioni: il principio di economia processuale (“*économie de moyens*”) avrebbe permesso di evitare che la questione relativa alla *potestas iudicandi* dell’ arbitro potesse essere oggetto di una lunga procedura innanzi le corti statali in modo da evitare il dispendio di tempo ed energie; inoltre, tale regola avrebbe potuto garantire la priorità all’ arbitro ed avrebbe permesso di evitare che una delle parti utilizzasse manovre dilatorie per ostacolare il normale andamento del procedimento arbitrale. Un risultato che avrebbe potuto essere rafforzato, secondo tale visione, anche attraverso la razionalizzazione dei mezzi di controllo dei lodi arbitrali, possibile anche attraverso la centralizzazione delle

⁵⁹ SERAGLINI, *L’arbitrage commercial international*, in AA. VV., *Droit du commerce international*, a cura di BEGUIN e MENJUCQ, Parigi, 2005, 938 il quale parla di «*règle de priorité chronologique en faveur de l’arbitre sur l’appréciation de sa compétence*».

⁶⁰ Parla di «litispendenza a senso unico» o «zoppa» CONSOLO, *Litispendenza e connessione tra arbitro e giudizio ordinario (evoluzione e problemi irrisolti)*, in *Riv. arb.*, 1998, 659 ss. e in particolare 675; CAVALLINI, *L’arbitrato rituale. Clausola compromissoria e processo arbitrale*, Egea, 2009 il quale osserva come invece la terza riforma dell’arbitrato in Italia abbia scelto la regola delle vie parallele e abbia rifiutato il principio della litispendenza “a senso unico” a favore degli arbitri sviluppato da una parte della giurisprudenza. La priorità della valutazione degli arbitri sulla propria competenza era stata infatti adottata anche in alcune pronunce della giurisprudenza italiana: Cass., 8 luglio 1996, n. 6205, *Riv. arb.*, 1997, 325 ss. con nota di Vaccarella e Cass., 7 aprile 1997, n. 3001, in *Riv. arb.*, 1997, 515 ss. con nota di Luiso. Nello stesso senso, IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo. Studi sui rapporti tra arbitrato e giurisdizioni statuali*, Giappichelli, Torino, 2013, 249 secondo cui: “L’ art. 819-ter esclude che la competenza arbitrale sia ostacolata «dalla pendenza della stessa causa» di fronte agli arbitri. Anche sotto questo aspetto la novella del 2006 ha collocato sotto l’usbergo del diritto positivo posizioni consolidate in precedenza, precludendo la possibilità di attribuire ad una via una priorità sull’ altra”. *Contra*, tale lettura della nuova disciplina: ODORISIO, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina dell’arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 272 secondo cui la disposizione giustifica la tesi della c.d. “litispendenza a senso unico” disponendo una riserva esclusiva in favore degli arbitri preventivamente aditi a conoscere della convenzione d’ arbitro.

⁶¹ BOUCARON-NARDETTO, *La compétence-compétence: le point de vue français*, cit., 39.

⁶² GAILLARD, *L’effet négative de la compétence-compétence*, cit., 398.

procedure di impugnazione innanzi al giudice della Corte d' Appello dove era stata resa la decisione. Argomentazioni che potevano essere naturalmente usate in un sistema favorevole all' arbitrato e che avesse prestato fiducia a tale istituto.

Inoltre, come ben evidenziato da Fouchard⁶³, l'effetto negativo della *kompetenz-kompetenz* non implica solo la priorità in favore del tribunale arbitrale nel caso di litispendenza con un procedimento ordinario riguardante la stessa questione proposta innanzi il tribunale arbitrale, ma anche l'esclusione che una delle parti possa iniziare un'azione di accertamento sulla validità della convenzione arbitrale e sul potere decisorio del tribunale arbitrale. La priorità all' arbitro significa, dunque, neutralizzazione dei poteri del giudice statale⁶⁴ la quale è, tuttavia, subordinata ad una condizione di operatività che consiste nell' apparenza della competenza arbitrale⁶⁵ che crea correlativamente l'incompetenza del giudice statale. Di fronte ad una evidente mancanza di una convenzione d' arbitrato, infatti, sarà esclusiva competenza del giudice francese procedere alla determinazione del caso di specie.

Tuttavia secondo i fautori dell'effetto negativo della *kompetenz-kompetenz*, in presenza dell'apparenza di una convenzione d' arbitrato nella maggior parte delle ipotesi concrete l'apparenza corrisponderà alla realtà⁶⁶. Pertanto, la priorità all' arbitro di giudicare sulla propria competenza potrebbe essere considerata "*une mesure de morale pratique*"⁶⁷ che secondo i fautori di tale approccio converrebbe prediligere. Ciò sarebbe supportato anche da una logica probabilista che confermerebbe l'utilità del principio di *kompetenz-kompetenz* alla francese. Infatti, in uno studio non recente condotto da un giurista d' Oltralpe nella vigenza della precedente disciplina è stato evidenziato che sebbene il ricorso per nullità era frequentemente utilizzato dalle parti, il tasso di censura delle stesse pronunce arbitrali era relativamente basso⁶⁸ e in media solo il 5%⁶⁹ dei lodi resi sarebbero stati

⁶³ FOUCHARD, *Rev. arb.*, 1999, 269-270.

⁶⁴ BOUCARON- NARDETTO, *La compétence-compétence: le point de vue français*, cit., 39.

⁶⁵ «L' effet négative de la compétence-compétence se rattache à la théorie de l' apparence vraisemblable: d' une part, car l' apparence de compétence arbitrale rend compte, tout au moins probablement, de la réalité juridique, ce qui exclut la théorie de l' apparence trompeuse: d' autre part, car la compétence arbitrale est simplement vraisemblable; le juge étatique, afin de déclencher l' application de l' effet négatif de la compétence-compétence, se satisfait de la vraisemblance de compétence arbitrale, sans nécessairement devoir en acquérir la certitude. La partie qui se prévaut de la compétence arbitrale doit simplement établir qu' elle est vraisemblable, du monde du possible, ce qui exclut la théorie de l' apparence ostentatoire», in BOUCARON- NARDETTO, *La compétence-compétence: le point de vue français*, cit., 44.

⁶⁶ BOUCARON- NARDETTO, *La compétence-compétence: le point de vue français*, cit., 44 ss.

⁶⁷ FADLALLAH, *Priorité à l'arbitrage: entre quelles parties?*, in *Gaz. Pal.*, 6 giugno 2002, n° 157, 26 ss.

⁶⁸ CREPIN, *Les sentences arbitrales devant le juge français – Pratique de l' exécution et du contrôle judiciaire depuis les réformes de 1980-1981 (Bibliothèque de droit privé, 1995)*, L.G.D.J., 1998, 189-195.

poi impugnati innanzi la Corte d' Appello. Inoltre, di questo 5% solo il 20% sarebbe stato annullato per motivi legati alla mancanza della *potestas iudicandi* degli arbitri. Di conseguenza, anche alla luce di tali statistiche, la maggioranza della dottrina francese ritiene che il principio di economia processuale possa essere meglio assicurato dal rinvio agli arbitri che le corti statali sono obbligate a rendere in virtù del principio di *kompetenz-kompetenz* in quanto il lodo reso sulla competenza, salvo rare eccezioni, sarà sempre accolto dall' ordinamento giuridico francese. Se così non fosse, lo stesso studio empirico dimostrerebbe come nella maggior parte dei casi le corti statali, una volta investite della questione di competenza degli arbitri, dovrebbero rinviare le parti in arbitrato con un inutile dispendio delle risorse pubbliche⁷⁰.

Ciò detto, la consacrazione dell'effetto negativo del principio di *kompetenz-kompetenz* nel diritto positivo francese ha comportato una profonda trasformazione della funzione di tale principio. Da una semplice trasposizione della regola applicabile nel diritto processuale, esso si è mutato in una regola di conflitto tra la giustizia delle corti statali e quella privata degli arbitri⁷¹. Un meccanismo di risoluzione dei conflitti di "competenza" che si poggia sull' esercizio del potere dell' arbitro in coordinamento con quello del giudice statale e che si fonda su tre pilastri: la *temporanea* neutralizzazione del potere del giudice ordinario di statuire sulla competenze degli arbitri, sia prima che una volta iniziata la procedura arbitrale; l' esclusivo potere degli arbitri di statuire sulla propria competenza dal momento della costituzione del tribunale arbitrale ed il potere di controllo delle corti statali nella fase successiva al deposito del lodo, una volta che una delle parti abbia deciso di impugnare il lodo od opporsi alla sua esecuzione⁷². Il principio di *kompetenz-*

⁶⁹ CREPIN, *Les sentences arbitrales devant le juge français – Pratique de l'exécution et du contrôle judiciaire depuis les réformes de 1980-1981*, cit., 135.

⁷⁰ BOUCARON-NARDETTO, *La compétence-compétence: le point de vue français*, cit., 45-46 secondo cui: «On conviendra donc – face à cet argument statistique de poids – que l' économie procédurale est mieux assurée par le renvoi devant les arbitres, dont la sentence sur la compétence sera sans doute accueillie par l' ordre juridique français, que par le renvoi devant la juridictions françaises qui, dans la grande majorité des hypothèses, renverront les parties à l' arbitrage, le juge étatique ayant été inutilement saisi et des moyens publics inutilement dépensés».

⁷¹ BOUCARON-NARDETTO, *La compétence-compétence: le point de vue français*, cit., 49-50. L'effetto negativo si porrebbe, dunque, come una sorta di regola sulla litispendenza: WILHELMSSEN, *European Perspectives on International Commercial Arbitration*, *Journal of Private Int. Law*, 2014, 113 ss.

⁷² In caso di impugnazione del lodo o di opposizione all' esecuzione il giudizio innanzi alle corti statali sarà un giudizio a cognizione piena sia in fatto che in diritto come rilevato dalla recente sentenza della Suprema Corte francese, Cass., *1re civ.*, 6 ottobre 2010, *Fondation Albert Abela Family Foundation (A AFF) et. al. v. Fondation Joseph Abela Family Foundation (J AFF)*, in *Rev. arb.*, 2010, 813 ss., dove si rileva che: «Mais attendu que le juge de l'annulation contrôle la décision du tribunal arbitral sur sa compétence, qu' il se soit déclaré compétent ou

kompetenz alla francese, infatti, paralizza solo temporaneamente il potere delle corti di conoscere della questione e consente il loro controllo⁷³ dopo che la pronuncia sia stata resa⁷⁴. Un sistema dunque che non ha accolto la soluzione delle vie parallele e che attraverso la consacrazione dell'effetto negativo del principio di *kompetenz-kompetenz* in senso stretto ha adottato una soluzione preventiva che impedisce l'insorgere di quelle problematiche che possono manifestarsi in fase di coordinamento di decisioni rese da diverse autorità giudicanti in quei sistemi che invece accolgono il sistema delle vie parallele⁷⁵. Garantendo infatti la priorità del potere degli arbitri il sistema francese non ha fatto altro concentrare il contenzioso innanzi all' arbitro, rinviare il potere di intervento delle corti in una fase successiva ed evitare il manifestarsi di tattiche dilatorie che, come nel caso *Jules Verne*, frustino l' attesa delle parti di avere una decisione sul proprio caso.

4. L'esperienza del Regno Unito: dalla tradizione di *Common Law* ad *Harbour Assurance case*

Prima dell'entrata in vigore nel 1997 dell'*Arbitration Act* 1996 la lunga tradizione dell' arbitrato in Inghilterra si fondava su un regime che garantiva alle corti inglese ampi poteri di intervento nella procedura arbitrale e, fino alla riforma dell' *Arbitration Act* 1950 avvenuta nel 1979⁷⁶, le pronunce arbitrali potevano essere oggetto di ricorso per nullità nei casi di evidenti errori di fatto o diritto. Con riferimento al potere degli arbitri di statuire sulla propria competenza, agli stessi era garantito tale potere in via provvisoria⁷⁷. In particolare, ai giudici privati era riconosciuto il potere di indagare la propria "giurisdizione", ma l'opinione generale

incompétent, en recherchant tous les éléments de droit ou de fait permettant d'apprécier la portée de la convention d'arbitrage et d'en déduire les conséquences sur le respect de la mission confiée aux arbitres».

⁷³ L'errata pronuncia del tribunale arbitrale sulla sussistenza o meno della propria competenza è motivo di ricorso in annullamento ex art. 1492 del codice di rito francese, fermo restando il potere delle corti statali di rivedere tale decisione in fase di esecuzione.

⁷⁴ GAILLARD-SAVAGE, cit., 660. Nelle parole degli autori: "rule whereby arbitrators must have the first opportunity to hear challenges relating to their jurisdiction, subject to subsequent review by the courts".

⁷⁵ ANCEL, *Un remède: la concentration du contentieux devant l'arbitre*, in AA.VV., *Procédures parallèles et décisions contradictoires*, Bruylant, 2015.

⁷⁶ FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, *On International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague, Boston, London, 1999, 71.

⁷⁷ JALILI, *Kompetenz-kompetenz: Recent U.S. and U.K. Developments*, *Journal of International Arbitration* 1996, Vol. 13, fasc. 4, 169-178.

era che tale potere fosse soggetto ad un generale controllo delle corti statali⁷⁸. Una regola che originariamente era basata sul principio per cui nessuna parte potesse concordare di escludere completamente la tutela giurisdizionale dei diritti da parte dello Stato. Pertanto, anche se l'arbitro fosse stato nominato o la procedura arbitrale fosse già iniziata, era possibile che una delle parti iniziasse un procedimento innanzi le corti statali⁷⁹ ed un eventuale lodo avrebbe potuto essere poi considerato non efficace.⁸⁰ Tale regola di *Common Law* non è stata mai abrogata, ma come vedremo i suoi effetti sono stati modificati dal diritto positivo. Le stesse corti hanno poi più volte riconosciuto che preferivano non intervenire nel procedimento arbitrale in corso sospendendo la procedura iniziata innanzi a sé ed in modo da permettere la prosecuzione del procedimento arbitrale in linea con quanto statuito dalle parti. Tale potere di sospensione fu codificato, dapprima, dall'articolo 11 del *Common Law Procedure Act 1854* nella vigenza del quale era espressamente statuito che, quando fosse stato possibile, le parti avrebbero dovuto rispettare il proprio impegno di andare in arbitrato⁸¹ e, successivamente, dall'articolo 4 dell'*Arbitration Act 1950*, fermo il potere delle corti di sospendere il procedimento promosso innanzi a sé "if satisfied that there is not sufficient reason why the matter should not be referred in accordance with the agreement".

Nel caso *Harbour Assurance Co Ltd v. Kansa General International Insurance Co Ltd*⁸² la Corte d' Appello solo tre anni prima dell'entrata in vigore dell'*Arbitration*

⁷⁸ *Christopher Brown Ltd v. Genossenschaft Oesterreichischer Waldbesitzer*, [1954] 1 Q.B. 8, sentenza della High Court richiamata in JALILI, *Kompetenz-kompetenz: Recent U.S. and U.K. Developments*, cit., e che riassume la posizione della giurisprudenza inglese dell'epoca: "It is not the law that arbitrators, if their jurisdiction is challenged or questioned, are bound immediately to refuse to act until their jurisdiction has been determined by some Court which has power to determine it finally. Nor is the law that they are bound to go on without investigation the merits of the challenge and to determine the matter in dispute, leaving the question of their jurisdiction to be held over until it is determined by some court which has power to determine it. They might then be merely wasting their time and everybody else's. They are not obliged to take either of those courses. They are entitled to enquire into the merits of the issue whether they have jurisdiction or not, not for the purpose of reaching any conclusion which will be binding upon the parties — because they cannot do so — but for the purpose of staying themselves as a preliminary matter about whether they ought to go on with the arbitration or not".

⁷⁹ Secondo i principi di *Common Law* e di *equity*, infatti, l'esistenza di una convenzione arbitrale non impediva a ciascuna delle parti di iniziare un procedimento innanzi le corti statali. Cfr., *Kill v. Hollister* (1746) 1 Wils 129; *Thompson v. Charnock* (1799) 3 TR 139; *Bendon v. Heathorn* (1842) 1 Y & C Ch Cas 326; *Merborough v. Bower* (1843) 7 Beav 127; *Harris v. Reynolds* (1845) 7 QB 71; *Wood v. Cooper Mines in England Co* (1856) 7 CB 561; *Horton v. Sayer* (1859) 4 H & N 643 ed altri casi richiamati in MERKIN, *Arbitration Law*, Informa Business Publishing, 2012, 8—2.

⁸⁰ Il giudice statale conservava sempre il potere di rifiutarsi di esaminare un'azione presentata in violazione di una convenzione arbitrale, sia essa domestica o internazionale. Cfr., *Doleman & Sons v. Osset Corporation* [1912] 3 KB 257.

⁸¹ *Doleman & Sons v. Osset Corporation* [1912] 3 KB 257, in POWELL-SMITH-FURMSTON, *Building Contract Casebook*, Wiley-Blackwell, 207-208.

⁸² *Harbour Assurance Co Ltd v. Kansa General International Insurance Co Ltd*, [1992] 1 Lloyd's Rep. 81 (Q.B. (Com. Ct.) 1991).

Act 1996 riconobbe per la prima volta il principio di *separability* della clausola compromissoria⁸³. Sebbene la pronuncia non si spinse a riconoscere chiaramente il principio di *kompetenz-kompetenz* degli arbitri probabilmente la stessa può essere considerata la prima sentenza inglese ad ammettere implicitamente un principio che trae le proprie origini dagli ordinamenti di *civil law*⁸⁴.

4.1 L'*Arbitration Act* 1996 e l'accoglimento del principio di *kompetenz-kompetenz* dell'arbitro

Con l'entrata in vigore del nuovo *Arbitration Act* 1996 il sistema giuridico inglese da un lato ha accolto il principio di *separability* della clausola compromissoria⁸⁵ e dall'altro ha conferito in capo agli arbitri il potere di statuire sulla propria competenza. In tal modo anche l'ordinamento inglese ha riconosciuto il principio di *kompetenz-kompetenz* degli arbitri⁸⁶ adottando un formula simile al dettato dell'art. 16 (1) della legge modello UNCITRAL sull'arbitrato commerciale internazionale applicabile *ratione temporis*. Sulla falsariga di quanto era statuito dalla Legge Modello, infatti, l'art. 30 della legge inglese ha codificato il c.d. effetto positivo del principio consentendo agli arbitri di decidere sulla propria *potestas iudicandi*, con la differenza che tale disposizione non è una norma imperativa e, pertanto, la sua applicazione può essere esclusa dalle parti⁸⁷.

Il principio di *kompetenz-kompetenz* dell'arbitro si applica anche in materia di arbitrato domestico⁸⁸ e garantisce il potere degli arbitri di definire la propria competenza anche nel caso si renda necessario accertare che la convenzione arbitrale non sia mai stata conclusa, senza tuttavia precludere l'intervento del

⁸³ Al riguardo ci fu una lunga discussione sul fatto se fosse possibile continuare una procedura arbitrale nel caso il contratto principale fosse invalido e, alla fine, la corte statui che la clausola compromissoria era da considerarsi un accordo distinto dal contratto principale e, posto che il di applicazione della convenzione arbitrale fosse sufficientemente ampio, gli arbitri avrebbero avuto il potere di decidere se il contratto principale fosse valido.

⁸⁴ MERKIN-FLANNERY, *The Arbitration Act 1996*, Informa Law, 2014, 122 ss.

⁸⁵ Cfr. articolo 7 dell' *Arbitration Act* 1996.

⁸⁶ MERKIN-FLANNERY, *Arbitration Act 1996*, *Lloyd's Commercial Law Library*, Londra-Singapore, 2005, 83.

⁸⁷ *The Departmental Advisory Committee on Arbitration (DAC) Report on Arbitration Bill 1996*, paragrafo 138.

⁸⁸ *High Court of Justice, Chancery division, Albon (t/a N A Carriage Co) v Naza Motor Trading SDN BHD & Anor* [2007] EWHC 665 (Ch), in *WestLaw*.

giudice statale⁸⁹, come previsto dalle sempre attuali di *Common Law* ed in linea con quanto statuito dalla stessa legge.

In particolare, l'articolo 30⁹⁰ stabilisce che, salvo diversamente stabilito dalle parti, l'arbitro può decidere sulla propria competenza (“*substantive jurisdiction*”) e per l'effetto accertare la sussistenza di una valida convenzione arbitrale⁹¹, l'ambito di applicazione della stessa convenzione⁹², nonché la correttezza del procedimento di costituzione del tribunale arbitrale⁹³. E' discusso in dottrina se la lista dei casi che legittimano gli arbitri a rendere tale decisione sia da intendersi esaustiva, tuttavia la giurisprudenza ha ammesso che nel caso una questione possa giustificare la messa in discussione della competenza degli arbitri questa ricadrà nell'ambito di applicazione della norma⁹⁴. Laddove tuttavia l'arbitro nel condurre il procedimento arbitrale ecceda i propri poteri, l'articolo 30 dell'*Arbitration Act* sarà inapplicabile⁹⁵.

Nell'ipotesi in cui il convenuto voglia contestare la competenza degli arbitri⁹⁶ questi potrà decidere di: (i) non partecipare al procedimento arbitrale ed adire subito⁹⁷ la corte statale per sollevare le proprie obiezioni contro la competenza degli arbitri ed ottenere un provvedimento (“*relief*”) in suo favore ai

⁸⁹ Il possibile intervento delle corti statali è garantito nel sistema inglese per la generale applicazione della *Rule of Law* propria di tale ordinamento che ammette limitate eccezioni che possano impedire ad una parte di accedere alle corti di giustizia statali e sempre che le ragioni per tale impedimento siano espressamente stabilite dalla legge (cfr. Articolo 32 della stessa legge, *infra*).

⁹⁰ Secondo il testo della legge: 30. *Competence of tribunal to rule on its own jurisdiction.*— (1) *Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may rule on its own substantive jurisdiction, that is, as to — (a) whether there is a valid arbitration agreement, (b) whether the tribunal is properly constituted, and (c) what matters have been submitted to arbitration in accordance with the arbitration agreement.* (2) *Any such ruling may be challenged by any available arbitral process of appeal or review in accordance with the provisions of this Part.*

⁹¹ In giurisprudenza, *ABB Lummus Global Lts v. Keppel Fels Ltd* [1999] 2 Lloyd's Rep 24; *XL Insurance Ltd v Owens Corning* [2000] 2 Lloyd's Rep 500.

⁹² *Al-Naimi v Islamic Press Agency Inc* [2000] 1 Lloyd's Rep 522; *Fleming and Wendeln GmbH v. Sanoi SA/AG* [2003] 2 Lloyd's Rep 473; *Ronby Holding v. JSC Zestafin G Nikoladze Ferroalloy Plant* [2004] EWHC 1354 (Comm); *Westland Helicopters Ltd v. Sheikh Salah Al-Hejailan* [2004] 2 Lloyd's Rep 523.

⁹³ *Minermet Spa Milan v. Luckyfield Shipping Corporation SA* [2004] 2 Lloyd's Rep 348.

⁹⁴ *Azov Shipping Co v Baltic Shipping Co (No 1)* [1999] 1 Lloyd's Rep 68.

⁹⁵ *Petroships Pte Ltd of Singapore v. Petec Trading & Investment Corporation* [2001] 2 Lloyd's Rep 523. Qualora invece venga contestata la validità della convenzione arbitrale, anche congiuntamente al contratto principale, la disposizione invocata si applicherà. Cfr. *Vee Networks Ltd v. Econet Wireless International Ltd* [2004] EWHC 2909 (Comm.). [2005] 1 Lloyd's Rep 192.

⁹⁶ Per un approfondimento delle strategie che possono essere adottate dal convenuto, Cfr. AEBERLI, *Jurisdictional Disputes under the Arbitration Act 1996: A Procedural Route Map*, in *Arbitration International*, 2005, Vol. 21, n. 3., 253-299.

⁹⁷ *Zaporozhye Production etc. Society v. Ashby Ltd* [2002] EWHC 1410, in AEBERLI, *Jurisdictional Disputes under the Arbitration Act 1996*, cit., 255.

sensi dell' articolo 72⁹⁸ della legge, impugnando, in ogni caso, l' eventuale successivo lodo *ex* articolo 67 o 66 dell' *Arbitration Act*; (ii) iniziare un procedimento ordinario con un' azione relativa al merito della disputa, volta ad ottenere l' esecuzione di un diritto che la stessa parte ritiene di non ricadere nell' ambito di applicazione della convenzione arbitrale, salvo il diritto di controparte di chiedere la sospensione del giudizio ai sensi dell' articolo 9 della stessa legge; (iii) partecipare al procedimento arbitrale e contestare la competenza degli arbitri nel primo atto difensivo utile sollevando tale eccezione prima di qualsiasi difesa sul merito ai sensi dell' articolo 31⁹⁹ della stessa legge ed impugnare successivamente il lodo in virtù dell' articolo 73¹⁰⁰; (iv) nei casi eccezionali costituirsi nel procedimento arbitrale e adire la corte statale secondo i termini e le condizioni previste dall' articolo 32.

Gli arbitri, dal canto loro, rilevata l' eccezione d' incompetenza potranno scegliere di: (1) sospendere la procedura arbitrale, qualora siano informati che è pendente innanzi la corte statale una procedura ai sensi dell' art. 72; (2) determinare la questione relativa alla competenza in un lodo parziale; (3) decidere di definire la questione relativa alla competenza con il lodo finale che sarà reso anche sul merito¹⁰¹, salvo le parti richiedano che venga reso un lodo parziale (4) dare il

⁹⁸ AEBERLI, *Jurisdictional Disputes under the Arbitration Act 1996: A Procedural Route Map*, cit., 254. La norma è intervenuta a codificare in parte la regola di *Common Law* che vigeva prima della nuova legge e riconosce solo alla parte che non abbia preso parte al procedimento arbitrale di contestare successivamente di fronte la corte statale la competenza degli arbitri. Tale diritto viene perso anche nel caso la stessa parte proceda alla nomina dell'arbitro. Per il regime vigente prima dell'entrata della nuova legge, cfr. *Brown (Christopher) Ltd v. Genossenschaft and others* [1954] 1 QB 8, in AEBERLI, *Jurisdictional Disputes under the Arbitration Act 1996*, cit.

⁹⁹ 31. *Objection to substantive jurisdiction.* — (1) *An objection that the arbitral tribunal lacks substantive jurisdiction at the outset of the proceedings must be raised by a party not later than the time he takes the first step in the proceedings to contest the merits of any matter in relation to which he challenges the tribunal's jurisdiction. A party is not precluded from raising such an objection by the fact that he has appointed or participated in the appointment of an arbitrator.* (2) *Any objection during the course of the arbitral proceedings that the arbitral tribunal is exceeding its substantive jurisdiction must be made as soon as possible after the matter alleged to be beyond its jurisdiction is raised.* (3) *The arbitral tribunal may admit an objection later than the time specified in subsection (1) or (2) if it considers the delay justified.* (4) *Where an objection is duly taken to the tribunal's substantive jurisdiction and the tribunal has power to rule on its own jurisdiction, it may — (a) rule on the matter in an award as to jurisdiction, or (b) deal with the objection in its award on the merits. If the parties agree which of these courses the tribunal should take, the tribunal shall proceed accordingly.* (5) *The tribunal may in any case, and shall if the parties so agree, stay proceedings whilst an application is made to the court under section 32 (determination of preliminary point of jurisdiction).*

¹⁰⁰ Per il ventaglio delle strategie processuali che possono essere adottate dal convenuto, cfr. MERKIN-FLANNERY, *The Arbitration Act 1996*, *Informa Law*, 2014, 112.

¹⁰¹ BARCELÓ, *Who Decides the Arbitrators' Jurisdiction? Separability and Competence-Competence in Transnational Perspective*", *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 36.4, *Cornell University Law School*, 2003, 1115 ss., in particolare p. 1130.

proprio permesso a deferire la questione alla corte statale ai sensi dell' articolo 32 dell' *Arbitration Act* 1996¹⁰².

Inoltre, al fine di evitare eventuali abusi da parte dell'arbitro nell' uso della propria discrezionalità nel rendere un lodo preliminare e, quindi, evitare un dispendio di energie e di tempo per una questione che potrebbe essere decisa immediatamente, la legge permette alle parti di imporre all' arbitro¹⁰³ di sospendere il procedimento e rinviare la questione alla corte statale ai sensi dell'art. 32 della stessa legge. Una procedura di carattere eccezionale, non in linea con il dettato dell'art. 16 della *Model Law*¹⁰⁴ ma certamente utile e ben vista dalle parti, qualora siano interessate a risolvere la questione di "giurisdizione" in prima battuta ed evitare lungaggini processuali dopo aver già istruito e concluso l'intero procedimento arbitrale.

4.2 L'effetto negativo della *kompetenz-kompetenz* secondo l'ordinamento inglese ed il limite del *preliminary ruling* del giudice statale

L' articolo 32 dell'*Arbitration Act* è una norma imperativa completamente nuova al sistema inglese che consacra in maniera meno netta rispetto alla versione francese l'effetto negativo della *kompetenz-kompetenz*. Essa vieta espressamente alle corti statali di pronunciarsi su una richiesta di accertamento ("*Determination of preliminary point of jurisdiction*") della competenza degli arbitri nel corso della procedura arbitrale, salvo il consenso unanime delle parti del procedimento oppure nel caso gli arbitri diano il proprio benestare a tale azione. In tale ultimo caso, il testo della norma subordina la pronuncia delle corti statali a che (1) la determinazione della domanda possa produrre un notevole risparmio dei costi, (2) che la stessa domanda sia stata presentata senza indugio, e (3) che vi sia una buona ragione per cui la questione dovrebbe essere decisa dal giudice. La regola è meno meccanica rispetto alla sua versione francese che impone alle corti statali di dichiararsi incompetenti a seguito di un esame *prima facie* della convenzione d' arbitrato e non va nello stesso senso¹⁰⁵. Innanzitutto, è evidente come la centralità della volontà delle parti in arbitrato possa costituire un limite all' effetto negativo della *kompetenz-kompetenz* nel sistema giuridico inglese. Le parti, infatti, potrebbero

¹⁰² In tal caso ai sensi del quinto comma della norma il tribunale arbitrale potrà sospendere il procedimento iniziato davanti a sé o procedere in tal senso su indicazione unanime delle parti.

¹⁰³ 31. *Objection to substantive jurisdiction of tribunal.* — *The tribunal may in any case, and shall if the parties so agree, stay proceedings whilst an application is made to the court under section 32.*

¹⁰⁴ MERKIN-FLANNERY, *Arbitration Act 1996*, cit., 84.

¹⁰⁵ GAILLARD, *L'effet négative de la compétence-compétence*, cit., 396.

concordare che il ricorso ad un accertamento preliminare possa produrre un risparmio sostanziale di tempi e di costi¹⁰⁶. È significativo, inoltre, che anche nel caso le parti del procedimento non concordino tutte con tale richiesta, la legge riconosca al tribunale arbitrale la possibilità di concedere ad una delle parti il benessere per presentare una domanda alla corte ed ottenere una pronuncia sul punto¹⁰⁷. In mancanza di tale eccezioni all'effetto negativo della *kompetenz-kompetenz* le corti inglesi avrebbero potuto conoscere della questione relativa alla *potestas iudicandi* degli arbitri solo in caso di impugnazione o di esecuzione come avviene nei sistemi giuridici che accolgono appieno l'effetto negativo della *kompetenz-kompetenz*¹⁰⁸.

Tuttavia, il potere di ricorrere alla corte statale è stato concepito non come la regola, ma piuttosto come un'eccezione¹⁰⁹ che le parti potranno utilizzare in casi speciali. Tale soluzione potrebbe sembrare più adatta rispetto alla posizione assunta nel sistema francese, soprattutto in ipotesi di contenziosi transnazionali, in occasione dei quali è facile che sorgano problemi di *forum shopping* e *parallel proceeding*. In tali casi la norma si può rivelare di particolare utilità al fine di ottenere una sentenza che possa essere poi usata come difesa, anche per resistere in caso di esecuzione di una sentenza straniera in Inghilterra. Specialmente se il procedimento giudiziario parallelo si svolge nell'ambito di applicazione della *Recast Brussels Regulation* (n. 1215/2012). Tale aspetto è stato evidenziato recentemente nel caso *Toyota Tsusho Sugar Trading Ltd v Prolat SRL* [2014] EWHC 3649 (Comm), [2014] All ER (D) 105 (Nov) dove la società italiana Prolat s.r.l., contestando la validità di una convenzione arbitrale nel contratto oggetto di disputa, iniziò un procedimento ordinario innanzi il Tribunale di Napoli sebbene la clausola compromissoria

¹⁰⁶ Section 32. – *Determination of preliminary point of jurisdiction.* (1) *The court may, on the application of a party to arbitral proceedings (upon notice to the other parties), determine any question as to the substantive jurisdiction of the tribunal. A party may lose the right to object (see section 73).* (2) *An application under this section shall not be considered unless— (a) it is made with the agreement in writing of all the other parties to the proceedings, or (b) it is made with the permission of the tribunal and the court is satisfied — (i) that the determination of the question is likely to produce substantial savings in costs, (ii) that the application was made without delay, and (iii) that there is good reason why the matter should be decided by the court.*

¹⁰⁷ La cui natura è ancora discussa in dottrina, AEBERLI, *Jurisdictional Disputes under the Arbitration Act 1996: A Procedural Route Map*, cit., 275.

¹⁰⁸ GAILLARD, *L'effet négative de la compétence-compétence*, cit., 396.

¹⁰⁹ *DAC Report on Arbitration Bill 1996* paragrafi 141 e 147. Tale approccio è stato confermato in *ABB Lummus Global v. Kepped Fels Ltd* [1999] 2 *Lloyd's Rep* 24 e *Vale do Rio Doce Navegação SA v Shanghai Bao Steel Ocean Shipping Co Ltd* [2000]. Tra i pochi casi: *Esso Exploration & Production UK Ltd v. Electricity Supply Board* [2004] EWHC 723 (926); *Film Finance Inc v. Royal Bank of Scotland* [2007] 1 *Lloyd's Rep* 382; *Elektrim SA v. Vivendi Universal SA* [2007] 1 *Lloyd's Rep* 693; *British Telecommunications plc v SAE Group Inc* [2009] BLR 231; *Five Oceans Salvage Ltd v Wenzhou Timber Group Co* [2012] 1 *Lloyd's Rep* 289.

prevedesse un arbitrato a Londra. Toyota ritenendo invece valida la clausola compromissoria secondo il diritto inglese (legge applicabile al contratto), iniziò un procedimento arbitrale secondo le regole del *Refined Sugar Association of London* (RSA), così come previsto dal contratto. A seguito della costituzione del tribunale arbitrale Toyota chiese agli arbitri di poter adire la corte statale ai sensi dell'articolo 32 dell'*Arbitration Act*. Gli arbitri prestarono il proprio consenso a tale richiesta e la corte inglese, dopo aver stabilito che i presupposti richiesti dall' articolo 32(2) erano stati soddisfatti e che il coinvolgimento del Tribunale di Napoli poteva costituire una buona ragione per cui le corti inglesi avrebbero dovuto decidere la questione, rese un provvedimento con cui accertò la sussistenza di una valida convenzione arbitrale, annullando, di fatto, la *torpedo action* della società italiana¹¹⁰.

Alla luce di quanto precede, dunque, sembra che la soluzione offerta dalla nuova legge inglese possa essere considerata un'alternativa più flessibile rispetto a quella francese che, a certe condizioni, consente alle parti di accedere immediatamente alla corte statale per la determinazione del *finium regundorum* tra giudice ed arbitro. A parere di chi scrive, quindi, appare maggiormente condivisibile la scelta del sistema inglese di prevedere dei temperamenti al principio di *kompetenz-kompetenz* degli arbitri. Tali eccezioni, infatti, potrebbero rilevarsi utili in determinate circostanze, soprattutto nel caso tale scelta è dettata dal volere di tutte le parti coinvolte nel procedimento arbitrale in virtù del principio di autonomia.

¹¹⁰ La corte inglese ha potuto rendere la propria pronuncia in quando il procedimento arbitrale era già pendente e l'arbitrato, incluse le procedure e le azioni a supporto dello stesso, non rientra nel campo di applicazione della *Recast Brussels Regulation* (Articolo 1(2)(d)).

CAPITOLO SECONDO

IL PRINCIPIO DI *KOMPETENZ-KOMPETENZ* DAL CODICE DI RITO DEL REGNO D'ITALIA AL NUOVO CODICE DEL 1940

SOMMARIO: 1. IL PRINCIPIO DI *KOMPETENZ-KOMPETENZ* NEL SISTEMA PROCESSUALISTICO ITALIANO – 1.1 IL POTERE DEL GIUDICE ORDINARIO DI STATUIRE SULLA PROPRIA COMPETENZA NEL CODICE DI PROCEDURA CIVILE ITALIANO. DAL REGNO D'ITALIA AL CODICE DI RITO DEL 1940 – 2. IL PRINCIPIO DI *KOMPETENZ-KOMPETENZ* IN SEDE ARBITRALE. PREMessa SISTEMATICA – 2.1 IL DIBATTITO SULLA NATURA DELL'ARBITRATO E DELL'ECCEZIONE DI COMPROMESSO – 2.2 IL PRINCIPIO DI *KOMPETENZ-KOMPETENZ* DELL'ARBITRATO NEL CODICE DEL 1865 – 2.3 L'EMANAZIONE DEL CODICE DEL 1940 E LA RICONDUZIONE DEI RAPPORTI TRA GIUDICE ED ARBITRO NELL'AMBITO DELLA COMPETENZA – 2.3.1 I COROLLARI DI TALE IMPOSTAZIONE: L'AFFERMAZIONE DEL PRINCIPIO DI *KOMPETENZ-KOMPETENZ* DELL'ARBITRO E LA TEORIA DELLA *VIS ATTRACTIVA* – 3. LA RIFORMA DEL 1994 TRA IL RIGETTO DEL PRINCIPIO DELLA *VIS ATTRACTIVA* E LA TEORIA DELLA LITISPENDENZA A SENSO UNICO – 3.1 LA CRITICA DELLA DOTTRINA – 4 IL *REVIREMENT* DELLA CASSAZIONE E L'ACCOGLIMENTO DELLA TESI NEGOZIALE DELL'ARBITRATO

1. Il principio di *kompetenz-kompetenz* nel sistema processualistico italiano

Il principio di *kompetenz-kompetenz* è stato inizialmente riconosciuto nel nostro ordinamento con riferimento al potere di ogni giudice statale di statuire sulla propria competenza, senza tuttavia poter influenzare o vincolare un altro giudice che avrebbe potuto essere investito della medesima questione.

Il presente capitolo intende investigare l'evoluzione di tale potere riconosciuto inizialmente al giudice ordinario per poi delineare come il principio di *kompetenz-kompetenz* dell'arbitro si sia evoluto dal codice del Regno, quando la giurisprudenza dell'epoca statuì l'impredicabilità per l'arbitro della massima *iudex est competens in causa suae incompetentiae*, fino all'emanazione del nuovo codice di rito del 1940.

1.1 Il potere del giudice ordinario di statuire sulla propria competenza nel codice di procedura civile italiano. Dal Regno d'Italia al codice di rito del 1940

Nell'ambito del diritto processuale il principio della *kompetenz-kompetenz* risale al tempo dell' *Ancien Régime* ed al sistema delle pluralità delle giurisdizioni allorquando si riteneva che ogni giudice fosse giudice della propria competenza. Una decisione che secondo la ricostruzione tradizionale non poteva essere a lui imposta da altro giudice ad esso equiordinato¹¹¹. Una interpretazione del principio alquanto rigorosa da cui discendeva che ciascun organo giurisdicente, innanzi al quale fosse stata sollevata la medesima pretesa, nella propria analisi logico-giuridica della domanda avrebbe potuto verificare autonomamente la sussistenza della propria competenza dalle risultanze disponibili¹¹² al fine di poter esercitare il proprio potere di *ius dicere*.

Nel sistema civil-processualistico tale principio derivava alle legislazioni moderne da una concezione patrimoniale della giurisdizione¹¹³ ed era conseguenza del primato attribuito alle norme sulla competenza in senso statico per individuare il giudice competente una volta che fosse sorta una controversia¹¹⁴.

Il codice di rito del 1865, considerando sia la giurisdizione che la competenza presupposti processuali, applicò tale regola al giudizio ordinario. Ne derivò una disciplina uniforme sia per il caso del difetto di giurisdizione sia per quello di competenza¹¹⁵. Pertanto, in caso di mancanza di tali presupposti, il giudice avrebbe emanato una sentenza "declinatoria" della giurisdizione e/o della competenza che chiudeva definitivamente il processo¹¹⁶.

¹¹¹ PICARDI, *Manuale del processo civile*, II ed., Giuffrè Editore, II ed., 2010, 73.

¹¹² Cass., Sez. Un., 25 ottobre 1994, n. 19, in *Giur. it.*, 1996, II, 352 con nota di TERRANOVA, *Incompetenza del giudice che abbia provveduto in materia cautelare e sua deducibilità in sede di impugnazione*.

¹¹³ ASPRELLA, *La traslatio iudicii. Trasferimento del giudizio nel nuovo processo civile (l. n. 69/2209)*, Milano, Giuffrè, 2010, 8 ss.

¹¹⁴ ARIETA, *La sentenza sulla competenza. Struttura, efficacia e stabilità*, Padova, CEDAM, 1990, 20. Secondo l'Autore nel vigore del codice di procedura civile del 1865 la riserva al giudice della decisione sulla propria competenza e sulle controversie relative ad essa è stata una soluzione garantista dell'esercizio della funzione giurisdizionale, indipendentemente dalla risoluzione della questione di competenza lite pendente.

¹¹⁵ PICARDI, *Manuale del processo civile*, cit., 73 ss.

¹¹⁶ In particolare, l'inquadramento della competenza tra i presupposti processuali comportava l'estinzione del rapporto giuridico processuale ogni volta che il giudice si fosse riconosciuto carente di tale requisito. Di conseguenza, nonostante il principio di unità del processo attraverso i vari procedimenti di cui esso consta, non era possibile giustificare la continuazione del processo in seguito alla pronuncia di incompetenza. Cfr. CARNELUTTI, *Appello davanti a giudice incompetente*, *Studi di diritto processuale*, Padova,

In particolare, in sede di giudizio ordinario il principio della *kompetenz-kompetenz* rappresentava l' applicazione della regola generale in base alla quale, essendo ciascun giudice competente a decidere solo sui presupposti processuali attinenti al processo instaurato dinanzi a lui, le relative decisioni non potevano in alcun modo vincolare i giudici innanzi ai quali fosse stato instaurato un nuovo ed identico procedimento. Pertanto, la sentenza declinatoria della competenza, sebbene contenesse un'implicita affermazione e/o negazione della competenza di un altro giudice, non avrebbe potuto vincolare il nuovo giudice dinanzi al quale la domanda fosse stata eventualmente riproposta, il quale avrebbe potuto emettere una decisione anche in contrasto con quella già resa¹¹⁷.

Nel codice di diritto del Regno¹¹⁸ la riserva al giudice statale della decisione sulla propria competenza e sulle controversie relative ad essa è stata una soluzione garantista dell' esercizio della funzione giurisdizionale da parte dello Stato, indipendentemente dalla risoluzione della questione di competenza lite pendente¹¹⁹. Tuttavia, tale regola non tutelava di certo le parti le quali vedevano aggravata la propria posizione processuale, ma piuttosto ciascun organo giudicante¹²⁰ che avrebbe, in tal modo, potuto decidere sul punto.

Ciò nonostante, anche in tale contesto il principio della *kompetenz-kompetenz* del giudice civile conosceva un limite. Se infatti l' individuazione del giudice competente fosse scaturita da una pronuncia della Corte di Cassazione¹²¹, la stessa

1925, I, 765; MENESTRINA, *Il processo avanti a giudice incompetente e la condanna nelle spese*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1937, II, 228; PASSARELLI, *Sul termine dell' azione di rescissione di vendita*, in *Foro. it.*, 1931, I, 664; RASELLI, *Appello a giudice incompetente e decorrenza del termine per appellare*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1931, II, 64.

¹¹⁷ ARIETA, *La sentenza sulla competenza*, cit., 1990, 20; CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile: le azioni, il processo di cognizione*, Napoli, Jovene, 1923, 370; CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, Padova, 1943, I, 154; GIONFRIDA, *La competenza nel nuovo processo civile*, Trapani, 1942, 424.

¹¹⁸ Il primo codice di procedura civile del Regno d'Italia, basato sul progetto che il ministro Pisanelli aveva presentato al Senato il 26 novembre 1863 fu promulgato con regio decreto il 25 giugno 1865, n. 2366.

¹¹⁹ ARIETA, *La sentenza sulla competenza. Struttura, efficacia e stabilità*, Padova: CEDAM, 1990, 20.

¹²⁰ CIPRIANI, *Il regolamento facoltativo di competenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, 517.

¹²¹ Nel codice di rito del 1865 la Suprema Corte avrebbe potuto pronunciarsi sulla competenza a seguito dei successivi gradi di impugnazione del capo della sentenza contenente la decisione sulla competenza, ovvero a seguito della proposizione del regolamento di competenza. Istituto completamente diverso da quello attualmente disciplinato dagli artt. 42 e ss. c.p.c. dove la domanda di regolamento era proposta all' autorità giudiziaria immediatamente superiore rispetto a quelle investite della causa connesse (il vecchio art. 108 c.p.c. recitava: "*Quando una medesima causa o due cause tra loro connesse siano promosse davanti due o più autorità giudiziarie, la domanda per il regolamento della competenza deve essere proposta davanti quell' autorità giudiziaria immediatamente superiore, da cui le medesime siano dipendenti*"). Essa aveva la forma del ricorso accompagnato dall' indicazione degli atti e dei documenti di causa che rimanevano depositati nella cancellaria dei giudici aditi sul merito. Laddove la corte adita avesse ritenuto che verosimilmente la domanda fosse fondata,

avrebbe avuto valore vincolante nei confronti del giudice di fronte al quale fosse stato iniziato successivamente un nuovo procedimento in virtù di tale pronuncia. Alla Suprema Corte poteva, infatti, temperare il potere del giudice di statuire sulla propria *potestas iudicandi* con una sentenza che in via definitiva stabilisse chi fosse il giudice fornito di competenza che non avrebbe più potuto rendere una sentenza declinatoria.

Nonostante l'esistenza di tale strumento, la dottrina dell'epoca caldeggiò fortemente l'introduzione di un temperamento al principio della *kompetenz-kompetenz* e si era fatta portatrice di diverse proposte di riforma del principio in questione nell'ambito del giudizio ordinario. L'irrazionalità delle norme che impedivano la prosecuzione del processo davanti al giudice effettivamente competente fu avvertita anche da Giuseppe Chiovenda. L'illustre giurista osservò come il principio di *kompetenz-kompetenz* avrebbe potuto avere un senso quando vigeva una concezione patrimoniale della giurisdizione, il potere spettava al capo politico in via ereditaria¹²² ed ogni giudice era geloso delle proprie attribuzioni. Al contrario, nello Stato moderno dove il giudice non era altro che un funzionario dello Stato, unico detentore del potere giurisdizionale, tali reciproche gelosie non avrebbero avuto più senso d'esistere. Sulla base di tali presupposti, il Progetto Chiovenda¹²³ propose con una inusuale arditatezza la soppressione del principio di *kompetenz-kompetenz* in senso stretto e l'attribuzione di efficacia vincolante alla pronuncia del giudice sulla competenza nei confronti degli altri giudici¹²⁴. Dirompente rispetto al passato, era

emanava un decreto con il quale ordinava che il ricorso ed il decreto fossero notificati in un termine perentorio alle altre parti e concedeva un termine per la proposizione di un eventuale controricorso ordinando, se del caso, la sospensione della causa finché non fosse stata regolata la competenza (ex art. 111 c.p.c.). Se l'autorità superiore chiamata a decidere non fosse stata la Corte di Cassazione, la sentenza sul regolamento poteva essere impugnata innanzi la Suprema Corte che avrebbe deciso definitivamente sulla questione. Al riguardo si veda, CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1934, II, 127 e ss.; REDENTI, *Profili pratici del diritto processuale civile*, Milano, 1938, 307 e ss.; ZANZUCCHI-VOCINO, *Diritto processuale civile*, I, VI ed., Milano, 1964, 322.

¹²² CIPRIANI, *Riparto di giurisdizione e translatio iudicii*, in *La sentenza della Corte Costituzionale 6 luglio 2004, n. 204. Atti del convegno su riparto della giurisdizione nelle controversie in cui è parte la pubblica amministrazione* (Lucera, 19 febbraio 2005), a cura di Enrico Follieri, Giuffrè Editore, 2006, 42-43.

¹²³ Progetto di riforma del procedimento civile elaborato nel 1920 dalla Commissione per il dopo guerra in CHIOVENDA, *Rapporto giuridico processuale e litispendenza*, in *Saggi di diritto processuale civile*, a cura di A. Proto Pisani, Milano, 1993, II, 113 ss.

¹²⁴ All'art. 73 del suo progetto di riforma l'Autore propose che l'autorità giudiziaria, e non anche il giudice speciale, che si dichiarava incompetente non dovesse limitarsi a dichiarare la propria incompetenza, ma dovesse indicare il giudice che a suo avviso era competente. Avverso la sentenza declinatoria la parte soccombente avrebbe potuto pur sempre esperire gli ordinari mezzi di impugnazione, ma una volta esauriti gli stessi la causa doveva poter essere riassunta innanzi al giudice dichiarato competente innanzi al

l'idea che il giudice *ad quem* non avrebbe mai potuto dichiararsi a sua volta incompetente e nemmeno ribellarsi all'indicazione del giudice *a quo*¹²⁵. Poiché, secondo una delle interpretazioni più ampiamente diffuse¹²⁶, il principio di *kompetenz-kompetenz* implicava non solo che ogni giudice avesse competenza a decidere della propria competenza, ma, per reciprocità, che un giudice non potesse decidere con effetto vincolante della competenza di un altro, ben si intende come la norma immaginata da Chiovenda ne deviasse¹²⁷. Il progetto in parola non ebbe un prosieguo legislativo all'epoca, ma la disciplina del codice di rito del 1940 deve molto, anche sul punto, a tale proposta¹²⁸. Il Progetto Mortara¹²⁹, invece, suggerì di attribuire sempre carattere vincolante alla sentenza del giudice sulla competenza ma, al contempo, proponeva che le stesse sentenze pronunciate in primo grado sulla questione di competenza fossero soggette a ricorso immediato in Cassazione, indipendentemente dal merito della causa. Tutti tentativi di superamento di un principio che, nella pratica, comportava un aggravio a carico delle parti, causato dalle complicazioni che già normalmente provocano le questioni di competenza.

In quest'ottica il codice del 1940 mitigò il principio della *kompetenz-kompetenz* del giudice ordinario per raggiungere l'obiettivo della decisione sul merito della causa e portò a compimento un tentativo di semplificazione delle questioni attinenti alla competenza del giudice attraverso il sistema della *traslatio iudicii* disciplinato agli articoli 44 e 50 del codice di rito e mediante l'accordo di deroga previsto dall'art.

quale il giudizio avrebbe dovuto proseguire. Cfr. CHIOVENDA, *Relazione sul progetto di riforma del procedimento elaborato dalla Commissione per il dopo guerra, 1920*, in Chiovenda, *Saggi di diritto processuale civile* (1894-1937), II, a cura di Proto Pisani, Milano, 1993, 86 ss. Sulla modernità di tale proposta si rinvia a CIPRIANI, *Il regolamento facoltativo di competenza*, cit., 517.

¹²⁵ Va però qui evidenziato che Chiovenda, nella relazione, sentì l'esigenza di puntualizzare che solo l'autorità giudiziaria poteva accompagnare alla declinatoria di competenza l'indicazione del giudice competente. Questo non lo poteva fare il giudice speciale. Cosa intendesse l'A. per "giudice speciale" non è del tutto chiaro. Si veda il testo del Progetto di riforma del procedimento civile elaborato nel 1920 dalla Commissione per il dopo guerra in CHIOVENDA, *Saggi di diritto processuale civile*, cit., 113 ss.

¹²⁶ Nel sistema di diritto processuale possono rivenirsi tre principali interpretazioni del principio di *Kompetenz-Kompetenz*. Sul punto, si rinvia al capitolo I.

¹²⁷ Si veda diffusamente, CIPRIANI, *Il regolamento facoltativo di competenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1976.

¹²⁸ CIPRIANI, *Il regolamento facoltativo di competenza*, cit., 517; Id. *Riparto di giurisdizione e «traslatio iudicii»*, in *Riv. trim.dir. proc. civ.*, 2005, 729 ss., in part. 732-733; ANNECCHINO, *Note sul regolamento di competenza d'ufficio*, in *Dir. e giur.*, 1990, 607. Resta degno di nota il fatto che con esso si sia cercato di superare antichi retaggi la cui necessità era avvertita anche da coloro che criticavano in modo ferreo ogni discorso sulla *traslatio* di un processo iniziato innanzi a un giudice sfornito di competenza in quanto, secondo tale visione, gli effetti processuali della domanda proposta al giudice incompetente si esaurivano con il rigetto della stessa per incompetenza.

¹²⁹ TARZIA-CAVALLONE, *I Progetti di riforma del processo civile (1866-1935)*, vol. II, Milano, Giuffrè Editore, 1989, 884 ss.

38 c.p.c. In particolare il codice del 1940 superò l'interpretazione rigorosa della *kompetenz-kompetenz* del giudice ordinario ed introdusse la distinzione tra il regime del difetto di giurisdizione e quello del difetto di competenza. A certe condizioni, infatti, il nuovo art. 50 del codice di rito consentì di "trasferire" (*translatio*) il processo davanti ad un diverso giudice, munito di quella competenza che mancava al primo giudice¹³⁰. Una deroga al principio della *kompetenz-kompetenz* che permetteva la prosecuzione del processo a seguito di una sentenza declinatoria della competenza e che rappresentò l'apice della rivoluzione compiuta dal legislatore del 1940 in materia.

Tale passo in avanti fu reso possibile sia grazie ad una diversa concezione della funzione giurisdizionale ordinaria che al diverso inquadramento sistematico della competenza. Si riteneva, infatti, che la giurisdizione promanasse da una medesima fonte sebbene distribuita tra organi diversi e distinti. Gli organi di cui la stessa si componeva restavano collegati tra loro ed in reciproci rapporti di attribuzione e ripartizione della medesima funzione¹³¹. Di conseguenza, mutò l'inquadramento sistematico della competenza che divenne un presupposto di ulteriore procedibilità della domanda la cui mancanza determinava l'inidoneità del giudizio alla trattazione nel merito e fondava l'obbligo del giudice di emettere una sentenza di rito in tal senso¹³². Conseguenza diretta di questa concezione fu l'introduzione del "nuovo" articolo 50 del codice di rito del 1940. In accoglimento del "Progetto di riforma del procedimento" di Chiovenda, quindi, il legislatore del nuovo codice introdusse il principio della continuazione del processo. In base alla nuova norma il giudice adito, dichiaratosi incompetente, avrebbe dovuto indicare il giudice reputato competente e quindi fissare un termine perentorio per le parti ai fini della riassunzione del procedimento davanti al nuovo giudice o, in caso di mancato rispetto del termine, il procedimento si sarebbe estinto. Una soluzione che

¹³⁰ PICARDI, *Manuale del processo civile*, Giufrè Editore, II ed., 2010, 73.

¹³¹ ATTARDI, *Sulla traslazione del processo dal giudice incompetente a quello competente*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1951, 149; SAMMARCO, *Trasmigrazione del processo dall'arbitrato al giudice ordinario*, in *Giust. civ.*, 1961, I, 1839, 436 ss.

¹³² In tal senso, MANDRIOLI, *Presupposti processuali*, in *Nov. Dig. It.*, Torino, 1966, XIII, 787 ss.. Non tutti coloro che configurano la competenza quale presupposto processuale operano tale distinzione. Alcuni autori, infatti, distinguono tra presupposti processuali in senso stretto, necessari per l'instaurazione del rapporto processuale, e presupposti processuali in senso lato, come la competenza, che costituiscono le condizioni del provvedimento di merito. Cfr. GIONFRIDA, *La competenza nel nuovo processo civile*, Trapani, 1942, 42. Altri, più semplicemente, definiscono la competenza quale presupposto per la trattazione e la pronuncia sul merito della domanda. Cfr., BONGIORNO, *Il regolamento di competenza*, Milano, 1970, 43.

avrebbe permesso all'attore di non essere costretto a riproporre la domanda davanti ad altro giudice che, a sua volta, avrebbe pure potuto dichiararsi incompetente.

Il nuovo codice, pertanto, introdusse nel nostro ordinamento processuale il principio della continuazione del processo (c.d. *translatio iudicii*) e la possibilità di sanare l'errore nell'individuazione del giudice cui proporre la domanda con riferimento alla sola competenza e non anche alla giurisdizione per la quale restò fermo il principio dell'incomunicabilità delle varie giurisdizioni¹³³.

In profonda rottura con il precedente sistema dove ciascun giudice era legittimato a decidere esclusivamente sulla propria competenza¹³⁴, dunque, la riforma ridimensionò la portata del principio della *kompetenz-kompetenz* del giudice ordinario favorendo una più agile individuazione del giudice competente. Il giudice incompetente adito erroneamente, infatti, nel dichiarare la propria incompetenza non avrebbe dovuto limitarsi ad affermare la carenza del proprio potere di trattare e decidere la causa nel merito, ma avrebbe dovuto indicare anche il giudice competente ai sensi del nuovo art. 44 c.p.c. Regola non assoluta, perché non ogni indicazione avrebbe avuto un carattere vincolante per il giudice indicato (art. 45 c.p.c.)¹³⁵, ma che rende evidente in modo inequivocabile come il principio di *kompetenz-kompetenz* del giudice ordinario nel codice di rito del 1940 subì una forte mitigazione a beneficio delle parti del procedimento.

¹³³ Successivamente la dottrina non mancò di avvertire che non avrebbe avuto senso che tale principio non fosse applicabile anche quando il giudice si dichiarasse sfornito di giurisdizione. Pertanto, molti studiosi fecero notare che, *de iure condito*, quando la giurisdizione veniva declinata a favore di un altro giudice italiano la continuazione del processo doveva essere ammessa. Sul punto, CIPRIANI, *Riparto di giurisdizione e «translatio iudicii»*, cit., 729 ss.; ORIANI, *Sulla «translatio iudicii» dal giudice ordinario al giudice speciale (e viceversa)*, in *Foro it.*, 2004, V, 9 ss. Tali riflessioni sono state poi accolte dapprima dalla Corte di Cassazione con sentenza del 22 febbraio 2007 n. 4109 e, subito dopo con percorsi argomentativi diversi, dalla Corte Costituzionale con sentenza del 12 marzo 2007 n. 77. Sul punto si veda, CONSOLO-DE CRISTOFARO, *Evoluzioni processuali tra translatio iudicii e riduzione della proliferazione dei riti e dei ritualismi*, in *Corr. giur.*, 2007, 745 ss.

¹³⁴ CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, II, Padova, 1944, 155; GIONFRIDA, *La Competenza, nel nuovo processo civile*, Trapani, 1942, 81; JAEGER, *Diritto processuale civile*, Torino, 1943, 243.

¹³⁵ Il giudice *ad quem* era vincolato alla indicazione del giudice *a quo* solo nel caso in cui questi avesse declinato la competenza per valore o per territorio derogabile, non anche se l'incompetenza fosse stata dichiarata per motivi di materia o di territorio inderogabile, nel qual caso anche il giudice *ad quem* avrebbe potuto dichiararsi incompetente ed esperire il regolamento della competenza innanzi alla Corte di cassazione ex art. 45 c.p.c.

2. Il principio di *kompetenz-kompetenz* in sede arbitrale. Premessa sistematica

Delineata a grande linee l'evoluzione del principio di *kompetenz-kompetenz* in sede di giudizio ordinario, si intende dunque ora approfondire come invece il potere degli arbitri di pronunciarsi sulla propria *potestas iudicandi* sia stato recepito nel nostro codice di rito. Il tema del principio di *kompetenz-kompetenz* dell'arbitro è generalmente riconducibile alle problematiche che si sono sviluppate nell'ambito dei rapporti tra arbitro e giudice. In particolare, tale principio si riferisce a quell'insieme di questioni che scarutiscono nel momento patologico del rapporto compromissorio¹³⁶ ed, in particolare, quando in sede arbitrale o giudiziaria si contesti l'esistenza, la validità o l'efficacia della stessa e, di conseguenza, la *potestas decindi* degli arbitri.

Tuttavia, prima di procedere ad un'analisi più approfondita del principio in questione, è opportuno ricordare il dibattito che si è sviluppato negli anni sul «grande dilemma fra contrattualità e giurisdizionalità dell'arbitrato»¹³⁷ e della eccezione di compromesso. La natura e la disciplina di un istituto, infatti, riflettono indefettibilmente il suo oggetto e la sua funzione¹³⁸.

2.1 Il dibattito sulla natura dell'arbitrato e dell'eccezione di compromesso

Le differenti qualificazioni dell'eccezione di competenza degli arbitri e l'inquadramento del principio di *kompetenz-kompetenz* hanno il loro fondamento anche nella diversa e dibattuta concezione della natura dell'arbitrato.

Una delle due principali teorie sulla natura dell'arbitrato è la c.d. teoria privatistica¹³⁹ o negoziale la quale, partendo dall'assunto della assoluta esclusività

¹³⁶ IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo. Studio sui rapporti tra arbitrato e giurisdizioni statuali*, Torino, 2013, 16.

¹³⁷ SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 2, Milano, 1971, p. 166; ID., *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, 1931, 9, dove P.A. già sottolineava come «il problema dell'arbitrato è tutto nella questione della sua giurisdizionalità o della sua contrattualità».

¹³⁸ CAVALLINI, *L'arbitrato rituale. Clausola compromissoria e processo arbitrale*, EGEA, 2009, 29 ss.

¹³⁹ Fautore di tale teoria fu dapprima il Guardasigilli Alfredo Rocco e, successivamente, il SATTA. Per un approfondimento, ROCCO, *La sentenza civile*, Torino, 1905, 36. Si veda altresì, D'ONOFRIO, *Commento al codice di procedura civile*, II, Torino, 1957, 483; CALAMANDREI, *Istituzioni di dir. proc. civ.*, Padova, 1941, vol. II,

degli organi dello Stato nell'esercizio del potere giurisdizionale (c.d. principio del monopolio statale della giurisdizione), configura l'arbitrato come un istituto di natura privatistica e giunge a quelle soluzioni interpretative che ravvisano nell'eccezione di compromesso un'eccezione relativa al merito della controversia e non già un difetto di competenza, né un difetto di giurisdizione¹⁴⁰.

Il Satta, uno de maggiori fautori di tale corrente di pensiero, partendo dall'assunto che l'arbitro, a differenza del giudice statale, non avesse che un solo presupposto da accertare (*i.e.* le condizioni di validità o di esistenza del compromesso), riconosceva la natura contrattuale del lodo e dei rapporti scaturenti tra le parti e tra queste e l'arbitro¹⁴¹, negando ogni potere di giudizio dell'arbitro sui presupposti processuali. Tale conclusione, secondo l'Autore, non era contraddetta dai casi all'epoca previsti dalla legge in cui i presupposti del compromesso venivano fatti oggetto di specifica considerazione e che, secondo una prima disamina, potevano anche apparire di natura processuale. In particolare, la prima ipotesi era quella della clausola compromissoria dalla quale sarebbe scaturita tale questione di "competenza". Il Satta non riteneva possibile che "[...] la clausola fosse creazione generica di potestà giurisdizionale, da mettersi in moto poi volta a volta colla citazione davanti agli arbitri". Inoltre, la predisposizione di una disciplina relativa ai rapporti tra giudizio arbitrale e processo giurisdizionale era compatibile con l'affermazione della natura privatistica dell'istituto in esame, «alternativo e derogatorio e non sostitutivo delle funzioni attribuite ai giudici ordinari»¹⁴². Per di più, secondo tale lettura, poiché la competenza è

174; CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1935, I, 70; JANNUZZI, *Nota a sentenza Cass. 9 dicembre 1949*, in *Giur. it.*, 1951, I, 1, 153.

¹⁴⁰ Inoltre, originariamente tale lettura sosteneva che al lodo arbitrale non sarebbe stato possibile riconoscere l'efficacia propria della sentenza ordinaria, ma soltanto la forza di legge attribuita al contratto dall' art. 1372. Su tale natura non avrebbe poi inciso l'omologa giudiziale prevista dalla disciplina dell'epoca la quale avrebbe sottratto il lodo dal sistema delle impugnazioni negoziali e gli avrebbe così riconosciuto una efficacia esecutiva simile a quella riconosciuta dall' ordinamento a titolo di formazione stragiudiziale senza però incidere sulla natura negoziale della decisione. SATTA, *Commentario*, cit, 312 ss; MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1994; PUNZI, *La riforma dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, 83 ss.

¹⁴¹ Secondo le parole dell'Autore: "Con una frase che riassume sinteticamente la situazione: una capacità processuale delle parti nell'arbitrato accanto o distinta da quella di agire nel compromesso non è concepibile; una competenza dell'arbitro accanto o distinta dalla sua capacità (largo sensu) non è concepibile; un oggetto del compromesso distinto dall'oggetto del processo non è concepibile". Cfr., SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Società editrice Vita e pensiero, Milano, 1931, 25.

¹⁴² PUNZI, *Natura dell'arbitrato e regolamento di competenza* in *Giust. civ.*, 2003, I, 726.

la ripartizione della giurisdizione tra i vari organi della funzione giurisdizionale¹⁴³, non si può parlare di competenza degli arbitri non potendovi essere competenza là dove manca la giurisdizione. L'arbitro non è, dunque, un giudice al pari del magistrato togato ed è privo di un potere "giurisdizionale"¹⁴⁴, ma gode esclusivamente di un rapporto privato¹⁴⁵ che lo lega alle parti. Un organo privo dei poteri di giudizio sui presupposti del processo, paragonabile ad "*un giudice con una spada senza impugnatura*"¹⁴⁶.

La tesi della natura privatistica dell'arbitrato era all'epoca rafforzata dal fatto che, in caso di conflitti, la questione relativa alla *potestas iudicandi* dell'arbitro sarebbe divenuta oggetto di accertamento esclusivo del giudice ordinario. Infatti, solo dopo la pronuncia di quest'ultimo sulla *potestas iudicandi* dell'arbitro, la causa sarebbe potuta ritornare davanti al giudice privato nominato dalle parti. Considerato, quindi, che se si fosse trattato di competenza quale presupposto processuale, l'arbitro, quale giudice del processo, avrebbe dovuto essere in grado di giudicare sulla questione, il Satta concludeva che evidentemente la questione su cui era richiamato a pronunciarsi l'arbitro non fosse una questione di competenza quale presupposto

¹⁴³ Secondo la nota concezione chiovendana in CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Padova, 1941, 105. Teoria accolta praticamente da tutta la dottrina, cfr. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, I, Milano, 1957, 47.

¹⁴⁴ Sul punto, SRAFFA, *Compromessi e lodi stabiliti fra industriali senza la forma dei giudizi*, in *Riv. dir. comm.*, 1907, I, 429 ss., spec. p. 432; CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale (1894-1837)*, I, Milano, 1993, 49; MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, vol. III, Milano, 1922, 39 ss., secondo cui l'esercizio della funzione giurisdizionale è «attribuzione esclusiva e imprescindibile della sovranità»; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, vol. I, CEDAM, Padova, 2012, 83 ss..

¹⁴⁵ Tale atteggiamento in un certo qual modo era una gelosa difesa dei giudici statali che portava a concepire l'arbitrato come un iter e giudizio che acquista giuridica rilevanza ed utilità solo se ed in quanto lo Stato lo faccia suo, attraverso un provvedimento dei propri giudici. Questa era la soluzione prescelta dal nostro ordinamento nel codice di procedura civile fino alla riforma del 1983, prima della quale il lodo doveva necessariamente ottenere dal pretore un decreto c.d. di esecutività, così da avere ingresso nel modo nel diritto ed essere idoneo all'esecuzione forzata. LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, III edizione, Milano, Giuffrè, 2007, 20. Cfr. altresì, SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, III ed, Milano, Giuffrè, 1988, 26: "*Come risulta dal tenore testuale contenute nel codice di rito, l'arbitrato cosiddetto rituale può, in modo generico, definire come l'istituto regolato dal detto codice avente ad oggetto l'esame delle controversie ad opera di arbitri privati per essere decise secondo le norme del diritto o dell'equità con provvedimento destinato ad assumere efficacia di sentenza quando la decisione sia destinata ad operare nell'ambito dell'ordinamento italiano*".

¹⁴⁶ SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Società editrice Vita e pensiero, Milano, 1931, 24. Secondo tale dottrina, in particolare, l'arbitrato romano secondo la formula di Proculo "*Arbitrorum genera sunt duo: eiusmodi ut, sive aequum, sive iniquum, parere debeamus; quod observatur cum ex compromisso ad arbitrum itum est*" sarebbe passato pressoché indenne attraverso i secoli, sicché l'unica forma di arbitrato è quello libero non esistendo alcuna differenza fra arbitrato rituale e arbitrato irrituale, il quale ultimo, anzi sarebbe la forma più vera ed originaria di arbitrato. Cfr. SATTA, *Note sull'arbitrato libero*, in *Rassegna dell'arbitrato*, 1974, 1 ss.

processuale¹⁴⁷. Di qui la riconduzione della questione relativa alla *potestas iudicandi* dell'arbitro alle questioni sostanziali.

Tale conclusione era, inoltre, avallata dal fatto che tutte le controversie si risolvevano in questioni relative alla validità, efficacia ed ai limiti della convenzione arbitrale la quale, al pari di tutte le controversie di tipo contrattuale, passava necessariamente per l'accertamento dell'originaria volontà delle parti e l'applicazione delle norme sostanziali. Secondo l'autorevole Autore, infatti, sebbene non si potesse revocare in dubbio il potere dell'arbitro di decidere se un determinato rapporto o controversia rientrasse nella sua "competenza", tale termine nell'ambito del processo arbitrale avrebbe potuto avere solo un valore meramente figurativo¹⁴⁸. Alla luce di ciò, il giudizio dell'arbitro sulla questione non sarebbe stato altro che un giudizio sulla effettiva portata di un contratto¹⁴⁹ e non già traslazione del principio della *kompetenz-kompetenz* in sede arbitrale. Concludeva, pertanto, il citato Autore che, tanto per il caso della competenza quanto per l'ipotesi di un giudizio sulla validità del compromesso, l'arbitro aveva facoltà di sindacato, ma nella stessa misura in cui qualunque altro soggetto avrebbe potuto valutare la sussistenza dei presupposti per la validità di un contratto e decidere quindi se adempiere o meno¹⁵⁰.

La corrente c.d. pubblicistica o processualistica attribuisce, invece, natura giurisdizionale all'istituto arbitrale¹⁵¹, il quale svolge una funzione *sostitutiva* del giudizio ordinario. Una parte della dottrina elaborò una concezione di tipo giurisdizionale "puro"¹⁵² e qualificò la funzione dell'arbitro quale giudice titolare di

¹⁴⁷ "Orbene, se si trattasse qui di competenza (presupposto processuale), l'arbitro come giudice del processo, dovrebbe poter giudicare di essa; ma siccome non può giudicare di essa, segno è che di competenza (presupposto processuale) qui non si tratta". Cfr. SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Società editrice Vita e pensiero, Milano, 1931, 27.

¹⁴⁸ SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, cit., 26 ss.

¹⁴⁹ *Ibidem*.

¹⁵⁰ In linea con tale posizione, MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., 53; BONGIORNO, *sulla eccezione d'incompetenza nel processo arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, 135-139.

¹⁵¹ MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, vol. III, IV ed., Milano, 1922, 87; VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Napoli, 1971, 318; SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, III ed., Milano, 1988, 213.

¹⁵² Tale teoria fu elaborata sulla scia dell'influenza della tesi del francese di LAINÉ, *De l'exécution en France des sentences arbitrales étrangères*, in *Journal de droit international privé*, 1899, 641 ss. Parlano di «teoria giurisdizionale pura» GALANTE, *Sentenze arbitrali*, in *Dig. it.*, XXI, 2, Torino, 1891-1896, 658 ss.; FEDOZZI, *L'arbitrato nel diritto processuale civile internazionale*, Palermo, 1908, 32, secondo cui gli arbitri effettuano «la determinazione incontestabile del concreto rapporto giuridico (cosa giudicata)»; VOCINO, *Schema di una teoria della clausola compromissoria*, in *Foro it.*, 1932, I, 1061 ss., secondo cui dal compromesso deriverebbe

pubbliche funzioni il cui potere deriva direttamente dalla legge. In tale quadro, la nomina degli arbitri può qualificarsi come atto pubblicistico di designazione, nonostante l'atto di nomina sia eseguito ad opera delle parti compromittenti. In seguito all'accettazione del mandato da parte degli arbitri, su questi ultimi graverebbe, poi, un dovere di tipo pubblicistico di decidere la lite.

Sempre restando nel solco della concezione giurisdizionale, il Mortara¹⁵³, tra i fautori di tale corrente, ne offrì una lettura più temperata qualificando gli arbitri quali “*organi impropri di giurisdizione*”¹⁵⁴. Secondo tale ricostruzione, sebbene la convenzione arbitrale è un negozio di diritto privato idoneo a produrre effetti processuali¹⁵⁵, la fonte del potere degli arbitri prima ancora che derivare dalla autonomia delle parti deriva direttamente dalla legge dalla quale trae “*autorità ed efficacia*”¹⁵⁶ e solo mediamente dal patto compromissorio¹⁵⁷. Pertanto, la fonte del potere giurisdizionale per il giudice e l'arbitro è unica in quanto scaturente direttamente dalla legge, sebbene al giudice ordinario tale potere sia conferito in quanto organo istituzionale destinato ad esercitare il potere giurisdizionale dello

anche un effetto «di diritto pubblico», consistente «*in un conferimento di poteri giurisdizionali agli arbitri*», che non deriva dalle parti compromittenti, «*non essendo presumibile un'attribuzione di poteri pubblici, da parte di privati*», ma direttamente dalla legge. Secondo l'A. dalla stipulazione del patto compromissorio sorgerebbe, dunque, un rapporto giuridico di diritto privato tra le parti e un rapporto giuridico di diritto pubblico tra le parti e gli arbitri, nonché tra questi ultimi e lo Stato, da cui l'identificazione del compromesso in «*un contratto fra privati, che ha per oggetto la rinuncia alla giurisdizione ordinaria, per la decisione di certe controversie, e la sostituzione ad essa, di organi arbitrali privati aventi funzioni giurisdizionali*».

¹⁵³ Già antichi processualisti quali Amar e Codovilla ritennero che gli arbitri esercitassero poteri giurisdizionali, tuttavia la prima ricostruzione analitica della teoria giurisdizionalista dell'arbitrato si deve a MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, III, Milano, 52 secondo il quale mentre il conferimento del potere ai giudici era istituzionale e generico, nel caso degli arbitri il conferimento era sempre operato dalla legge ma attraverso una previsione di legge specifica che traeva la propria forza dal patto compromissorio. Analogamente, ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da V.E. Orlando, vol. II, 3 ed., Milano, 1920, 574.

¹⁵⁴ MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, cit., 38 ss.

¹⁵⁵ Sul punto, ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, Napoli, 1964, 765; RICCI, *Compromesso*, in *Nov. Dig. It.*, Appendice, Torino, 1981, 126 ss.; FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, 1997, 33 ss.

¹⁵⁶ MORTARA, *ult. op. cit.*

¹⁵⁷ DI MAIO, *Efficacia delle sentenze arbitrali*, in *Giur. it.*, 1881, IV, 83, secondo cui «*la legge positiva diviene essa stessa sorgente della giurisdizione degli arbitri al pari che lo è di quella dei magistrati ordinari*»; DE PALO, *Teoria del titolo esecutivo*, I, Napoli, 1901, 161; GALANTE, *Sentenze arbitrali*, in *Dig. it.*, XXI, 2, Torino, 1891-1896, 663, secondo cui il principio «*privatorum consensu tribui iurisdictio non potest*» non viene violato, in quanto il potere degli arbitri ha fondamento e base nella legge, questi «*attingono la giurisdizione dal contratto e dalla legge*»; GHIRARDINI, *Sull'arbitrato nel diritto processuale civile internazionale*, in *Riv. dir. civ.*, 1910, 677, il quale ammette che «*sembra strano che una funzione di sovranità [la giurisdizione] possa dalla volontà di privati venir attribuita a privati*», da qui la necessità che sia la legge stessa a concedere tale potere; FEDOZZI, *L'arbitrato nel diritto processuale civile internazionale*, Palermo, 1908, 32 ss. Per una conferma di tale lettura a seguito della recente riforma del 2006, si veda diffusamente CAVALLINI, *L'arbitrato rituale. Clausola compromissoria e processo arbitrale*, Egea, 2009, 42.

Stato. La natura di negozio giuridico privato della convenzione arbitrale è poi pacifica e non è messa in discussione da tale corrente, in quanto considerata un mero atto di investitura del giudice arbitrale¹⁵⁸.

Pertanto, secondo tale interpretazione, la funzione dell'arbitrato è *equivalente* e *sostitutiva* rispetto all'attività svolta dal giudice ordinario. La convizione della "giurisdizionalità" dell'arbitrato spingeva, poi, il Mortara a svalutare il contratto compromissorio a mero "*fattore del rapporto processuale*", utile a "*determinare il giudice della lite*"¹⁵⁹, alla stregua di un patto *de foro prorogando*. Ne derivava il riconoscimento in capo all'arbitro della capacità di poter conoscere dei presupposti processuali quali la "competenza" e di poter, pertanto, decidere sulla propria *potestas iudicandi*¹⁶⁰

Per dovere di completezza è doveroso segnalare che molti autori, pur disquisendo della natura più o meno giurisdizionale dell'arbitrato o del lodo, ritenevano inopportuno ricondurre i rapporti tra arbitro e giudice in termini di competenza e l'*exceptio compromissi* come eccezione d'inammissibilità o improponibilità della domanda¹⁶¹. Questo filone di pensiero negava, quindi, che l'*exceptio compromissi* potesse configurare un impedimento all'instaurazione del giudizio. Inoltre, il carattere volontario dell'arbitrato avrebbe dovuto condurre l'interprete a dover ritenere l'*exceptio compromissi* nella disponibilità delle parti, con la conseguenza che queste avrebbero dovuto ritenersi libere di rinunciare in qualsiasi momento all'opzione arbitrale¹⁶². Di tal guisa, tale dottrina escludeva la possibilità di ricondurre la questione relativa alla sussistenza della *potestas iudicandi* arbitrale nel novero dei presupposti processuali, la cui assenza potesse essere rilevata d'ufficio o in quello delle eccezioni di merito in senso lato¹⁶³. Ne derivava che contro la

¹⁵⁸ BIAMONTI, *Arbitrato (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Del Diritto*, Milano, 1958, 902 ss.; MORTARA, *Comm. Del cod. e delle l. di proc. Civ.*, Milano, III, 1923, 52; MURONI, *Clausola compromissoria "binaria" e pluralità di parti*, in *Riv. Arb.*, 1998, 86 ss.

¹⁵⁹ MORTARA, *Commentario*, cit., 51.

¹⁶⁰ Abbraccia tale teoria, App. Milano 31 ottobre 1950 in *Rep. Foro It.*, 1951, 144, n. 34 secondo cui "*Anche agli arbitri deve essere riconosciuto il potere di decidere sulla propria competenza perché l'arbitrato, disciplinato dal codice di procedura civile come una forma di procedimento speciale, dà luogo ad una vera e propria funzione giurisdizionale nascente dalla volontà delle parti manifestata nell'accordo compromissorio*".

¹⁶¹ LIEBMAN, *Giudizio arbitrale e connessione di cause*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 470; TOMBARI, *Natura e regime giuridico dell'eccezione di compromesso*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, 1058 ss. Più di recente, E.F. RICCI, *La Cassazione si pronuncia ancora sulla convenzione di arbitrato rituale: tra l'attaccamento a vecchi schemi e qualche incertezza concettuale*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 1297 ss.

¹⁶² TOMBARI, op. cit., 1073.

¹⁶³ BOVE, *Sul regime dell'eccezione di patto compromissorio rituale*, in *Riv. arb.*, 2004, 252. DANOVI, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, Padova, 1999, 433 ss., 446 e 447, secondo il quale, per effetto della

decisione giudiziaria resa sull' *exceptio compromissi* non sarebbe stato esperibile il regolamento di competenza, ma l' appello e il ricorso in Cassazione¹⁶⁴.

2.2 Il principio di *kompetenz-kompetenz* dell' arbitrato nel codice del 1865

Passando ad analizzare il principio della *kompetenz-kompetenz* nel codice del Regno d' Italia, da una semplice lettura dello stesso si rileva come tale principio fosse completamente sconosciuto al diritto positivo dell' epoca.

Il codice del 1865, enfatizzando la matrice volontaristica dell' istituto, collocò all' inizio – capo II dell' anodino “Titolo preliminare” – la disciplina sull' arbitrato, quasi ad evidenziare la prosecuzione delle questioni sostanziali del coevo codice civile. Si trattava di una serie di norme che tuttavia non contemplavano espressamente il principio della *kompetenz-kompetenz* dell' arbitro, ma che prevedevano solo la possibilità per le parti di impugnare il lodo per nullità qualora il lodo fosse stato pronunciato nel caso di patto compromissorio nullo oppure viziato da ultrapetizione.

Sebbene il codice del tempo non forniva la definizione di compromesso, si riteneva che lo stesso fosse quel contratto col quale due o più persone rimettevano la decisione delle proprie controversie a giudici da essi eletti chiamati arbitri¹⁶⁵. La convenzione arbitrale fu pertanto considerata, sin da subito, un contratto ad effetti speciali¹⁶⁶ o processuali¹⁶⁷ o un “*accordo processuale diretto alla modificazione della competenza*”¹⁶⁸, in grado di sottrarre alla *potestas iudicandi* dei giudici togati le

formulazione dell' *exceptio compromissi* il giudice sarebbe stato chiamato a valutare la sussistenza di un impedimento di carattere pregiudiziale rispetto a qualsiasi ulteriore valutazione in ordine alla proponibilità dell' azione. Parla invece di eccezione di difetto ad agire, TOMBARI, *Natura e regime giuridico dell'eccezione di compromesso*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, 1076.

¹⁶⁴ DANOVÌ, *La pregiudizialità*, cit., 448; TOMBARI, op. cit., 1077.

¹⁶⁵ Secondo quanto statuiva l'art. 1103 del codice sardo del 1859.

¹⁶⁶ CODOVILLA, *Del compromesso e del giudizio arbitrale: studio teorico-pratico*, Torino, 1899, 147; AMAR, *Dei Giudizi arbitrali*, Torino, 1928, 178.

¹⁶⁷ Contratto ad effetti processuali al pari del *pactum de foro prorogando* e del *pactum de non petendo*. Cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale*, Napoli, 1935, 168; in tal senso anche REDENTI, voce “Compromesso”, in *Nuovo Dig. It.*, vol. III, Torino, 1938, 507 il quale discorre di poteri e soggezioni funzionali che derivano dalla convenzione arbitrale.

¹⁶⁸ CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, Padova, 1937, 178; Id., *Clausola compromissoria e competenza arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 1921, II, 327. Negano tale ricostruzione i sostenitori della teoria negoziale dell'arbitrato, cfr. SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, cit., 62; ROCCO, *La sentenza civile*, Torino, 1906, 47; ZANZUCCHI, *Diritto processuale*, Milano, 1936, 182 ss.

controversie sottoposte alla convenzione arbitrale e, per l'effetto, in grado di attribuire agli arbitri la *potestas iudicandi* sulla controversia, paralizzando l'azione giudiziaria eventualmente pendente (c.d. effetti negativi del patto compromissorio)¹⁶⁹.

La disciplina della materia era piuttosto dettagliata e la giurisprudenza manifestava un atteggiamento di forte diffidenza nei confronti di tale istituto. La giurisprudenza del Regno guardò all'arbitrato come deroga o rinuncia temporanea alla giurisdizione¹⁷⁰. La stessa si dimostrò particolarmente "gelosa" della propria funzione giurisdizionale¹⁷¹, sia in merito alla definizione della propria competenza con riferimento alle domande pregiudizionali e connesse rispetto a quelle espressamente contemplate nella convenzione arbitrale, che in relazione alla valutazione dei confini e dei limiti della *potestas iudicandi* degli arbitri¹⁷². Per di più, in caso di dubbi circa l'interpretazione della convenzione arbitrale ed i termini di efficacia ed applicabilità della stessa alle controversie sottoposte al giudizio del giudice ordinario o dell'arbitro, si riteneva che tale nodo andasse sciolto sempre a favore della competenza del giudice ordinario¹⁷³.

In tale contesto il principio della *kompetenz-kompetenz* degli arbitri fece fatica ad affermarsi¹⁷⁴. Anche se la parte chiamata in giudizio poteva far rilevare in via d'eccezione l'esistenza di una convenzione arbitrale e determinare l'improcedibilità del giudizio ordinario persino nel caso in cui il giudizio arbitrale non fosse ancora "pendente"¹⁷⁵, per lungo tempo la giurisprudenza ritenne che gli arbitri non avrebbero potuto pronunciarsi sulla propria competenza¹⁷⁶ in quanto privi di

¹⁶⁹ AMAR, *Dei giudizi arbitrali*, cit., 179. Diversamente la clausola compromissoria per produrre tali effetti necessitava di essere completata con la determinazione della controversia e l'accettazione degli arbitri. Cfr. REDENTI, voce *Compromesso*, in *Nuovo Dig. it.*, vol. III, Torino, 1938, 507.

¹⁷⁰ Ragion per cui la mancata pronuncia del lodo consentiva alle parti di riprendere il giudizio ordinario. Cfr. App. Torino, 1 settembre 1870, in *Giurisp.*, VII, 655; App. Torino, 19 marzo 1872, in *Giurisp.*, 1872, IX, 923; Cass. Torino, 13 marzo 1878, in *Giurisp.*, XV, 360.; App. Bologna, 27 gennaio 1936, in *Temi emil.*, 1936, 38.

¹⁷¹ CARNELUTTI, *Clausola compromissoria e competenza arbitrale*, in *Riv. dir. comm.*, 1921, II, 327 ss.

¹⁷² In dottrina, AMAR, *Dei giudizi arbitrali*, Torino, 1879, 262 ss.

¹⁷³ Cass., 22 marzo 1933, in *Rep. Foro It.*, voce *Competenza civile*, n. 26.

¹⁷⁴ Cass. Roma, 30 marzo 1876, in *Giur. it.*, 1876, I, 615 e in dottrina AMAR, *ult. op. cit.*, 262, nota 1.

¹⁷⁵ Anche prima della nomina degli arbitri, benché il giudizio arbitrale potesse ritenersi "costituito" solo con l'accettazione di questi. Cfr. App. Torino, 19 marzo 1872, in *Giurisp.*, 1872 IX, 293, App. Torino, 23 dicembre 1876 in AMAR, *op. cit.*, 171; Cass. Torino, 13 marzo 1878, in *Giurisp.*, 1878, XV, 360.

¹⁷⁶ Il primo effetto è l'attribuzione agli arbitri della cognizione della controversia.

giurisdizione piena e di autorità propria¹⁷⁷. Sarebbe stato in ogni caso necessario l'intervento del giudice togato, perché si riteneva che gli arbitri giudicassero “*per mandato di persone private, ed in quanto in caso di contestazione sia riconosciuto il loro mandato dai giudici ordinari*”¹⁷⁸. Tale giurisprudenza, contrariamente alla dottrina¹⁷⁹ dell'epoca, sostenne dunque l'impredicabilità per gli arbitri della massima *index est competens in causa suae incompetentiae*.

Si finì, pertanto, per attrarre indistintamente nella sfera di competenza del giudice togato tutte le controversie fino a quando il procedimento arbitrale non fosse stato instaurato e, anche dopo la costituzione del tribunale arbitrale, tutte le controversie connesse con quella già pendente innanzi l'autorità giudiziaria ordinaria¹⁸⁰. Tale atteggiamento formale fu giustificato dal timore delle corti di dover far fronte al problema delle pronunce emesse da arbitri in assenza di una valida investitura o nel caso di lodi arbitrali viziati da *extrapetizione*. Tuttavia, tale pericolo prevedeva un espresso rimedio di legge del motivo di nullità previsto dal vecchio articolo 32, comma 1 dell'antico codice, il quale espressamente statuiva che: “*la sentenza degli arbitri può essere impugnata per nullità, nonostante qualunque rinuncia: 1. Se la sentenza sia stata pronunziata sopra un compromesso nullo o scaduto, oppure fuori del limite del compromesso*”¹⁸¹. In realtà tale atteggiamento celava un sentimento di diffidenza nei confronti dell'istituto arbitrale che raggiunse il proprio apice con la clausola compromissoria, sprovvista per sua natura della completezza che caratterizza invece il compromesso. In tale ultimo caso, infatti, il giudizio preliminare del giudice togato sulla competenza degli arbitri divenne la regola e la

¹⁷⁷ IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo. Studi sui rapporti tra arbitrato e giurisdizioni statuali*, Giappichelli Editore, Torino, 44.

¹⁷⁸ Cass. Roma, 30 marzo 1876, in *Giur. it.*, 1876, I, 615.

¹⁷⁹ E' doveroso sottolineare come sin dall'introduzione del codice del 1865 la dottrina abbia descritto i rapporti tra arbitro e giudice usando l'immagine della competenza senza però mai giungere ad un'applicazione della disciplina prevista dal codice. Sul punto, AMAR, *Dei giudizi arbitrali*, cit., 178 ss., il quale osservava come “...*la giurisdizione, per ciò che riflette la materia compromessa, è deferita agli arbitri; e come un tribunale civile non potrebbe conoscere d'una controversia di competenza di un altro tribunale, così tutti i magistrati ordinari, limitativamente a ciò che forma oggetto del compromesso, sono esclusi dal prenderlo ad esame e pronunziare in proposito*”; CODOVILLA, *Del compromesso e del giudizio arbitrale*, Torino, 1915, 343.

¹⁸⁰ Cass., 15 maggio 1924, in *Giur. it.*, 1924, I, 523; Cass., 29 gennaio 1929, in *Rep. Foro it.*, 1929, voce Arbitramento, n. 32; Cass., 3 febbraio 1931, in *Giur. it.*, 1931, I, 357; Cass., 18 giugno 1931, in *Rep. Foro it.*, voce Arbitramento, n. 55; Cass., 7 febbraio 1935, in *Foro it.*, 1935, I, 1917.

¹⁸¹ In tal modo l'osservanza della legge ed la tutela del principio di *kompetenz-kompetenz* avrebbe potuto essere assicurato senza la necessità di un giudizio preliminare di primo e secondo grado sulla competenza degli arbitri. Cfr. AMAR, *Dei giudizi arbitrali*, cit., 263 e nello stesso senso CARNACINI-VASETTI, voce Arbitri, in *Nuovo Dig. it.*, Torino, 1937, 676.

giurisprudenza di legittimità ritenne necessario il c.d. atto autonomo di compromesso che sostituisse genericità della clausola. In mancanza di accordo fra le parti per la stipulazione di tale accordo, si riteneva ammissibile un'azione giudiziaria volta a determinare il *thema decidendum* del compromesso e del futuro procedimento arbitrale¹⁸². Un orientamento finì per svilire notevolmente l'autonomia e l'utilità pratica dell'arbitrato ostacolando l'affermarsi nel nostro ordinamento del principio della *kompetenz-kompetenz* dell'arbitro.

Solo in un secondo momento tale criticabile indirizzo giurisprudenziale fu abbandonato e la stessa giurisprudenza ammise che il compito di individuare il *thema decidendum* spettasse ai compromittenti innanzi agli arbitri¹⁸³, con conseguente inammissibilità o infondatezza della domanda giudiziale proposta innanzi al giudice ordinario¹⁸⁴. *Revirement* fu riconducibile all'affermarsi del principio di autonomia della clausola compromissoria¹⁸⁵. Di tal ché, sia la giurisprudenza che la dottrina ammisero che l'arbitro avrebbe potuto conoscere delle questioni "accessorie" a quelle espressamente contemplate nel patto compromissorio¹⁸⁶, ivi incluse le domande riconvenzionali¹⁸⁷ e le azioni in garanzia. In particolare, un primo orientamento giurisprudenziale ritenne che gli arbitri potessero conoscere delle azioni in garanzia in quanto il compromesso attribuiva loro una *potestas iudicandi* per materia espressamente sottratta alla regola della competenza per connessione¹⁸⁸, ai

¹⁸² Cass., 10 luglio 1933, in *Mass. Foro it.*, 1933, 512. In dottrina, CARNELUTTI, *Pactum de compromittendo?*, in *Riv. dir. proc.*, 1934, II, 97.

¹⁸³ Cass., 20 marzo 1936, in *Mass. Giur. it.*, 1936, 261; Cass., 25 luglio 1934, in *Rep. Giur. it.*, voce Arbitri, n. 60; Cass., 30 aprile 1928, in *Giur. it.*, 1928, I, 938.

¹⁸⁴ Trib. Trieste, 3 luglio 1936, in *Riv. dir. proc.*, 1936, II, 236, con nota di Mussafia.

¹⁸⁵ Cass. Torino, 6 luglio 1914, in *Foro it.*, Rep. 1914, voce Arbitramento, 1914, n.39; Cass. 23 giugno 1937, n. 2042, in *Giur. it.*, 1937, I, 1552

¹⁸⁶ Cass., 27 marzo 1935, in *Mass. Foro it.*, 1935, 263; Trib. Firenze, 20 aprile 1927, in *Foro tosc.*, 1927, 236; Trib. Milano, 31 marzo 1932, in *Tem. lomb.*, 1932, 338. In dottrina, AMAR, *Dei giudizi arbitrali*, cit., 243; CODOVILLA, *Del compromesso*, cit., 567; MORTARA, *Commentario*, cit., 220; CARNACINI-VASETTI, *Arbitri*, cit., 678.

¹⁸⁷ Cass., 21 luglio 1931, in *Giur. tor.*, 1932, 231; App. Torino, 30 luglio 1930, *ivi*, 1930, p. 1201; App. Milano, 13 gennaio 1936, in *Foro lomb.*, 1936, II, 1; App. Firenze, 7 aprile 1936, in *Giur. corti reg.*, 1936, II, 1; App. Firenze, 7 aprile 1936, in *Giur. corti reg.*, 1936, 480. In senso contrario, CODOVILLA, *Del compromesso*, cit., secondo il quale gli arbitri potevano decidere sulle domande riconvenzionali solo nella misura in cui essere scaturissero dalla controversia principale e fossero altresì pregiudiziali rispetto a quella.

¹⁸⁸ Cass. Firenze, 16 gennaio 1899, in *Foro it.*, 1899, 399; Cass. Roma, 22 giugno 1900, *ivi*, 1900, I, 1362; Cass. Torino, 15 luglio 1902, in *Rep. Foro it.*, 1902, voce Competenza civile, n. 170; Cass., 22 maggio 1905, in *Foro it.*, 1905, I, 1051; Cass., 5 febbraio 1907, *ivi*, 1907, I, 708

sensi del vecchio disposto dell' art. 100, comma 1 del codice di rito¹⁸⁹. Orientamento che finì per essere fortemente ridimensionato dalla giurisprudenza sulla c.d. *vis attractiva* della competenza del giudice ordinario che, nel caso di connessione tra controversia devoluta in arbitri e altra pendente di fronte il giudice ordinario, prevedeva che la competenza degli arbitri dovesse necessariamente cedere il passo a quella dell' autorità giudiziaria ordinaria¹⁹⁰. Orientamento che, come vedremo, durò fino alla riforma del 1994.

2.3 L' emanazione del codice del 1940 e la riconduzione dei rapporti tra giudice ed arbitro nell'ambito della competenza

Con l' introduzione del codice del 1940 il mutato contesto politico-sociale di rafforzamento del principio di autorità dello Stato si tradusse in un rafforzamento dell' autorità del giudice¹⁹¹ che, da un punto di vista strutturale, fu riflesso in un totale capovolgimento del codice¹⁹². L' innovazione più rilevante, per quanto rileva ai fini della presente indagine, riguardava la scelta sistematica di collocare l'arbitrato nel quarto libro così *“trasformandolo da vestibolo del processo a procedimento speciale destinato a concludersi con un provvedimento munito de l'efficacia di sentenza”*¹⁹³. Così, mentre il codice del 1865 si apriva con un titolo preliminare sulle forme di risoluzione alternative della lite, il nuovo codice prendeva le mosse dagli “organi giudiziari” e dal “giudice” chiamati ad amministrare la giustizia. In questo mutato contesto, l' arbitrato sembrava divenire un “rito” del sistema processualistico che differiva da quello

¹⁸⁹ Successivamente, fu però inaugurato un opposto orientamento che esclude l' attrazione nella competenza arbitrale della causa di garanzia in quanto la competenza arbitrale non derogava alla competenza per connessione o continenza Cass. Roma, 27 febbraio 1912, in *Foro it.*, 1912, I, 1143 ss.

¹⁹⁰ Appello Bologna, 18 ottobre 1935, in *Temil emil.*, 1936, 4.

¹⁹¹ Cfr. Relazione alla Maestà del Re imperatore del Ministro Guardasigilli presentata nell' udienza del 28 ottobre 1940 per l'approvazione del testo del codice di procedura civile, in G.U. 28 ottobre 1940, n. 253, Parte I, § 9, 4015 dove si dichiarava che *“il nuovo codice prende le mosse dalla giurisdizione e dal giudice”* e che, pertanto, *“è sistemata alla fine del quarto libro, cioè alla fine del Codice, la disciplina dell'arbitrato”*.

¹⁹² I vecchi timori e le antiche diffidenze nei confronti dell'arbitrato non furono sopiti nemmeno durante i lavori preparatori di tale codice, allorquando si discusse dell'opportunità o meno di conservare le norme relative all'arbitrato e più di un componente della commissione legislativa si espresse per la soppressione dell'istituto. Le perplessità sollevate in sede di lavori preparatori furono superate abbastanza facilmente, senza tuttavia che venisse esattamente superata la grave difficoltà prospettata dagli avversari dell'istituto ed i problemi sorti in sede di pratica applicazione delle norme riguardanti il rapporto tra arbitrato e giudice togato. Cfr. Si veda diffusamente, SCHIZZEROTTO, *Dell' arbitrato*, cit..

¹⁹³ IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo. Studio sui rapporti tra arbitrato e giurisdizioni statuali*, Giappichelli, 2013, 48.

ordinario solo per struttura e forme utilizzate, prestando il fianco alla ricostruzione pubblicistica dell' istituto¹⁹⁴.

Nell' architettura processuale così riformata si consolidò, quindi, il “principio della giurisdizione unica”, volto a ricondurre la tutela della generalità delle situazioni giuridiche soggettive nell'ambito della “*magistratura ordinaria, che rappresenta, su tutte le forze economiche e politiche, la continuità e la stabilità della disciplina giuridica dello Stato*”¹⁹⁵, con una conseguente diminuzione del raggio di intervento dell'arbitrato, strettamente limitato alle controversie sui rapporti disponibili. Prese perciò piede un orientamento giurisprudenziale che impostò il sistema dei rapporti tra arbitrato e processo in modo coerente con l'idea della riconduzione dell'arbitrato nella “giurisdizione unica”¹⁹⁶.

In mancanza di un chiaro dettato normativo nel codice di rito del 1940 la questione relativa alla carenza della *potestas iudicandi* degli arbitri fu inquadrata inizialmente in modo diverso dalla dottrina e dalla giurisprudenza classificandola gli uni come eccezione di improcedibilità o improponibilità¹⁹⁷, gli altri quale eccezione di incompetenza¹⁹⁸ o di giurisdizione.

¹⁹⁴ Per cui gli arbitri erano chiamati a svolgere una funzione vicaria di quella giurisdizionale, giustificabile sulla scorta di quel “pluralismo soggettivo ed oggettivo in cui consistono la giurisdizione e la sanzione, e che attingeva la sua espressione legale nel vigente disposto dell'art. 102, comma 3°, Cost.” Cfr., LEVONI, *L'arbitrato dopo la riforma*, Milano, 1985, 3 ss. Di contro, l'esistenza dell'istituto dell'omologazione del lodo fu usata da quella giurisprudenza che fondò su di essa la propria ricostruzione dell'istituto in termini di procedimento privo dei caratteri della giurisdizionalità fino al decreto del pretore (c.d. teoria della giurisdizionalizzazione *ex post* dell'arbitrato). Cfr. Cass., Sez. Un., 9 maggio 1956, n. 1505, in *Foro padano*, 1956, I, 686 ss. In dottrina, REDENTI, voce «Compromesso», in *Nuovo Dig. It.*, III, Torino, 1938, 507; TOMBARI, *Natura e regime giuridico dell'eccezione di compromesso*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, 1031. Inoltre, un cospicuo filone giurisprudenziale, abbracciando la teoria negoziale dell'arbitrato, era giunto alla conclusione che gli arbitri non potessero in alcun modo ritenersi legittimati allo svolgimento di una funzione sostitutiva della giurisdizione ordinaria e che, pertanto, il contrasto circa l'attribuzione di una determinata controversia determinava l'insorgenza di una questione di merito attinente alla validità, efficacia o interpretazione dell'accordo compromissorio, pertanto, impugnabile con i normali mezzi di impugnazione (appello e ricorso in cassazione). Cfr. Cass., 3 ottobre 1977, n. 4188 in *Arch. civ.*, 1978, 195; Cass., 4 settembre 1984, n. 4758 in *Rep. Foro it.*, 1985, voce Competenza civile, n. 131; Cass., 23 gennaio 1985, n. 279, in *Rep. Foro it.*, 1988, voce Competenza civile, n. 188; Cass., 25 settembre 1990, n. 9694 in *Rep. Foro it.*, 1990, voce Competenza civile, n. 145.

¹⁹⁵ Relazione alla Maestà del Re imperatore del Ministro Guardasigilli presentata nell'udienza del 28 ottobre 1940 per l'approvazione del testo del codice di procedura civile, cit., § 8, 4008 ss.

¹⁹⁶ Cfr. Cass., Sez. Un., 9 maggio 1956, n. 1505, in *Foro padano*, 1956, I, 686 ss.

¹⁹⁷ Cass., 7 aprile 1997, n. 3001 in *Riv. arb.*, 1997, 515 ss. Secondo le parole della Corte: “[...] *ciò perché il processo dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria dev'essere dichiarato improponibile o improseguibile quando costi la pendenza del giudizio arbitrale per la medesima controversia, senza alcun accertamento in ordine alla competenza, spettando*

La giurisprudenza di legittimità, che riconosceva la natura giurisdizionale dell'arbitrato¹⁹⁹, rilevava come la struttura processuale offerta ad esso dal codice di rito fosse destinato a riconoscere a tale istituto determinati effetti di tipo giurisdizionale, proprio in linea con la teoria della “giurisdizione unica”. Nel qualificare poi gli effetti dell'eccezione di compromesso o di clausola compromissoria, per lungo tempo la giurisprudenza ricercò la soluzione del quesito nella alternativa: incompetenza o difetto di giurisdizione. La giurisprudenza maggioritaria²⁰⁰ ritenne che la funzione degli arbitri poteva equipararsi ad una giurisdizione speciale rientrante, in caso di conflitto con quella dei giudici ordinari, nell'ambito della disposizione di cui all'art. 3, n. 3, l. 31 marzo 1877, n. 3761²⁰¹ e che, pertanto, il rapporto tra giudice ordinario e giudice arbitrale s'inquadrava nello spettro della competenza²⁰². A sostegno di tale approccio si apportavano diverse argomentazioni. In particolare, l'introduzione nel codice di rito dell'articolo 817 rubricato “eccezione di incompetenza”, sebbene la norma disponeva solo una preclusione che riguardava il caso di un vizio derivante dall'attività delle parti che

al giudice dell'impugnazione per nullità del lodo ogni eventuale statuizione in merito alla competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria.”.

¹⁹⁸ La prevalente giurisprudenza di legittimità considerava l'eccezione di compromesso per arbitrato rituale assimilabile ad una eccezione di incompetenza territoriale derogabile, il cui rilievo sarebbe dovuto avvenire – a pena di decadenza – *in limine litis*, e cioè nel primo atto difensivo del giudizio di primo grado. In tal senso, Cass. 20 maggio 1997, n. 4474, in *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Arbitrato*, n. 102; Cass. 10 novembre 1998, n. 11294, in *Riv. arb.*, 1999, 89 ss.; Cass. 8 febbraio 1999, n. 1079, in *Foro it.*, 2000, I, 2307 ss., con nota di DE SANTIS, *In tema di rapporti tra giudice ordinario ed arbitri*; Cass. 24 marzo 1999, n. 2775, in *Giust. civ.*, Mass. 1999, 659. In dottrina, tale orientamento era condiviso da CARNACINI, voce *Arbitrato rituale*, in *Noviss. Dig. It.*, I, Torino, 1958, 879; ACONE, *Arbitrato e competenza*, in *Riv. arb.*, 1996, 239 ss.; SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, 1988, 234 ss.

¹⁹⁹ Cass. 9 maggio 1956 n. 1505, in *Giust. Civ.*, 1956, I, 818; Cass. 7 gennaio 1967 n. 56, in *Rep. Foro it.*, 1967, 139, n. 18; App. Roma 18 febbraio, in *Rep. Foro It.*, 1969, 159, n. 88; Commiss. Trib., II grado Roma, 19 novembre 1984, in *Temi Romana* 1984, 913, secondo cui “*I collegi arbitrali sono organi di giurisdizione civile ordinaria, aventi, nella speciale materia, gli stessi poteri del giudice civile ordinario, esclusi quelli vietati dagli artt. 806 e 818 cod. proc. civ[...]*”; Cass., 22 ottobre 1991 n. 1197, *Foro it.*, 1991, I, 701.

²⁰⁰ E' doveroso segnalare che un orientamento minoritario riteneva invece più corretta la qualificazione in termini di “eccezione atipica” di “rinuncia convenzionale alla giurisdizione”. Sul punto, Cass., 21 dicembre 1945, n. 843 e Cass., 18 agosto 1949, n. 2355, inedite e citate da CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino, 1991, 75. Tale ricostruzione derivava da un'interpretazione *sostitutiva* della funzione dell'istituto arbitrale ed un'eventuale nullità del compromesso o della clausola compromissoria determinava un difetto di giurisdizione degli arbitri rilevabile *ex officio* dal giudice ordinario in ogni stato e grado del processo. Nell'ipotesi che fosse poi accertato il difetto di giurisdizione degli arbitri, il giudizio arbitrale veniva travolto da una sentenza di cassazione senza rinvio della decisione emessa a seguito dell'impugnazione del lodo. Cfr., Cass., Sez. Un., 12 ottobre 1983, n. 5922; Cass., Sez. Un., 4 luglio 1981, n. 4360.

²⁰¹ La legge che all'epoca disciplinava i rapporti tra giurisdizione ordinaria e giurisdizioni speciali.

²⁰² Cass. 9 maggio 1956, n. 1505, in *Foro it.*, 1956, I, 847; Cass. Sez. Un., 9 aprile 1986, n. 2469, in *Rassegna dell'arbitrato*, 1986, 218, n. 28; Cass. 19 febbraio 1980, n. 1213., in *Giust. Civ. Mass.*, 1980, 518. *Contra*, REDENTI, *Dir. proc. civ.*, cit., III, 453.

con le loro conclusioni avessero superato i limiti della convezione arbitrale²⁰³. Inoltre, la cosiddetta teoria della giurisdizionalizzazione *ex post*²⁰⁴ dell'arbitrato consentiva di ritenere che per effetto dell'omologazione del lodo, concessa dall'autorità giudiziaria ai sensi del vecchio disposto dell'art. 825 c.p.c., la pronuncia degli arbitri di natura strettamente pattizia potesse poi trovare ingresso nell'ordinamento statale ed ottenere una natura giurisdizionale, suscettibile di impugnazione davanti all'autorità giudiziaria ordinaria.

Alla luce di ciò, a partire dall'entrata in vigore dell'attuale codice di rito e fino a tempi relativamente recenti, la giurisprudenza maggioritaria²⁰⁵ ricondusse i rapporti fra arbitri e autorità giudiziaria ordinaria nel terreno della competenza. Alla case di tale impostazione fu posto il tradizionale insegnamento secondo cui la stipulazione della convenzione arbitrale equivale alla "*costituzione di una particolare competenza*"²⁰⁶ e che dalla stessa soraga, quale effetto processuale, un'eccezione di incompetenza²⁰⁷ che, in quanto eccezione in senso proprio, si riteneva non potesse essere rilevata *ex officio judicis* e quindi, per il suo carattere relativo e disponibile, fosse sempre rinunciabile espressamente o tacitamente²⁰⁸.

Più variegata era, invece, la posizione della dottrina che, nell'ambito del più ampio dibattito circa la natura dell'arbitrato, ritenne con argomentazioni diverse che l'accordo compromissorio potesse costituire il fondamento di:

²⁰³ Sul punto, REDENTI, *op. ult. cit.*, 453.

²⁰⁴ REDENTI, voce "*Compromesso*", in *Noviss. Dig. It.*, III, Torino, 1957, 791.

²⁰⁵ *Ex pluribus*, Cass., 15 maggio 2001, n. 6710, in *Giur. it.*, 2002, 939; Cass. Sez. Un., 23 febbraio 2000, n. 15, in *Foro it.*, 2000, I, 1833; Cass. Sez. Un., 4 luglio 1981, n. 4360, in *Foro it.*, 1981, I, 1860; Cass. 13 dicembre 1969, n. 3981, in *Giur. it.*, 1971, I, 1; Cass. 27 luglio 1957, in *Riv. dir. proc.*, 1958, 246, con nota di COLESANTI, *Cognizione sulla validità del compromesso in arbitri*; Cass. Sez. Un., 9 maggio 1956, n. 1505, in *Foro it.*, 1956, I, 818. In dottrina tale tesi era naturalmente abbracciata da quella dottrina che sosteneva la natura giurisdizionale dell'arbitrato.

²⁰⁶ LIEBMAN, *Giudizio arbitrale e connessione di cause*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 471.

²⁰⁷ Per COLESANTI, *Cognizione sulla validità del compromesso in arbitri*, in *Riv. dir. proc.*, 1958, 247 ss., dal contratto compromissorio sorgerebbe se mai una eccezione dilatoria suscettibile di divenire perentoria al momento della nomina degli arbitri; per REDENTI, *Compromesso*, in *Nov.mo Dig. it.*, cit., 486, invece, l'eccezione permarrebbe dilatoria con "*effetto eventuale*" in attesa che il compromesso si perfezioni con l'investitura (e l'accettazione) degli arbitri. Inoltre secondo lo stesso Autore se il compromesso si perfeziona "*l'eccezione si converte in perentoria, se il termine scada senza che sia giunto in questo senso a perfezione, cessano gli effetti dilatori dell'eccezione e il giudizio deve aversi per costituito davanti al giudice ordinario fino al giorno della domanda introduttiva*".

²⁰⁸ REDENTI, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 1957, 453. In giurisprudenza, Cass. 15 marzo 1980, n. 1754, in *Giust. civ. mass.*, 1980, fasc. 3; Cass. 14 Ottobre 1985, n. 4987, *Rass. Arbitrato*, 1986, 100, 5.

- (i) un'eccezione di difetto assoluto di giurisdizione²⁰⁹;
- (ii) un'eccezione avente carattere sostanziale²¹⁰, diretta ad impedire l'ingresso del giudizio davanti al giudice statale; oppure
- (iii) un'eccezione pregiudiziale di improponibilità²¹¹ o improcedibilità dell'azione²¹².

2.3.1 I corollari di tale impostazione tra l'affermazione del principio di *kompetenz-kompetenz* dell'arbitro e la teoria della *vis attractiva*

Il principio della *Kompetenz-Kompetenz* degli arbitri, ormai tradizionalmente affermato dalla dottrina, non ricevette un'ufficiale consacrazione nel nuovo codice di rito²¹³. Sebbene tale principio non fosse stato riconosciuto espressamente dal dettato normativo del nuovo codice²¹⁴, e nonostante qualche dubbio²¹⁵ espresso da qualche autore, la maggioranza della dottrina dell'epoca riconosceva la competenza *esclusiva* dell'arbitro di pronunciarsi sulla validità della convenzione arbitrale e,

²⁰⁹ LESSONA, *Conflitto tra arbitri e giudice ordinario e regolamento di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1946, II, 5 ss.

²¹⁰ SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, 1931, 163; SATTA-PUNZI, *Diritto processuale civile*, XIII ed., Padova, 2000, 1054.

²¹¹ Il dibattito ha origini lontane e risale a CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II ed., Napoli, 1935, 70 per il quale l'eccezione di compromesso costituiva una "eccezione di improponibilità" munita di "efficacia processuale negativa perentoria".

²¹² REDENTI, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 1957, 453 ss; Id., *Compromesso*, in *Nov.mo Dig. it.*, cit., 506 ss. il quale riconosceva al compromesso l'effetto di produrre in primo luogo una sorta di eccezione dilatoria, suscettibile di divenire perentoria al momento della nomina e della accettazione degli arbitri.

²¹³ CARNACINI, in *Noviss. dig. it.*, voce Arbitrato rituale, I, 2, 889; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, 1964, 834; LUISO, *Rapporti tra arbitro e giudice*, in AA.VV., *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, a cura di Fazzalari, Milano, 2006, 111. Per l'applicazione di questo principio in altri ordinamenti e le riserve nell'ordinamento americano, cfr. HENKE, *Il diritto americano e l'incerto fondamento del principio di Kompetenz-Kompetenz in materia di arbitrato*, in *Dir. comm. int.*, 2011, 647 ss.

²¹⁴ Il vecchio dettato dell'art. 817, rubricato eccezione di incompetenza, statuiva che "La parte che non eccepisce nel corso del procedimento arbitrale che le conclusioni delle altre parti esorbitano dai limiti del compromesso o della clausola compromissoria, non può, per questo motivo, impugnare il lodo per nullità". Come evidenziato anche dalla lettera della norma, la preclusione che era stabilita da tale disposizione riguardava una nullità riguardante l'esorbitanza delle conclusioni delle parti dai limiti del compromesso o della clausola compromissoria. Una nullità derivante dall'attività delle parti che non trovava invece applicazione nel caso di nullità derivante dall'incompetenza degli arbitri per assorbimento della loro competenza in quella del giudice ordinario, investito di una causa connessa, in quanto tale incompetenza costituiva un effetto processuale autonomo rispetto all'attività delle parti. Al riguardo, Cfr. Cass., 7 agosto 1972, n. 2647, in *Giust. civ.*, 1973, I, 827.

²¹⁵ REDENTI, *Diritto processuale civile*, Milano, 1954, vol. III, 467 e 475. BIAMONTI, *Arbitrato* (dir. proc. civ.), in *Enc. Dir.*, Milano, 1958, 893 ss., 927 il quale argomentava che nel caso di contestazione della validità del negozio compromissorio la decisione spettasse al giudice ordinario, perché in tal caso "la decisione incide essenzialmente sulla validità dell'accordo delle parti con cui si è derogato alla giurisdizione ordinaria, e solo conseguentemente l'eventuale dichiarazione di nullità ha rilevanza sulla competenza degli arbitri".

pertanto, sulla propria *potestas iudicandi*²¹⁶. In particolare, a seguito dell'inquadramento da parte della giurisprudenza del rapporto tra giudice ed arbitro in termini di competenza iniziò ad affermarsi il principio di *kompetenz-kompetenz* dell'arbitro.

Al riguardo, dottrina minoritaria²¹⁷ sosteneva che nel caso venisse contestata la *potestas iudicandi* degli arbitri in merito ad una determinata controversia, gli arbitri avrebbero dovuto sospendere il giudizio affinché il giudice ordinario conoscesse dell'eccezione. Tale soluzione fu però criticata²¹⁸, perché priva di ogni fondamento normativo. Si escludeva, infatti, l'applicabilità del vecchio dettato dell' art. 819²¹⁹ c.p.c., ritenendo che tale norma riguardasse solo le questioni che avessero ad oggetto materia non compromettibili. In aggiunta, poiché l' art. 829 n. 1 c.p.c. consentiva l'impugnazione della sentenza arbitrale per nullità del contratto compromissorio, la stessa norma evidentemente presupponeva che della validità del contratto medesimo gli arbitri avrebbero potuto conoscere.

Nonostante il dibattito dottrinale, molte corti iniziarono ad affermare che anche gli arbitri, al pari degli altri organi giurisdicenti, avessero il potere di statuire sulla propria competenza²²⁰. Determinando una deroga alla competenza dell'

²¹⁶ ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, 1964, IV, 834. SCHIZZEROTTO, *Dell' Arbitrato*, III ediz., Giuffrè editore, 223.; MORTARA, *Commentario del codice civile e delle leggi di procedura*, cit., 88; CODOVILLA, *cit.*, 314; VACCARELLA, *Sulla competenza esclusiva del collegio arbitrale a giudicare della propria competenza*, nota a Cass. 8 luglio 1996, n. 6205, *Riv. arb.* 1997, 329.

²¹⁷ BIAMONTI, *Arbitrato*, cit., 927.

²¹⁸ SCHIZZEROTTO, *cit.*, 222-223.

²¹⁹ Secondo il vecchio dettato dell'art. 819: "Se nel corso del procedimento sorge una questione che per legge non può costituire oggetto di giudizio arbitrale, gli arbitri, qualora ritengano che il giudizio ad essi affidato dipende dalla definizione di tale questione, sospendono il procedimento. [III] Fuori di tali ipotesi gli arbitri decidono tutte le questioni insorte nel giudizio arbitrale [...]".

²²⁰ Cass., 17 settembre 1947, n. 1570, in *Mass. Giuri. it.*, 1947, 432; Cass., 5 agosto 1968, n. 2803, in *Foro it.*, Rep. 1969, 445-446 dove la Suprema Corte statui che l' arbitro è giudice della propria competenza anche nei casi in cui si contesti l' esistenza, la validità o l' efficacia della convenzione arbitrale, nonché la legittimità della nomina degli arbitri o, infine, la soggezione della controversia alla cognizione arbitrale; Coll. arb., 24 maggio 1960, in *Foro it.*, Rep. 1960, voce Arbitrato, n. 90; Trib. Termini Imerese 26 luglio 1957, *id.*, Rep. 1959, voce Arbitrato, n. 22; Coll. arb. 7 marzo 1953, , in *Foro it.*, Rep. 1953, voce Arbitramento, n. 71; Cass. 20 dicembre 1952, n. 3251, *id.*, Rep 1952, voce Arbitrato, n. 63; App. Napoli, 19 dicembre 1951, *ibid.*, n. 65; App. Milano 31 ottobre 1950, *id.*, Rep. 1951, voce cit., n. 34; App. Genova 15 febbraio 1949, *id.*, Rep. 1951 voce cit., n. 30; App. Milano, 18 febbraio 1947, *id.*, Rep. 1947, voce cit., n. 9. *Contra*, App. Napoli 22 luglio 1950, in *Foro it.*, 1951, I, 1302 secondo cui gli arbitri sarebbero stati competenti a conoscere della questione di nullità del contratto e non di quella della clausola.

In dottrina, nello stesso senso della Cass., 5 agosto 1968, n. 2803, ANDRIOLI, *Commento*, cit., 834 il quale desumeva la regola dall' art. 819 che disciplinava i casi di sospensione del procedimento arbitrale nel caso di questioni non compromettibili e ne faceva conseguire il potere degli arbitri di decidere sulla propria

autorità giudiziaria ordinaria, poi, la giurisprudenza ritenne che i dubbi sui limiti oggettivi della convenzione di arbitrato dovessero essere risolti in favore del giudice ordinario²²¹.

Tuttavia, fino all' introduzione dell' art. 819-*bis* c.p.c.²²², l' assimilazione alla competenza derogabile dell' eccezione di compromesso ed il mancato pieno riconoscimento del potere degli arbitri di giudicare sulla propria *potestas iudicandi* fu fortemente influenzato dalla regola elaborata giurisprudenziale²²³ dell' epoca sulla c.d. *vis attractiva* del giudizio ordinario rispetto a quello arbitrale, applicabile sia in ipotesi di continenza che di connessione tra cause²²⁴.

In virtù di tale regola, fortemente criticata dalla dottrina²²⁵, qualsiasi connessione fra la materia del contendere avanti agli arbitri e quella davanti al

potestas iudicandi; SCHIZZEROTTO, Dell' arbitrato, 1958, 114, VECCHIONE, *L' arbitrato nel sistema del processo civile*, 1953, 204; REDENTI, *Diritto processuale civile*, 1951, IV, 119 secondo il quale nei casi su indicati, gli arbitri potrebbero sospendere la decisione ex art. 819 c.p.c. e rinviare le parti al giudice ordinario; più di recente, DELLA PIETRA, *Il procedimento*, in *Diritto dell' arbitrato*, a cura di Verde, Torino, 2006, 226.

²²¹ *Ex multis*, Cass. 1 agosto 1950 n. 2302, in *Mass. Giur. it.*, 1950, 552; Cass. 18 dicembre 1952 n. 3244, in *Mass. Giur. it.*, 1952, 849; Cass. 15 giugno 1954 n. 2109, in *Mass. Giur. it.*, 1954, 450.

²²² Norma introdotta con la legge 5 gennaio 1994 n. 25, secondo cui: "La competenza degli arbitri non è esclusa dalla connessione tra la controversia ad essi deferita ed una causa pendente dinanzi al giudice".

²²³ Cfr. Cass., 13 dicembre 1969, n. 3981, in *Giur. it.*, 1971, I, 1, 127, con nota di SEGRÈ, *Connessione di cause e incompetenza di arbitri*; Cass., 23 settembre 1987, n. 5707, in *Rep. Foro it.*, 1986, 407; Cass., 21 marzo 1989, n. 1411, in *Mass. Giur. it.*, 1989; Cass., 9 febbraio 1990, n. 945, in *Riv. arb.*, 1991, 120 ss. e analogamente Cass. 21 marzo 1989, n. 1411, in *Rass. arb.*, 1989, 306. Cfr. anche SCHIZZEROTTO, *Arbitrato rituale e arbitrato irrurale, regolamento di competenza e la «vis attractiva»*, in *Giur. it.*, 1974, I, 1, 138 ss. Per apprezzare il profondo dissenso che la dottrina ha manifestato in relazione alla regola della *vis attractiva*, cfr. E.F. RICCI, *Un raggio di luce nel buio (una svolta in tema di competenza degli arbitri rituali per connessione di cause)*, in *Riv. arb.*, 1993, 179; LONGO, *Ancora in tema di connessione e giudizio arbitrale*, *ivi*, 1994, 297; TARZIA, *Connessione di cause e processo simultaneo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 438; MENCHINI, *Il processo litisconsortile – Struttura e poteri delle parti*, Milano, Giuffrè, 1993, 174.

²²⁴ Come risulta dal disposto degli artt. 40 e segg. c.p.c., la connessione dà luogo ad una questione di competenza ed una particolare ipotesi in cui il potere degli arbitri di decidere sulla propria competenza può entrare in conflitto con il potere del giudice ordinario può scaturire dall' istituto della connessione, quando la controversia demandata alla cognizione dell'arbitro è connessa con altra competenza del giudice ordinario, ma non ricompresa dalle parti nell' ambito della convenzione arbitrale.

²²⁵ LIEBMAN, *Giudizio arbitrale e connessione di cause*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 469 ss. secondo il quale la stipulazione di un patto compromissorio non poteva essere assimilata a una semplice proroga della competenza territoriale. Né la regola della *vis attractiva* poteva trovare riscontro nel carattere derogabile della competenza arbitrale. Infatti, mentre la connessione trovava applicazione in caso di competenza territoriale derogabile perché sia la modifica della competenza per ragioni di connessione che la deroga della competenza per via pattizia erano espressamente consentite dalla legge, al contrario la competenza arbitrale, in quanto prodotto della volontà delle parti, sarebbe stata derogabile solo se così espressamente voluto dalle parti o dalla legge. Secondo l'autorevole Autore la mancanza di una disposizione ad hoc nella disciplina dell'arbitrato era significativa della volontà del legislatore di garantire il rispetto della volontà espressa dalle parti con la stipula della convenzione arbitrale anche a scapito del principio del *simultaneus processus*. Sul punto si veda anche, E.F. RICCI, *Un raggio di luce nel buio (una svolta in tema di competenza degli*

giudice dello Stato avrebbe prodotto l'investitura del giudice togato e la conseguentemente spoliatazione degli arbitri della controversia loro deferita. Di conseguenza, gli arbitri avrebbero dovuto, d'ufficio e in ogni momento del procedimento, spogliarsi della controversia in favore del giudice ordinario, indipendentemente se aditi preventivamente o successivamente rispetto all'autorità giudiziaria, in modo da consentire la trattazione congiunta di entrambe le controversie in un'unica sede²²⁶. Tale orientamento giurisprudenziale usava come strumento di difesa principale la "naturale" prevalenza della giurisdizione statale su quella arbitrale e l'esigenza di tutelare il *simultaneus processus*²²⁷. Il giudizio innanzi agli arbitri subiva, pertanto, la *vis attractiva*²²⁸ del giudizio connesso pendente avanti l'autorità giudiziaria ordinaria ed il giudice avrebbe potuto dichiarare l'assorbimento della causa pendente innanzi agli arbitri ed attrarre a sé la competenza sulla controversia. La Corte Suprema²²⁹ affermò pertanto, che nel caso di rapporti di connessione fra cause devolute ad arbitro rituale e cause deferite alla cognizione del giudice ordinario, sussistesse la competenza esclusiva di quest'ultimo²³⁰. La decisione che fosse stata assunta dagli arbitri in violazione di tale regola sarebbe stata impugnabile per nullità ai sensi dell'art. 829, 1° comma, n. 4, c.p.c., quale

arbitri rituali per connessione di cause), in *Riv. arb.*, 1993, 179; LONGO, *Ancora in tema di connessione e giudizio arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1994, 297; TARZIA, *Connessione di cause e processo simultaneo*, cit., 438; SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 227 ss.; MENCHINI, *Il processo litisconsortile*, I, Milano, 1993, 174. La conclusione che tra le controversie devolute agli arbitri e quelle pendenti davanti all'autorità giudiziaria ordinaria non fosse ipotizzabile la connessione di cause che avrebbe determinato l'attrazione delle controversie connesse al giudizio ordinario era già stata accolta in passato da SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 2, Milano, 1971, 228 ss.; MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1985, p. 44.

²²⁶ In virtù dell'art. 40 c.p.c. che all'epoca, come oggi, consente il *simultaneus processus* nei casi individuate dagli articoli 31-36 del codice. Tuttavia, il disposto normativo veniva sempre forzato in favore dell'autorità giudiziaria ordinaria obliterando ogni riferimento ai criteri della prevenzione o della "causa principale". Sul punto, diffusamente IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo. Studi sui rapporti tra arbitrato e giurisdizioni statuali*, Giappichelli, Torino, 2013, 60 ss.

²²⁷ In questo caso, il criterio della prevenzione sancito dall'art. 40 c.p.c. cedeva il passo a quello della prevalenza della competenza giurisdizionale. Tuttavia, ai fini dell'attuazione del *simultaneus processus*, sarebbe stato comunque necessario che le due controversie fossero contemporaneamente pendenti e che nessuna di esse fosse già giunta a decisione. cfr. Cass., 13 dicembre 1969, n. 3981, in *Giur. it.*, 1971, I, 1, 138; Cfr. Cass., sez. I, 23 agosto 1990, n. 8608 in *Riv. arb.*, 1991, 757.

²²⁸ In dottrina, VULLO, *Note in tema di arbitrato, connessione e sospensione per pregiudizialità*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 137 ss.; GIONFRIDA, *Appunti sulla connessione e continenza di cause*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 130.

²²⁹ Cass., 15 luglio 1996, n. 6403, in *Riv. arb.*, 1997, 53 ss.; Cass. 28 maggio 1979, in *Mass. uff. Cass.*, n. 3099; Cass. 25 luglio 1977, n. 3307, in *Foro it. Rep.*, 1978, voce Ingiunzione, n. 20.

²³⁰ SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 227-228 il quale osservava come era necessario tuttavia distinguere il caso in cui la connessione concreta una ipotesi di cumulo necessario e, quindi, quell'ipotesi in cui, operando la *vis attractiva*, era necessario che tutte le controversie fossero decise in un unico processo rispetto all'ipotesi nella quale la connessione non impedirebbe la proposizione di più giudizi separati onde ottenere distinte decisioni di merito.

pronuncia resa fuori dai limiti del compromesso, perché emessa su una materia che, per effetto della connessione, era sottratta alla loro *potestas iudicandi*.

Tale regola fu spesso usata dalle parti per sottrarsi al giudizio arbitrale²³¹ e, per tale ragione, la dottrina dell'epoca esortò i giudici ad un'interpretazione restrittiva²³² del principio, anche perché bisognava ritenere implicita nel contratto compromissorio la volontà delle parti di rinunciare non solo al giudizio ordinario, ma anche al beneficio del *simultaneus processus* nelle ipotesi di cumulo facoltativo. Pertanto, fu criticata aspramente quella giurisprudenza²³³ che consentiva l'operatività del principio della *vis attractiva* anche in relazione ai casi di connessione impropria²³⁴ e quella che aveva dichiarato ammissibile l'eccezione di competenza sia nei casi di litisconsorzio facoltativo che di litisconsorzio necessario²³⁵.

3. La riforma del 1994 tra il rigetto del principio della *vis attractiva* e la teoria della litispendenza a senso unico

La novella operata dalla l. 9 febbraio 1983 n. 28, intervenuta ad adeguare la normativa italiana in materia di arbitrato alle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia²³⁶, sebbene sia stata degna di nota per aver eliminato l'obbligo dell'omologazione del lodo ed attribuendogli efficacia vincolante dalla data della sua ultima sottoscrizione a mezzo dell'introduzione del nuovo quarto comma dell'articolo 823, non mutò la ricostruzione dei rapporti tra arbitrato e giudizio

²³¹ Sebbene la stessa giurisprudenza aveva ritenuto che il principio della *vis attractiva* non operasse nel caso la causa promossa davanti al giudice ordinario.

²³² LIEBMAN, *Gli arbitri e le cause connesse*, in *Temì*, 1963, 921; SATTA, *Commentario*, cit., 230. LEVONI, *La pregiudizialità nel processo arbitrale*, Torino, 1975, 101 ss.

²³³ Cass. 11 febbraio 1969, n. 475, in *Foro it.*, 1969, I, 132; Cass. 7 agosto 1972, n. 2647, in *Giust. civ.*, 1973, I, 827; Cass. 4 aprile 1979, n. 943, in *Giust. civ. mass.*, 1979.

²³⁴ Nel caso in cui la controversia pendente dinanzi al giudice ordinario fosse risultata accessoria rispetto a quella principale pendente davanti agli arbitri, si veda Cass., 23 agosto 1990, n. 8608, in *Riv. arb.*, 1991, 757, con nota di Marengo, *Arbitrato e connessione di cause*; Coll. Arb., Roma, 22 febbraio 1989, in *Riv. arb.*, 1991, 141, con nota di Giardina, *Continenza e connessione di cause fra arbitro e giudice ordinario*.

²³⁵ Cass. 8 marzo 1974, n. 616, in *Giust. civ.*, 1974, I, 1266.

²³⁶ Al fine di facilitare la circolazione di lodi che le parti intendevano eseguire all'estero e quindi facilitarne la circolazione. Cfr. Atti Parlamentari, Senato della Repubblica, Legislatura VIII, Disegni di legge e Relazioni, n. 1555.

ordinario che continuarono ad essere ricondotti sotto la disciplina della competenza²³⁷.

La successiva riforma intervenuta con la legge n. 25 del 5 gennaio 1994 introdusse invece diverse disposizioni volte a rafforzare l' autonomia dell' arbitrato rispetto alla sua tradizionale subordinazione al procedimento ordinario tra cui, *inter alia*, il formale riconoscimento dell' autonomia della clausola compromissoria (art. 808), il nuovo dettato dell' art. 819 in punto di limiti oggettivi della competenza arbitrale e l' introduzione del nuovo articolo 819-*bis*, disposizione che stabilì che la *potestas iudicandi* degli arbitri non sarebbe stata esclusa dalla connessione della controversia con altra pendente dinanzi al giudice.

Con l' introduzione di tale ultima disposizione il legislatore²³⁸ della novella rinnegò la mitica ed abusata teoria della *vis attractiva* del giudizio ordinario e statuí espressamente in via definitiva che la competenza degli arbitri non potesse essere esclusa dalla connessione tra la controversia ad essi deferita ed una causa pendente dinanzi al giudice togato²³⁹. Grazie all' introduzione di tale norma, sarebbe stato quindi compito degli arbitri stabilire e delimitare la volontà delle parti della convenzione arbitrale al fine di pronunciarsi sulla propria *potestas iudicandi*. La nuova norma statuisce tutt'oggi che la competenza degli arbitri possa essere

²³⁷ Pertanto, l'eccezione di compromesso sollevata nel corso del giudizio ordinario continuava ad essere interpretata ai sensi dell'art. 38 e la sentenza che la decideva era ritenuta impugnabile mediante regolamento necessario o facoltativo di competenza. Cfr. *ex multis*, Cass., 8 febbraio 1986, n. 792, in *Rass. arb.*, 1986, 216; Cass., 23 gennaio 1990, n. 354, in *Riv. arb.*, 1991, 79; Cass., 16 dicembre 1992, n. 133117, in *Rep. Foro it.*, 1994, voce Arbitrato, n. 96. Inoltre, la giurisprudenza continuò ad applicare la regola le regola dell'assorbimento della competenza arbitrale anche nei casi di connessione impropria, allorché la decisione di due cause dipendesse dalla risoluzione delle stesse questioni. Cfr., Cass., 21 marzo 1989, n. 1411, in *Rass. arb.*, 1989, 306; Cass., 23 settembre 1987, n. 5707, in *Rep. Foro it.*, 1986, 407. Qualche passo in avanti si registrò in quelle pronunce che ritennero inoperante il principio dell' assorbimento nelle ipotesi di azioni palesemente dilatorie in cui la domanda introdotta di fronte all' autorità giudiziaria ordinaria era chiaramente pretestuosa e finalizzata a paralizzare l' arbitrato. Cfr., Cass., 23 settembre 1986, n. 5707, in *Mass. Foro it.*, 1986, 1001.

²³⁸ Come si legge nella Relazione Illustrativa alla legge 5 gennaio 1994 n. 25 si ritenne opportuno di sancire una regola opposta a quella costruita dalla giurisprudenza che era stata in concreto fonte di espedienti dilatori, dirette al solo scopo di sottrarsi al giudizio arbitrale e consistenti nella pretestuosa proposizione di domande dinanzi alla giurisdizione ordinaria. In *Atti Parlam. Sen.*, XI Legislatura, n. 633, 5 ss.

²³⁹ Se tuttavia la parte avesse promosso nei confronti della medesima parte una causa con un medesimo oggetto sia dinnanzi al giudice ordinario antecedentemente adito di fronte agli arbitri, la competenza di questi ultimi sarebbe rimasta assorbita in quella del primo in quanto il comportamento della parte sarebbe assunto a rinuncia implicita della clausola compromissoria, restando così preclusa la possibilità di far successivo ricorso al procedimento arbitrale. Cass. 25 gennaio 1995, n. 874, in *Foro it.*, Rep. 1995, voce Arbitrato, n. 99.

aprioristicamente esclusa da quella eventuale del giudice ordinario²⁴⁰, prevedendo che, nel caso di connessione di cause, non possa essere dichiarata l'incompetenza degli arbitri per l'assorbimento della loro competenza in quella del giudice ordinario. Pertanto, ancora oggi il giudice ordinario dovrà dichiararsi incompetente a conoscere della causa connessa a quella di cui è stato investito e già deferita alla decisione di un collegio arbitrale. In virtù di ciò, il giudizio ordinario e quello arbitrale, anche se connessi tra di loro, possono svolgersi contestualmente senza che rilevi la circostanza di quale dei due procedimenti sia stato promosso per primo²⁴¹. La riforma ha dunque rifiutato definitivamente il precedente orientamento giurisprudenziale sfavorevole all'arbitrato ed ha introdotto una nuova disciplina che ha rafforzato, secondo il parere di chi scrive, il principio della *kompetenz-kompetenz*.²⁴²

Sebbene, la riforma del 1994 non intervenne a modificare il disposto dell' art. 817 introducendo formalmente nel nostro ordinamento il principio di *kompetenz-kompetenz* nel diritto dell' arbitrato, parte della giurisprudenza iniziò a riconoscere la competenza esclusiva dell' arbitro di statuire sulla propria *potestas iudicandi solo* quando la questione fosse sorta *dopo* la costituzione del collegio arbitrale²⁴³, accogliendo la c.d. regola della litispendenza a senso unico²⁴⁴. In virtù di tale orientamento la Cassazione²⁴⁵ statuí espressamente che: “[...] *allorquando la decisione sulla questione di competenza da parte del giudice ordinario venga richiesta dopo l'instaurazione del giudizio arbitrale, il giudice deve limitarsi a prendere atto della circostanza che l'accordo derogatorio della competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria ha già trovato concreta attuazione,*

²⁴⁰ RIGHETTI-PIOTTO, *L'arbitrato nella giurisprudenza italiana*, Giuffrè, Milano, 2005, 145.

²⁴¹ RIGHETTI-PIOTTO, cit., 2005, 147.

²⁴² In giurisprudenza, Cass., 12 novembre 1998, n. 11436, in *Mass. Giust. civ.*, 1998, 2344; Cass., 5 novembre 1999, n. 12336, in *Giust. civ.*, 2000, I, 1439; Trib. Massa Carrara, 16 marzo 1998.

²⁴³ Cass. 27 luglio 1955 n. 3167, in SCHIZZEROTTO, *L'arbitrato rituale nella giurisprudenza*, in M. Rotondi (diretto da), *Raccolta sistematica di giurisprudenza commentata*, in *Riv. arbitrato*, 2007. In particolare gli ermellini sancirono che: “*In conformità della giurisprudenza di questa Corte Suprema, che la questione di competenza doveva essere decisa dal giudice ordinario non essendo ancora costituito il collegio arbitrale...*”.

²⁴⁴ Tra il 1996 e il 1997 la Corte di Cassazione con le c.d. sentenze gemelle (Cass., 8 luglio 1996, n. 6205 e Cass., 7 aprile 1997, n. 3001 inaugurò tale orientamento per fra fronte al conflitto positivo di competenza che non avrebbe potuto essere suscettibile di rimozione né in via preventiva né successiva, stante l' inapplicabilità dell' art. 395, n. 5 e l'operatività dell' art. 829, n. 8 per i soli casi di giudicato della sentenza in pendenza di arbitrato e della non vincolatività della pronuncia sulla competenza di ciascun giudice nell' altra sede processuale. Si veda diffusamente, IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 249.

²⁴⁵ Cass. Civ. 7 aprile 1997, n. 3001, in *Giust. civ.*, 1997, 2451. In merito si veda altresì, Cass. 8 luglio 1996, n. 6205, in *Riv. arb.*, 1997, 325 con nota critica di Vaccarella; Cass. 25 luglio 1997, n. 6950, in *Foro it.*, 1998, 898 ss.

indipendentemente dal fatto che la contestazione in ordine alla legittima investitura del collegio arbitrale sia successiva alla concorde instaurazione del giudizio arbitrale, ovvero se essa sorga, come nella specie, ancora prima, a seguito della mera notificazione dell'atto di accesso agli arbitri per iniziativa di una delle parti, essendo sufficiente che il giudizio arbitrale abbia comunque avuto inizio e che gli arbitri abbiano risolto la questione affermando la propria competenza a decidere la controversia insorta tra le parti compromittenti". Nel caso di un giudizio arbitrale pendente, dunque, il giudice statale avrebbe dovuto limitarsi a dichiarare improponibile o improseguibile l'azione astenendosi da ogni accertamento sull'esistenza o la validità dell'accordo compromissorio che avesse conferito agli arbitri il potere decisionale in merito alla controversia, poiché solo a questi ultimi era riservata in via esclusiva la preventiva verifica dei propri poteri. Potere che ritrovava il proprio contrappeso nella possibilità riservata alle parti di proporre, successivamente, l'impugnazione del lodo per nullità nel caso lo stesso fosse stato pronunciato da arbitri privi di potere.

Il giudice ordinario sarebbe stato invece provvisto di competenza a decidere sulla validità delle convenzioni arbitrali qualora il procedimento arbitrale non fosse stato ancora iniziato, ovvero nell'ipotesi che il collegio arbitrale²⁴⁶ non si fosse ancora costituito. Pertanto, prima della riforma del 2006 la giurisprudenza, da un lato, riconobbe la competenza del giudice ordinario prima della costituzione del tribunale arbitrale e, dall'altro, la esclude successivamente alla costituzione del tribunale arbitrale. Venne in tal modo recepita per via giurisprudenziale il c.d. effetto negativo del principio di *Kompetenz-Kompetenz* sulla falsariga del sistema francese, non prevedendo tuttavia alcuna eccezione a tale regola di priorità. Nell'ottica della giurisprudenza dell'epoca, la competenza esclusiva dell'arbitro di statuire sulla propria *potestas iudicandi* era accettabile solo successivamente alla

²⁴⁶ Numerose decisioni affermano che, prima della costituzione del collegio arbitrale, la controversia spetta al giudice ordinario. In tal senso, si vedano: App. Firenze 4 dicembre 1964, in *Foro it.*, Rep. 1965, voce Arbitrato, n. 33; Cass. 14 ottobre 1963, n. 2721, in *Foro it.*, Rep. 1963, voce Arbitrato, n. 51; App. Genova 21 gennaio 1963, in *Foro it.*, 1963; I, 810. Invece, Cass. 28 gennaio 1966, n. 344, in *Foro it.*, Rep. 1966, voce Arbitrato, n. 28, ha chiarito che poiché tale indagine implica una questione di competenza, non potendo la decisione del giudice ordinario su tale punto acquistare efficacia di giudicato indipendentemente dalla decisione di merito, è inammissibile un giudizio di accertamento sulla portata e validità della clausola compromissoria. Da tale impostazione BIAMONTI, *Arbitrato* (dir. proc. civ.), cit., 926, trae la conseguenza che il giudice ordinario, prima della costituzione del collegio arbitrale, possa essere adito solo se la sua cognizione è estesa anche al merito della controversia, fermo l'obbligo di dichiararsi incompetente successivamente ove sia sollevata l'eccezione di compromesso o sia riconosciuta valida l'efficacia del patto compromissorio.

costituzione del tribunale arbitrale, in quanto in tale caso non vi sarebbe stato alcuna usurpazione di potere dell' autorità giudiziaria ordinaria. Inoltre, poiché la pronuncia, in ultima analisi, sarebbe stata soggetta ai normali mezzi di impugnazione, si riteneva possibile estendere il principio di *Kompetenz-Kompetenz* del giudice anche all' arbitro²⁴⁷.

3.1 La critica della dottrina

L' orientamento giurisprudenziale della litispendenza a senso unico fu fortemente criticato dalla dottrina²⁴⁸ dell' epoca che aveva rilevato come tale posizione giurisprudenziale, priva di ogni eccezione, celasse una forte frustrazione per le parti che avessero voluto adire la tutela arbitrale. In particolare, fu evidenziato come sotto le sembianze apparenti di salvaguardia del principio di *kompetenz-kompetenz* degli arbitri, in realtà lo stesso orientamento non avrebbe escluso affatto il paventato conflitto negativo sulla *potestas iudicandi* del diritto litigioso compromesso in arbitrato.

Infatti, seguendo tale orientamento, una eventuale sentenza passata in giudicato, con cui il giudice ordinario avesse dichiarato privo del potere decisorio il giudice privato per aver accolto l' *exceptio compromissi* o aver statuito sulla validità ed efficacia del patto compromissorio, non sarebbe stato altro che un "vuoto simulacro". La pronuncia, infatti, sarebbe stata incapace di dispiegare i propri effetti nel procedimento arbitrale, poiché agli arbitri sarebbe comunque spettato il potere di sindacare dell' esistenza e la portata del patto compromissorio e della propria *potestas iudicandi*. Una soluzione che demandava in ogni caso all' autorità giudiziaria ordinaria, adita in sede di impugnazione, il potere di decidere con efficacia vincolante per arbitri e giudici la questione riguardante il *finium regundorum* tra le due autorità giudicanti. Tale approccio avrebbe quindi implicitamente ammesso una chiara imperebeabilità dei due procedimenti²⁴⁹ e non avrebbe realizzato l' auspicata *sostitutività* della tutela arbitrale rispetto a quella dell' autorità giudiziaria, in linea con la

²⁴⁷ RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato. Disciplina comune e regimi speciali*, VI ed., vol. I, 2010, 732.

²⁴⁸ Si veda diffusamente CAVALLINI, *Profili dell'arbitrato rituale*, Milano, Giuffrè, 2005, 88 ss.; CAVALLINI, *L'arbitrato rituale. Clausola compromissoria e processo arbitrale*, cit., 139 ss.

²⁴⁹ Così anticipando la mera *alternatività* non già *sostitutività* della tutela arbitrale rispetto a quella del giudizio ordinario e così anticipando la successiva pronuncia delle sezioni unite n. 527/2000. Cfr. CAVALLINI, *L'arbitrato rituale*, cit., 141-142, nota 67 ss.

concezione dei rapporti tra giudizio ordinario e procedimento arbitrale in termini di competenza. Anzi, avrebbe fatto emergere un'*altrenatività* piena fra i due istituti, fomentando la frustrazione del diritto delle parti di ottenere un' effettiva tutela del diritto litigioso che avrebbe potuto sfociare in un conflitto negativo di *potestas iudicandi* financo a seguito dell' annullamento sul punto di un lodo di merito da parte della Corte di Cassazione²⁵⁰.

La teoria delle litispendenza "zoppa" si pose, quindi, in chiara contraddizione con la riconduzione dei rapporti tra giudice ordinario ed arbitro alla disciplina della competenza. Nonostante si fosse sviluppata una sensibilità differente nei confronti del procedimento arbitrale non mutò, infatti, la definizione in termini di competenza dei rapporti tra arbitrato e giudice ordinario, sebbene non fosse più predicabile la teoria della giurisdizionalizzazione *ex post* del procedimento arbitrale. Probabilmente, come osserva attenta dottrina²⁵¹, non si ebbe mai il coraggio di ammettere che il richiamo alla disciplina sulla competenza fosse stato effettuato solo per utilizzare una disciplina più snella, in linea con l' insegnamento di Andrioli che vedeva nelle norme sulla competenza territoriale derogabile l'archetipo delle deroghe convenzionali alla *potestas iudicandi* pubblica²⁵². D' altronde, la giurisprudenza continuò a non servirsi dei corollari derivanti da tale inquadramento quali l' applicabilità dell' art. 50²⁵³ che avrebbe consentito di conservare gli effetti della domanda giudiziale o arbitrale, dell' art. 39 c.p.c.²⁵⁴ e della vincolatività per gli arbitri della sentenza resa dalla Corte di Cassazione in sede di regolamento di competenza²⁵⁵.

²⁵⁰ CAVALLINI, *Profili dell'arbitrato rituale*, cit., 88 ss.; CONSOLO, *Litispendenza e connessione tra arbitro e giudice ordinario (evoluzioni e problemi irrisolti)*, in *Riv. arb.*, 1998, 674-675.

²⁵¹ IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 75.

²⁵² ANDRIOLI, *Commento*, cit., 864. Di fatto la convenzione arbitrale ben risponderebbe allo schema dell'art. 29 c.p.c. tanto dal punto di vista formale che strutturale

²⁵³ Nonostante il diverso avviso di parte consistente della dottrina, ANDRIOLI, cit., 844 ss.; DE SANTIS, *Vecchie «aporie» e nuove proposte in tema di rapporti tra giudice ordinario ed arbitri*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 205; LEVONI, op. cit., 142; DANOVÌ, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, Padova, 1999, 224 ss.. L' art. 819-ter, introdotto con la riforma del 2006, ha poi escluso espressamente l' applicabilità dell'art. 50 c.p.c. fino alla recente pronuncia della Corte Costituzionale del 19 luglio 2013, n. 223 che ha dichiarato l' illegittimità costituzionale dell'art. 819-ter nella parte in cui, appunto, non consentiva la *translatio iudicii* nei rapporti tra arbitrato e giudizio ordinario.

²⁵⁴ Sul punto le riflessioni *de lege ferenda* di CAVALLINI, *Profili dell'arbitrato rituale*, cit., 92 ss.

²⁵⁵ Cfr. Cass., 31 luglio 1986, n. 4902; Cass., 8 luglio 1996, n. 6205, in *Corr. giur.*, 1996, 1119. Si veda diffusamente IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 76 la quale osserva "Un ripensamento della problematica era dunque necessario ed è avvenuto prima in via giurisprudenziale, con risultati forse più deprecabili delle

Solo con la riforma del 2006, come vedremo nel seguente capitolo, il legislatore ha sancito l'accoglimento nel nostro codice di rito del principio della *kompetenz-kompetenz* degli arbitri introducendo il nuovo disposto dell'art. 817 c.p.c. ed escludendo la teoria della litispendenza zoppa.

4. Il *revirement* della Cassazione e l'accoglimento della tesi negoziale dell'arbitrato

Con la sentenza n. 527 del 3 Agosto 2000 la Cassazione a Sezioni Unite rivisitò la tradizionale configurazione della funzione degli arbitri come *equivalente e sostitutiva* a quella dei giudici statali ed aderì alla teoria negoziale o privatistica dell'arbitrato²⁵⁶ che qualificava l'arbitrato quale tutela non giurisdizionale dei diritti²⁵⁷. Corollario di tale interpretazione fu che l'accordo arbitrale era da considerarsi un patto di rinuncia alla tutela giurisdizionale²⁵⁸. A sostegno di tale tesi si adduceva, tra l'altro, l'abrogazione dell'istituto dell'omologazione del lodo previsto dal vecchio disposto dell'articolo 825, ultimo comma c.p.c. che non avrebbe più consentito la giurisdizionalizzazione *ex post* dell'arbitrato, nonché l'eliminazione del *nomen* "*sentenza arbitrale*"²⁵⁹ che era stato, invece, utilizzato nel vecchio disposto per la pronuncia degli arbitri.

aporie che la metafora aveva comportato, poi attraverso una reazione legislativa, comunque non pienamente soddisfacente per le soluzioni adottate e gli esiti applicativi che ne sono derivati."

²⁵⁶ PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, 2000. Padova. Sentenza che può leggersi in *Riv. arb.*, 2000, 699 ss. con nota di FAZZALARI, *Una svolta attesa in ordine alla natura dell'arbitrato*; in *Riv. dir. proc.*, 2001, 254 ss., con nota di E.F. RICCI, *La natura dell'arbitrato e rituale e del relativo lodo: parlano le Sezioni unite*; in *Giust. civ.* 2001, I, 761 con nota di MONTELEONE, *Le sezioni unite della Cassazione affermano la natura negoziale e non giurisdizionale del cosiddetto "arbitrato rituale"*. Tuttavia, il filone giuridico che riconosceva al lodo arbitrale gli effetti propri di una decisione giudiziaria ha sempre continuato a considerare di tipo pubblicistico la natura giuridica dell'istituto. Secondo tale impostazione la natura di un atto deve essere strettamente collegata alle sue conseguenze giuridiche e, quindi, ai suoi effetti. Pertanto, se un atto è in grado di produrre effetti paragonabili a quelli di una sentenza emessa dal giudice ordinario, allora siamo in presenza di atto giurisdizionale avente natura pubblicistica. Cfr., CAVALLINI, *Sulla natura del lodo rituale*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 954. E.F. RICCI, *La natura dell'arbitrato rituale e del relativo lodo*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 254 e ss.; CAVALLINI, *L'arbitrato rituale. Clausola compromissoria e processo arbitrale*, EGEA, 2009, 31 ss.

²⁵⁷ CAVALLINI, *L'arbitrato rituale*, cit., 22.

²⁵⁸ AA.VV., (a cura) Alessandro Augusto, *L'arbitrato. Analisi e commenti dalla recente prassi*, Ordine dei dottori commercialisti e degli esperti contabili di Milano, Commissione Arbitrato, n. 29, 2010, 87.

²⁵⁹ Contro tale lettura, CAVALLINI, *Alcune riflessioni in tema di efficacia del lodo*, in *Riv. arb.*, 1997, 721 il quale sottolinea come un'interpretazione testuale e quasi formalistica del disposto sostiene che, al contrario, dall'eliminazione dell'*exequatur* quale mezzo di attribuzione al *dictum* arbitrale dell'efficacia di sentenza,

Accanto a tale categorica enunciazione la Suprema Corte affermò il principio per cui gli arbitri non erano dotati di *ius imperii*, ma fondavano la loro *potestas iudicandi* sul consenso delle parti del patto compromissorio, giungendo quindi alla conclusione che il processo arbitrale non avrebbe dovuto considerarsi *sostitutivo* alla giurisdizione statale, bensì ad essa *alternativa*. L'arbitrato poteva financo essere considerato la negazione del potere giurisdizionale, di tal ch  la Suprema Corte, giungesse a riconoscere la natura negoziale del lodo rituale quale “*rinuncia all'azione giudiziaria e alla giurisdizione dello Stato nonch  quale manifestazione di un'opzione per la soluzione della controversia sul piano privatistico, secondo il dictum di soggetti privati*”.

Sebbene l' inferenza della natura del lodo scaturisse dalla natura dei poteri degli arbitri, privi per definizione dell'*imperium* proprio dell' autorit  giudiziaria ordinaria, non convincesse²⁶⁰, la giurisprudenza finì per considerare l' arbitrato un fenomeno puramente negoziale²⁶¹. I risvolti pratici di tale concensione non erano di poca rilevanza in quanto, secondo tale interpretazione, nei confronti della decisione del giudice statale che pronunciassero sull'eccezione di compromesso non risultavano esperibili n  il regolamento necessario e facoltativo di competenza, *ex artt.* 42 e 43 c.p.c.²⁶², n  il rimedio del regolamento di giurisdizione *ex art.* 41 c.p.c.²⁶³. Inoltre, avendo l'eccezione di compromesso natura sostanziale, non sarebbe stata soggetta ai limiti temporali delle questioni di competenza (*ex art.* 38. co. 2 c.p.c.)²⁶⁴, ma avrebbe dovuto invece essere considerata un'eccezione di merito.

In particolare, il giudizio dell'arbitro sulla questione della propria competenza sarebbe stato un giudizio sulla effettiva portata della convenzione arbitrale. Le conseguenze di tale impostazione appaiono evidenti. Negando che l'arbitrato avesse natura giurisdizionale si escludeva che la contestazione nel corso

così come dall' attribuzione degli effetti della sentenza dall' ultima sottoscrizione del lodo non avrebbero certamente supportato una lettura negoziale dell' arbitrato.

²⁶⁰ CAVALLINI, *L' arbitrato rituale. Clausola compromissoria e processo arbitrale*, EGEO, 2009, 34-35.

²⁶¹ Nelle parole della Cassazione un fenomeno “*ontologicamente alternativo alla giurisdizione statale, una volta che si fonda sul consenso delle parti, e che la decisione proviene da soggetti privati radicalmente carenti di potest  giurisdizionale d'imperio*”.

²⁶² Cass. Sez. Un., 3 ottobre 2002, n. 14223, *Giust. Civ. mass.*, 2002, 1769.

²⁶³ IZZO, *La comenzione arbitrale nel processo*, cit., 77. In tal senso anche Cass. 5 dicembre 2000, n. 1251, in *Riv. arb.*, 2001, 711 ss., con nota di VILLA, *Note sul rapporto tra arbitrato e giurisdizione amministrativa e sulla distinzione tra arbitrato rituale e irrituale* e in *Corr. Giur.*, 2001, 1449 ss. (con nota di CONSOLO e MURONI, *L'eccezione di arbitrato irrituale come eccezione “di merito” e la supposta inammissibilit  del regolamento di competenza*); Cass. 11 giugno 2001, n. 7858, in *Foro it.*, 2001, I, 2381 ss.

²⁶⁴ Non rilevabile d' ufficio e proponibile a pena di decadenza nella comparsa di risposta *ex art.* 167, co. 2, c.p.c.

del giudizio arbitrale della capacità degli arbitri di conoscere una controversia, per essere la stessa devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario, potesse essere qualificata quale questione di competenza. La stessa avrebbe configurato, piuttosto, un'eccezione di merito riguardante la validità o l'interpretazione del compromesso o della clausola compromissoria²⁶⁵. Pertanto, la relativa pronuncia del giudice ordinario non sarebbe stata impugnabile con il regolamento di competenza, come sino ad allora si era sostenuto, ma mediante appello²⁶⁶. Una ricostruzione, dunque, che riconduceva la questione relativa alla *potestas iudicandi* dell'arbitro alle questioni sostanziali, sulla scia degli insegnamenti del Satta.

²⁶⁵ Cass. Sez. Un., ordinanza 5 aprile 2002, n. 9289, disponibile su judicium.it con nota di TOTA, *Ancora sulla natura dell'eccezione di compromesso (e sull'ammissibilità del regolamento di competenza avverso la sentenza del giudice ordinario che pronunci su di essa)*.

²⁶⁶ Cass. Sez. Un., 15 dicembre 2000, n. 1262, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce «Arbitrato», n. 132, Cass., 8 novembre 2001, n. 13840, in *Studium iuris*, 2002, 658; Cass., 27 novembre 2001, n. 15023, in *Riv. dir. proc.*, 2002.

CAPITOLO TERZO

LA NOVELLA DEL 2006 TRA AFFERMAZIONE DELLA NATURA GIURISDIZIONALE DELL' ARBITRATO ED IL NUOVO PRINCIPIO DI *KOMPETENZ-KOMPETENZ* DELL' ARBITRO

SOMMARIO: 1. PREMESSA – 2. IL PRINCIPIO DI *KOMPETENZ-KOMPETENZ* E LA NUOVA DISCIPLINA DELL'ECCEZIONE DI INCOMPETENZA ARBITRALE – 2.1 IL PRINCIPIO DI *KOMPETENZ-KOMPETENZ* ED IL REGIME DEI VIZI ECCEPIBILI – 2.1.2 L'INDISPONIBILITÀ DEL DIRITTO CONTROVERSO E LE CONTESTAZIONI SUL CONTENUTO E L' AMPIEZZA DELLA CONVENZIONE D' ARBITRATO – 2.1.3 INESISTENZA, INVALIDITÀ ED INEFFICACIA DELLA CONVENZIONE DI ARBITRATO – 2.1.4 ESORBITANZA DELLE CONCLUSIONI DAI LIMITI DEL PATTO COMPROMISSORIO E LE CONTESTAZIONI RELATIVE AL CONTENUTO E ALL'AMPIEZZA DEL PATTO COMPROMISSORIO – 2.1.5 IRREGOLARITÀ NELLA COMPOSIZIONE DEL COLLEGIO ARBITRALE – 2.2 IL REGIME PRECLUSIVO PER LA PROPOSIZIONE DELL' ECCEZIONE DI INCOMPETENZA DELL' ARBITRO – 2.2.1 LA MANCATA PROPOSIZIONE DELL' ECCEZIONE DI INCOMPETENZA ED I SUOI EFFETTI – 3 LA DECISIONE SULL'ECCEZIONE DI INCOMPETENZA DEGLI ARBITRI PRIMA DELLA RIFORMA – 3.1 I RISVOLTI INTERPRETATIVI A SEGUITO DELLA RIFORMA – 4 L'IMPUGNAZIONE DEL LODO CHE DECIDE SUL POTERE DECISORIO DEGLI ARBITRI. L' IMPUGNAZIONE PER NULLITÀ – 4.1 IL GIUDIZIO DI NULLITÀ DI FRONTE LA CORTE D' APPELLO ED ALCUNE QUESTIONI DI COORDINAMENTO

1. Premessa

Come esaminato nel precedente capitolo, il codice del 1940 non recava alcuna disposizione riguardante il potere degli arbitri di poter statuire sulla propria competenza nel caso la stessa fosse stata contestata nel corso del procedimento arbitrale. Con il tempo tale potere fu riconosciuto agli arbitri dalla giurisprudenza e dalla dottrina più attenta che ammisero la possibilità per gli arbitri di decidere le questioni inerenti la propria investitura ovvero quelle relative all'esistenza, validità ed efficacia della convenzione arbitrale.

Fino alla pronuncia n. 527/2000 della Corte di Cassazione a Sezioni Unite tale potere si fondava sull' assimilazione dell' eccezione di difetto di *potestas iudicandi* all' eccezione d' incompetenza, anche tenendo in considerazione il disposto dell' art. 829, 1° comma c.p.c.²⁶⁷ che implicitamente ammetteva l' operatività anche in

²⁶⁷ Il quale ammettendo l'impugnazione del lodo per nullità del patto compromissorio implicitamente consentiva il sindacato degli arbitri sulla validità di tale accordo. Cfr. ANDRIOLI, *Commento*, cit., 834-845; SCHIZZEROTTO, *Dell' arbitrato*, cit., 223; VECCHIONE, *L' arbitrato*, cit., 105 ss.

favore dell' arbitro del principio di *kompetenz-kompetenz*. Tuttavia, come già delineato nel precedente capitolo, il principio era inteso solo in senso positivo, ovvero come principio attributivo agli arbitri del potere di decidere della propria *potestas iudicandi*, senza che ciò escludesse il riconoscimento di un analogo potere in capo all' autorità giudiziaria ordinaria che, fino al recente orientamento della fine degli anni Novanta sulla litispendenza a senso unico, avrebbe conservato il proprio potere di decidere in ordine alle questioni relative alla propria competenza.

I diversi orientamenti sviluppatasi sulla natura dell' arbitrato ed i conseguenti rapporti tra giudice ed arbitro furono sopiti dal *revirement* della Corte di Cassazione che abbracciò totalmente la tesi privatistica dell'arbitrato. Orientamento che si consolidò²⁶⁸, nonostante le critiche mosse dalla dottrina²⁶⁹ e la successiva pronuncia della Corte Costituzionale²⁷⁰. Fu infatti stabilito che gli arbitri avrebbero potuto sollevare l'incidente di costituzionalità, ritenendo sufficiente, ai fini della configurabilità del giudice *a quo*, l'esercizio di funzioni giudicanti per l'obiettivo applicazione della legge da parte di soggetti posti in posizione *super partes* ed affermando, in tal modo, la fungibilità dell'attività svolta dagli arbitri rituali rispetto a quella dei giudici ordinari²⁷¹.

Le conclusioni relative alla natura privatistica dell' arbitrato furono, pertanto, estese ai rapporti fra arbitrato e processo ordinario e la giurisprudenza abbandonò il proprio antico orientamento secondo il quale l'*exceptio compromissi* doveva ritenersi

²⁶⁸ Cass., Sez. Un., 6 giugno 2003, n. 9070, in *Riv. arb.*, 2004, 299.

²⁶⁹ Sul salto logico sussistente fra la natura non giurisdizionale dell'arbitrato e la qualificazione dell'*exceptio compromissi* in termini di eccezione di merito, BOVE, *Sul regime dell'eccezione di patto compromissorio rituale*, in *Riv. arb.*, 2004, 251 ss.; NELA, *Arbitrato rituale e regolamento necessario di competenza*, in *Giur. it.*, 2001, I, 1, 2039; CAVALLINI, *L' arbitrato rituale*, cit., 31 ss.; RUFFINI, *Sub art. 819 ter*, in AA. VV. (a cura di) RUBINO SAMMARTANO, *Arbitrato, ADR conciliazione*, Bologna, 2009, 368 ss.. La stessa dottrina era poi preoccupata dei rischi che potevano derivare da tale approccio privatistico rispetto alla circolazione del lodo italiano all'estero. Sul punto, E.F. RICCI, *La never ending story della natura negoziale del lodo: ora la Cassazione risponde alle critiche*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 565; ID., *La Cassazione insiste sulla natura «negoziale» del lodo arbitrale. Nuovi spunti critici* (nota a Cass., 27 novembre 2001, n. 15023), in *Riv. dir. proc.*, 2002, 1240; ID., *La «funzione giudicante» degli arbitri e l'efficacia del lodo (Un grand arrêt della Corte Costituzionale)*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 364.

²⁷⁰ Corte Cost., 28 novembre 2001, n. 376, in *Giust. civ.*, 2001, I, 2883, con nota di Vaccarella, *Il coraggio della concretezza in una storica decisione della Corte costituzionale*.

²⁷¹ E.F. RICCI, *La «funzione giudicante degli arbitri» e l'efficacia del lodo (Un grand arret della Corte Costituzionale)*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 372 il quale osserva che se l'arbitrato fosse stato fenomeno puramente negoziale non vi sarebbe stato alcun obbligo per le parti e per gli arbitri mandatarî *ad negotia* di applicare norme legittime sotto il profilo costituzionale.

assimilabile a un'eccezione d'incompetenza, ma ritenne che la stessa dovesse qualificarsi quale eccezione di merito²⁷².

La diatriba dottrinale e giurisprudenziale è stata superata con la riforma del codice di rito introdotta con il d. lgs. 2 febbraio 2006, n. 40²⁷³ con cui il legislatore ha fugato ogni dubbio in ordine alla natura giurisdizionale dell'arbitrato²⁷⁴ ed ha ricondotto i rapporti tra giudice ed arbitro ad una disciplina simile a quella della competenza²⁷⁵. Un "ritorno all'antico"²⁷⁶ che ha escluso espressamente la possibile qualifica della *potestas iudicandi* degli arbitri quale questione di merito²⁷⁷.

²⁷² Cass., 21 luglio 2004, n. 13516, in *Corr. giur.*, 2005, 651, con nota di MURONI, *La litispendenza arbitrale prima e dopo la novella del 1994: rapporto processuale e rapporto negoziale parti-arbitri*; Cass., Sez. Un., 25 giugno 2002, n. 9289, in *Riv. arb.*, 2002, 511, con nota di BRIGUGLIO, *Le Sezioni Unite ed il regime della eccezione fondata su accordo compromissorio* Cass., 4 giugno 2001, n. 7533, in *Corr. giur.*, 2001, 1448, con nota di CONSOLO-MURONI, *L'eccezione di arbitrato rituale come eccezione "di merito" e la supposta inammissibilità del regolamento di competenza*; Cass., 30 dicembre 2003, n. 19865; Cass., 8 agosto 2001, n. 10925, in *Giust. civ.*, 2002, I, 71.

²⁷³ Riforma introdotta dal d. lgs. 2 febbraio 2006 n. 40, applicabile ai procedimenti arbitrali instaurati successivamente al 2 marzo 2006.

²⁷⁴ Tale tesi trova riscontro nell'introduzione dell'art. 824 bis c.p.c. a mente del quale l'efficacia del lodo rituale è stata equiparata a quella della sentenza resa dall'autorità giudiziaria dal momento della sua ultima sottoscrizione, salva soltanto la necessità di conseguire l'esecutività nel caso in cui esso rechi una statuizione di condanna. Per questo anche il lodo arbitrale è divenuto idoneo ad acquisire l'autorità della cosa giudicata di cui all'art. 2909 c.c. Si veda sul punto, Cass. Sez. Un., 25 ottobre 2013, n. 24153, in *Corr. giur.*, 2014, 87, con nota di VERDE, *Arbitrato e giurisdizione: le Sezioni Unite tornano all'antico*. Tale virata verso la natura giurisdizionale dell'arbitrato trova riscontro anche in altre disposizioni come l'art. 816 *quinques* c.p.c. che sancisce l'applicabilità al procedimento arbitrale dell'art. 111 c.p.c. in tema di successione a titolo particolare nella *res litigiosa*, l'art. 819 bis c.p.c. che estende al procedimento arbitrale la regola di cui all'art. 337, 2° comma, c.p.c., l'art. 818 c.p.c. con cui il legislatore ha in una certa misura concesso agli arbitri di il potere di rendere misure cautelari, nonché l'art. 819 ter c.p.c. che, come vedremo meglio, sembra ricondurre i rapporti fra arbitro e processo ordinario alla categoria della competenza. In tal senso, BOVE, *Ancora sui rapporti tra arbitro e giudice statale*, in *Riv. arb.*, 2007, 358; VERDE, *Lineamenti*, cit., 165. A sostegno della natura negoziale dell'arbitrato anche a seguito della riforma e dell'inidoneità del lodo al passaggio in giudicato, PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., II, 2012, 407 ss.; ID., *Luci ed ombre nella riforma dell'arbitrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 404 e 430 ss.; ID., *Ancora sulla legge delega in tema di arbitrato: riaffermazione della natura privatistica dell'istituto*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 975; ODORISIO, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 253

²⁷⁵ Rapporti oggi disciplinati dagli articoli 817 e 819 *ter* dello stesso codice, rubricati rispettivamente "Eccezione d'incompetenza" e "Rapporti tra arbitri e autorità giudiziari". MANDRIOLI-CARRATTA, *I procedimenti speciali, l'arbitrato e la mediazione*, 22. ed., Torino, Giappichelli, 2012, 412; CAVALLINI, *L'arbitrato rituale*, cit., 130 ss.; NELA, *Le recenti riforme nel processo civile*, Commentario diretto da S. Chiarloni, Zanichelli, 2007, 1769-1771.

²⁷⁶ NELA, *Le recenti riforme nel processo civile*, cit., 1770 il quale ricorda come la giurisprudenza e la dottrina maggioritaria precedente alla sentenza 527/2000 escludeva che l'eccezione di convenzione arbitrale fosse di merito ed utilizzava varie definizioni tutte operanti sul piano processuale. Cfr. Cass., 5 agosto 1968, n. 2803, in *Giust. civ.*, 1969, I, 682; Cass., 6 gennaio 1983, n. 66 *Mass. Foro it.*, 1983; Cass., 10 novembre 1998, n. 11294, in *Riv. arb.*, 1999, 89; Cass. 28 agosto 2000, n. 11218, in *Riv. arb.*, 2001, 689. Il dibattito risale a CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II ed., Napoli, 1935, 70 per il quale l'eccezione di compromesso costituiva una "eccezione di improponibilità". In dottrina, *inter alia*, BONGIORNO, *Sulla*

In particolare, per quanto rileva ai fini della presente indagine, la riforma ha profondamente innovato il testo dell'art. 817 c.p.c. ed ha accolto ufficialmente il principio della *kompetenz-kompetenz* nell'ambito del procedimento arbitrale. I risvolti pratici ed interpretativi di tale novella saranno analizzati nel presente e seguente capitolo.

2. Il principio di *kompetenz-kompetenz* e la nuova disciplina dell'eccezione di incompetenza arbitrale

Il nuovo art. 817 del codice di rito, sebbene abbia mantenuto l'identica rubrica "*Eccezione di incompetenza*", è stato profondamente riformato dal legislatore dell'ultima novella determinando, secondo alcuni, un'assimilazione del giudizio arbitrale al giudizio che si svolge avanti l'autorità giudiziaria²⁷⁸ ed estendendo anche al procedimento arbitrale il principio, proprio del giudizio ordinario, secondo cui ciascun giudice è giudice della propria competenza. Inoltre, il nuovo dettato normativo ha rafforzato il contenuto della norma²⁷⁹ ponendo un secondo riferimento alla questione di "competenza" anche nel corpo del testo del 1° comma il quale dispone espressamente che in caso di contestazione della *potestas iudicandi* degli arbitri questi "*decidono sulla propria competenza*"²⁸⁰.

In particolare, il nuovo dettato dell'articolo 817 oggi espressamente statuisce al suo 1° comma che: "*Se la validità, il contenuto o l'ampiezza della convenzione d'arbitrato o la regolare costituzione degli arbitri sono contestate nel corso dell'arbitrato, gli arbitri decidono sulla propria competenza*". Il legislatore ha perciò rigettato in maniera esplicita quelle soluzioni che proponevano l'arresto del processo arbitrale in attesa che la contestazione fosse risolta dal giudice

«eccezione di incompetenza» nel processo arbitrale, in *Riv. dir. proc.*, 1974, 135 ss; ACONE, *Arbitrato e competenza*, in *Riv. arb.*, 1996, 249 ss.; SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 210 ss.; CONSOLO, *Corollari applicativi e qualche instabilità della nuova stagione giurisprudenziale sull'arbitrato*, in *Rass. forense*, 2004, 940.

²⁷⁷ Secondo il *revirement* della Cass. Sez. Un., 3 agosto 2000, n. 527 che si trova pubblicata in *Corr. giur.*, 2001, 51.

²⁷⁸ BRIGUGLIO-CAPPONI-ATTERITANO, *Commentario alle riforme del processo civile // Arbitrato: Entrata in vigore delle nuove discipline sul giudizio di Cassazione e sull'arbitrato*: L. 14 maggio 2005, n. 80; D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40; L. 18 giugno 2009, n. 69, Padova, CEDAM, 2009), 817.

²⁷⁹ SALVANESCHI, *Arbitrato*, Bologna, Zanichelli, 2014, 555.

²⁸⁰ Già in passato ammesso da MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile*, I, Torino, 1902, 703; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, Napoli, 1964, 834; VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Napoli, 1971, 326 ss.

togato²⁸¹. Tuttavia, al di là di questa chiara affermazione, sono numerosi i problemi sistematici ancora aperti²⁸²: dalla questione di come operi il meccanismo dell'eccezione di competenza dinnanzi agli arbitri, alla natura della decisione presa sul punto dagli arbitri fino a giungere al caso della proponibilità di un' eventuale azione autonoma di accertamento della sola *potestas iudicandi* di fronte la corte statale.

Viene accolto in tal modo nel procedimento arbitrale il principio della *kompetenz-kompetenz* nella sua accezione prima, sulla scia di quanto riconosciuto espressamente dalle legislazioni di molti altri Stati²⁸³ ed in linea con le convenzioni internazionali²⁸⁴ in materia di diritto dell' arbitrato commerciale internazionale.

La norma pone una decisa e chiara relazione fra “*la validità, il contenuto o l'ampiezza della convenzione di arbitrato o la regolare costituzione degli arbitri*”, da un lato, e la decisione degli arbitri sulla propria *potestas iudicandi*, dall'altro. Parrebbe dunque

²⁸¹ Secondo l'insegnamento di MORTARA, op. cit., 88 per il quale nel caso fosse sorta una questione relativa alla validità del patto compromissorio, gli arbitri avrebbero dovuto sospendere il procedimento ai sensi dell'art. 819 del codice di rito in attesa che sul punto si pronunciasse il giudice ordinario, in quanto i giudici privati avrebbero potuto conoscere incidentalmente solo delle contestazioni relative all' ampiezza del patto arbitrale. Cfr. anche, LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., 155.

²⁸² SALVANESCHI, *Arbitrato*, Bologna, Zanichelli, 2014, 562.

²⁸³ Si veda ad esempio in Germania §1040 ZPO a tenore del quale il tribunale arbitrale può decidere le questioni riguardanti la propria *potestas iudicandi* con un provvedimento impugnabile entro un mese dalla sua notifica, (“§ 1040 (3) *Hält das Schiedsgericht sich für zuständig, so entscheidet es über eine Rüge nach Absatz 2 in der Regel durch Zwischenentscheid. In diesem Fall kann jede Partei innerhalb eines Monats nach schriftlicher Mitteilung des Entscheids eine gerichtliche Entscheidung beantragen. Während ein solcher Antrag anhängig ist, kann das Schiedsgericht das schiedsrichterliche Verfahren fortsetzen und einen Schiedsspruch erlassen*”). Cfr., WALTER, *La nuova disciplina dell'arbitrato in Germania (una comparazione Germania-Svizzera-Italia)*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, 670 ss. Come esaminato nel primo capitolo, anche l'art. 30 dello UK *Arbitration Act* statuisce i casi in cui gli arbitri possono decidere sulla propria competenza (§30. *Competence of tribunal to rule on its own jurisdiction. (1) Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may rule on its own substantive jurisdiction, that is, as to— (a) whether there is a valid arbitration agreement, (b) whether the tribunal is properly constituted, and (c) what matters have been submitted to arbitration in accordance with the arbitration agreement.*). Per un approfondimento, ZUFFI, *L'arbitrato nel diritto inglese. Studio comparatistico sulla natura dell'arbitrato e sull'imparzialità dell'arbitrato in Inghilterra*, Giappichelli, 2008. In Francia, invece, il nuovo articolo 1465 stabilisce che l'arbitro è l'unico competente a statuire sul proprio potere decisorio (“*Le tribunala rbitral est seul compétent pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel*”). Disposizione che, come esaminato nel primo capitolo, trova completamento nell' articolo 1448. Per un approfondimento prima della recente riforma francese, BERMANN, *Le role respectif des cours et des arbitres dans la détermination de la compétence arbitrale*, in AA. VV., *L'arbitrage*, Parigi, 2009, 121 ss.

²⁸⁴ Cfr. Art. 5, comma 3 della convenzione europea sull' arbitrato commerciale internazionale adottata a Ginevra il 21 aprile 1961 – ratificata in Italia con legge 10 maggio 1970, n. 418 (pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 6 luglio 1970, n. 167) – a tenore del quale: “*Salvi restando i controlli giudiziari ulteriori previsti dalla legge del foro, l'arbitro la cui competenza sia contestata non deve disinteressarsi del caso; egli ha il potere di pronunciarsi sulla propria competenza e sull'esistenza o validità della Convenzione d'arbitrato o del contratto di cui detta convenzione fa parte.*”. Anche la Legge Modello UNCITRAL all' art. 16 prevede: “*Article 16. Competence of arbitral tribunal to rule on its jurisdiction (1) The arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement*”. Sebbene, come già osservato dalla dottrina, il nostro ordinamento non abbia accolto il c.f. effetto negativo sancito a livello internazionale dall'art. 8 della legge modello UNCITRAL. Sul punto, CAVALLINI, *L'arbitrato rituale*, cit., 155.

che il legislatore abbia fatto propria la tesi risalente²⁸⁵ secondo cui è una questione “sulla competenza” la contestazione della *potestas iudicandi* arbitrale sollevata nel corso del procedimento sulla base della invalidità, inefficacia ed ampiezza della convenzione arbitrale, *ivi* compresa la irregolare costituzione del tribunale arbitrale. Escludendo in modo esplicito che la questione della *potestas iudicandi* degli arbitri sia una questione di merito²⁸⁶.

E' doveroso tuttavia sottolineare sin da subito che la maggioranza della dottrina, anche alla luce della recente pronuncia della Consulta n. 223/2013²⁸⁷, ritiene che il riferimento alla “competenza” venga usato dalla norma in senso atecnico²⁸⁸ e che probabilmente tale termine sottolinea solo la volontà del legislatore di ritornare al vecchio orientamento che considerava tale questione di natura processuale. Pertanto, la nuova disposizione non farebbe altro che rigettare la qualificazione della *potestas iudicandi* degli arbitri in termini di questione di merito²⁸⁹ ed introdurrebbe comunque la possibilità per gli arbitri di rendere una “decisione sulla competenza”, espressione del potere spettante a ciascun organo giudicante di verificare la correttezza della propria investitura²⁹⁰ e non già quale espressione di quella frazione o misura della giurisdizione²⁹¹.

Alla luce di tale innovazione, sulla competenza dell'arbitro non potrà decidere il giudice statale ed il legislatore sembra aver accolto l'opzione tesa a rafforzare la scelta arbitrale²⁹², ponendo una riserva a favore degli arbitri nel

²⁸⁵ Come già evidenziato, in passato la giurisprudenza prevalente assimilava l'eccezione di compromesso a quella di incompetenza, sicché la sentenza che riteneva presente un valido patto compromissorio e negava la spettanza della lite al giudice statale si riteneva impugnabile con regolamento di competenza. Cfr. Cass. 11 ottobre 1999, n. 11383, in *Mass. Foro it.*, 1999; Cass., 8 luglio 1996, n. 6205, in *Riv. Arb.*, 1997, 325 con nota di Vaccarella, Sulla competenza esclusiva del collegio arbitrale a giudicare della propria competenza.

²⁸⁶ NELA, *Commento all' art. 817 eccezione d' incompetenza*, in AA. VV., *Le recenti riforme del processo civile*, a cura di S. Chiarloni e C. Besso, Bologna, Zanichelli, 2007, vol. 6, 1769 ss..

²⁸⁷ IZZO, *La convenzione arbitrale*, cit., 151 ss.

²⁸⁸ LUISO, *Diritto processuale civile. La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, vol. 5, VI ed., 2011, 154; ID., *Rapporti tra arbitro e giudice*, in AA. VV. *La riforma della disciplina dell' arbitrato*, a cura di Fazzalari, cit., 368; MOTTO, *In tema di clausola compromissoria: forma, oggetto, rilevanza del comportamento delle parti per la determinazione di esso*, in *Riv. arb.*, 2006, 92; Izzo, *La convenzione arbitrale nel processo.*, cit., p. 151 ss. e 224.

²⁸⁹ Tanto che alla luce del nuovo art. 824-bis c.p.c. anche la Cassazione ha rimeditato il proprio orientamento negoziale del lodo. Cfr., Cass., Sez. Un., 25 ottobre 2013, n. 24153, in *Foro it.*, 2013, I, 3407.

²⁹⁰ IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 224 ss.

²⁹¹ Secondo la definizione chiovendana di competenza quale “frazione di giurisdizione che in concreto spetta ad un determinato giudice rispetto ad una determinata causa”. Cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Roma, 1935, II, 135. Definizione accolta da LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1980, 47.

²⁹² Sebbene possa evidenziarsi una certa preferenza del legislatore nei confronti della tutela ordinaria. Sul punto, CAVALLINI, *L'arbitrato rituale*, cit., 144 ss.

deliberare sulla validità e l'estensione della convenzione arbitrale²⁹³. Un principio che trova una protezione sia nel primo comma del successivo art. 819-ter c.p.c.²⁹⁴ a tenore del quale la pendenza della stessa causa, o di una causa connessa, davanti al giudice dello Stato non esclude la “competenza” degli arbitri²⁹⁵, che nel terzo comma dello stesso articolo il quale vieta la proposizione di domande giudiziali aventi ad oggetto l'invalidità o l'inefficacia della convenzione di arbitrato²⁹⁶, senza però vietare, secondo alcuni autori che, nel caso fosse iniziata la medesima lite sul merito della questione di fronte il giudice ordinario, possa essere sollevata invece la relativa eccezione²⁹⁷.

2.1 Il principio di *kompetenz-kompetenz* ed il regime dei vizi eccezionali

Il previgente art. 817 c.p.c. disciplinava semplicemente il caso dell'esorbitanza delle conclusioni dai limiti del patto compromissorio quale motivo che poteva essere usato dalle parti per contestare la *potestas iudicandi* degli arbitri. Il nuovo I° comma del disposto della riforma ha, invece, introdotto una serie di fattispecie non omogenee tra di loro²⁹⁸ che, se constatate nel corso dell'arbitrato e nei termini scaduti dalla stessa norma, porteranno gli arbitri ad esercitare il proprio

²⁹³ “...questa disposizione si applica anche se i poteri degli arbitri sono contestati in qualsiasi sede per qualsiasi ragione sopravvenuta nel corso del procedimento”.

²⁹⁴ E.F. RICCI, *In tema di litispendenza tra arbitrato e procedimento di impugnazione contro precedente lodo*, in AA. VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Jovene Editore 2010, 689 il quale osserva che l'art. 819-ter “vuole proteggere la convenzione di arbitrato dagli ostacoli, che le iniziative davanti all'autorità giudiziaria potrebbero suscitare contro la sua attuazione”.

²⁹⁵ Per tale soluzione già proposta in passato, cfr. Cass. 9 aprile 1998, n. 3676, in *Riv. arb.*, 1998, 501 ss.; E.F. RICCI, *L'arbitrato di fronte alla litispendenza giudiziaria*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 500 ss.

²⁹⁶ Sulla falsariga di quanto già previsto dalla Convenzione di Ginevra sull'arbitrato commerciale internazionale del 21 aprile 1961 che all'art. 6, ultimo comma prevede: “Qualora, prima di qualsiasi ricorso ad un tribunale giudiziario, una procedura di arbitrato sia stata introdotta, i tribunali giudiziari degli Stati contraenti, investiti successivamente di un'istanza sulla medesima vertenza tra le stesse Parti oppure di un'istanza sulla constatazione dell'inesistenza, della nullità o della caducità della convenzione d'arbitrato, si asterranno, salvo gravi motivi, dal pronunciarsi sulla competenza dell'arbitro fino alla pronuncia della sentenza arbitrale”.

²⁹⁷ BOCCAGNA, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in AA. VV., *Commento al codice di procedura civile commentato*, diretto da Consolo, IV ed., Milano, 2010, 1932, il quale precisa che “l'instaurazione del giudizio arbitrale, pur non privando il giudice del potere di pronunciare sull'eccezione di compromesso, limiterebbe l'ampiezza del suo controllo al riguardo, consentendogli di sindacare unicamente l'investitura originaria del collegio: sicché, una volta accertato che quest'ultimo è stato ritualmente investito di potestas iudicandi, ogni altra contestazione della competenza arbitrale (derivante da “ragioni sopravvenute”: si pensi all'estinzione del patto compromissorio a norma dell'art. 816 septies) potrebbe essere risolta unicamente dagli arbitri”.

²⁹⁸ Tutte ascrivibili alla categoria dei presupposti dell'arbitrato che gli arbitri sono tenuti a verificare all'inizio del procedimento. Sul punto, OCCHIPINTI, *La cognizione degli arbitri sui presupposti dell'arbitrato*, Giappichelli Editore: Torino, 2011.

potere-dovere di conoscere della propria competenza. In particolare la nuova disciplina ammette cinque motivi fondanti il potere degli arbitri di statuire sulla propria *potestas iudicandi*:

- ✓ L'indisponibilità del diritto controverso;
- ✓ Le contestazioni relative al contenuto o all'ampiezza della convenzione d'arbitrato;
- ✓ L'inesistenza, invalidità o inefficacia della convenzione d'arbitrato;
- ✓ L'esorbitanza delle conclusioni dai limiti del patto compromissorio;
- ✓ L'irregolarità nella costituzione del tribunale arbitrale.

Una serie di questioni estremamente differenti tra di loro, ma che hanno in comune di essere suscettibili di incidere sul potere decisorio degli arbitri nell'ambito del procedimento in cui siano rilevate.

E' opportuno, dunque, approfondire come operi il meccanismo che può portare l'arbitro a dare attuazione al principio di *Kompetenz-Kompetenz*.

2.1.2 L' indisponibilità del diritto controverso e le contestazioni sul contenuto e l' ampiezza della convenzione d' arbitrato

Il principale limite degli arbitri di conoscere una determinata controversia è indicato dall' art. 806, 1° comma c.p.c. ai sensi del quale le parti possono demandare agli arbitri la decisione di tutte quelle controversie che non abbiano ad oggetto diritti indisponibili o in riferimento alle quali la legge non vieti espressamente il ricorso alla giustizia arbitrale. Sotto il profilo letterale l' attuale formulazione dell' art. 806, 1° comma c.p.c. riecheggia il contenuto del previgente disposto il quale sanciva la nullità della transazione relativa a diritti sottratti alla disponibilità delle parti per loro natura o per espressa disposizione di legge. Il nuovo art. 806, comma 1° ha sancito il principio per cui in linea generale tutte le controversie sono deferibili in arbitrato, salvo che per la loro natura o per espressa ed eccezionale disposizione di legge siano sottratte alla disponibilità delle parti. Fra le principali ipotesi di divieto di arbitrato su diritti indisponibili particolare rilievo

assumono quelle relative a questioni di famiglia, ai diritti personalissimi e ai diritti indisponibile tutelati da norme inderogabili in materia societaria²⁹⁹, mentre il settore del diritto del lavoro e dei contratti pubblici hanno ricevuto una propria disciplina³⁰⁰. La nuova norma, introducendo il criterio della disponibilità dei diritti quale parametro della compromettibilità del diritto controverso, ha rescisso quel legame tra arbitrabilità e transigibilità dei diritti, ammettendo la deferibilità in arbitrato delle controversie relative alla nullità del contratto su cui la dottrina aveva tanto dibattuto a lungo³⁰¹ in passato. La norma non pare introdurre alcun novità sulla nozione di arbitrabilità³⁰² già consolidatasi in passato. Rientreranno perciò nella categoria dell' indisponibilità posizioni soggettive che vengono sottratte alla libera trasferibilità tra le parti, a protezione di interessi di carattere superindividuali.

Si deve tuttavia ricordare che l' indisponibilità del diritto preclude agli arbitri esclusivamente la decisione con efficacia di giudicato, in quanto il nuovo art. 819, comma 1, c.p.c. ha concesso agli arbitri il potere di conoscere incidentalmente anche le questioni non arbitrabili rilevanti per il giudizio e per le quali la legge non richiede una pronuncia con efficacia di giudicato³⁰³.

²⁹⁹ Nelle società di diritto italiano che non fanno ricorso al mercato di capitale di rischio ex art. 2325 bis c.c. si applica il divieto dell'art. 34, d. lgs. n. 5/2003 che, dopo aver dichiarato compromettibili le controversie societarie relative a diritti disponibili, nega l'arbitrabilità delle liti per le quali sia obbligatorio l'intervento del P.M. (cfr. artt. 2446, 4° comma c.c. e 2487, ultimo comma c.c.).

³⁰⁰ Legge 4 novembre 2010, n. 183 che ha introdotto il c.d. Collegato lavoro.

³⁰¹ Per un'ampia sintesi prima della riforma del d. lgs. n. 40/2006, NELA, *Commento all' art. 806 c.p.c.*, AA. VV., *Le recenti riforme del processo civile*, a cura di Chiarloni, Bologna, 2007, II, 1597. Secondo l'opinione prevalente, il richiamo operato dal previgente art. 806 c.p.c. all' art. 1966 c.c. implicava che i limiti di arbitrabilità delle liti dovessero essere ricavati dalla disciplina della transazione. Poiché l'art. 1972, comma 2° c.c. prevede la nullità della transazione su contratto illecito, si riteneva che anche l'eventuale arbitrato su tale materia fosse nullo.

³⁰² Con riferimento alla nozione di arbitrabilità e di diritto disponibile prima della riforma operata con il d. lgs. n. 40/2006, BERNARDINI, *Il diritto dell'arbitrato*, Bari, 1998, 43 ss.; BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri*, Torino, 1999, I, 17; CARPI-ZUCCONI GALLI FONSECA, *Commentario sub artt. 806 – 809*, in AA.VV., *Arbitrato*, a cura di Carpi, I ed., Bologna, 2001, 13 ss.; FAZZALARI, *L' arbitrato*, Torino, 1997, 36 ss.; FADDA-IASIELLO, *Le questioni arbitrabili*, in AA.VV., *L' arbitrato. Profili sostanziali*, a cura di Alpa, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.*, Torino, 1999, I, 270 ss.; IRTI, *Compromesso e clausola compromissoria nella nuova legge sull' arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1994, 651 ss. Dopo la riforma, NELA, *Sub art. 806 c.p.c.*, in AA. VV., *Le recenti riforme del processo civile*, a cura di Chiarloni, Bologna, 2007, II, 1585; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 806 c.p.c.*, in AA.VV., *Arbitrato*, a cura di Carpi, Zanichelli, 2004, 16 ss.; MOTTO, *Sub art. 806 c.p.c.*, in AA. VV., *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di Briguglio e Capponi, Padova, 2009, III, 2, 463 ss.; E.F. RICCI, *La convenzione di arbitrato e le materie arbitrabili nella riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 759 ss.

³⁰³ Mentre nell' ipotesi in cui sia necessaria la pronuncia con efficacia di giudicato dovrà essere sospeso ai sensi dell'art. 819 bis c.p.c. Cfr. NELA-CATALANO, *sub art. 819 c.p.c.*, in *Le recenti riforme del processo civile*, a cura di Chiarloni, Bologna, 2007, II, 1789.

La seconda categoria di vizi che impediscono agli arbitri in sede di procedimento arbitrale di poter affermare la propria *potestas iudicandi* è costituita da quelli relativi al contenuto e all'ampiezza della convenzione arbitrale. Saranno riconducibili in tale fattispecie tutte quelle ipotesi in cui alla cognizione degli arbitri vengano sottoposte controversie non rientranti nei confini della convenzione d'arbitrato. Sovente, infatti, gli arbitri hanno affrontato la questione della propria competenza e dell'ambito oggettivo di applicazione della clausola compromissoria con riferimento a domande in materia di concorrenza sleale, escludendo di potersi pronunciare nelle ipotesi di storni di dipendenti o in casi di responsabilità extracontrattuale poichè la clausola compromissoria conferiva loro solo il potere di decidere le controversie che vertevano sull'interpretazione e l'esecuzione delle obbligazioni contrattuali e, pertanto, hanno dichiarato inammissibili le domande relative all'accertamento di atti di concorrenza sleale³⁰⁴. Resta inteso che la determinazione delle questioni rientranti nell'ambito delle dispute riferibili in arbitrato dipenderà molto dalla costruzione della convenzione arbitrale. Tali questioni, infatti, sono le uniche che dovrebbero essere ricondotte sotto alla "competenza" degli arbitri. In caso contrario, l'arbitro dovrà ritenere la domanda inammissibile tutte le volte che la questione portata al suo esame fuoriesca in tutto o in parte dalla convenzione di arbitrato³⁰⁵. Andranno invece ricondotte nella categoria dell'inesistenza della convenzione arbitrale, le ipotesi in cui l'arbitrato venga azionato nei confronti di soggetti che non abbiano stipulato alcun accordo compromissorio.

2.1.3 Inesistenza, invalidità ed inefficacia della convenzione di arbitrato

Il potere degli arbitri scaturisce dall'esistenza di una valida ed efficace convenzione arbitrale. E' lecito quindi chiedersi se è possibile ricorrere al principio di *kompetenz-kompetenz* nel caso sia contestata l'effettività della fonte da cui gli arbitri traggono il proprio potere decisorio qualora, ad esempio, si assuma che la convenzione arbitrale non sia stata stipulata, oppure sia stata sottoscritta da chi non

³⁰⁴ AUGUSTO, *Nota a lodo (arbitrato irrituale) pronunciato da collegio arbitrale di Milano in data 31 gennaio 2007*, in AA.VV., *L'arbitrato. Analisi e commenti dalla recente prassi*, Ordine dei dottori commercialisti e degli esperti contabili di Milano, n. 29, 25-30.

³⁰⁵ RAMPAZZI, *Sub art. 817 c.p.c.*, in AA. VV., *Commentario breve al codice di procedura civile*, VI ed., Padova, 2009, 2543

aveva i poteri, che la stessa non sia stata specificamente approvata per iscritto o che, in ogni caso, abbia perso l'originaria validità per sopravvenuta caducazione, inapplicabilità o inefficacia.

In merito a tali questioni, prima della riforma del 2006 era invalsa una prassi giudiziaria abbastanza criticabile, poiché la parte che non gradiva più la convenzione arbitrale usava il classico espediente di citare la controparte di fronte al giudice civile ordinario e, dopo che la parte convenuta avesse sollevato l'*exceptio compromissi*, contestava con qualsiasi pretesto l'esistenza, la validità o l'efficacia della convenzione arbitrale chiedendo al giudice di dichiararla nulla e trattenere la causa di fronte a sé per la decisione. In tal modo la parte che aveva intrapreso il giudizio ordinario riusciva ad aggirare, almeno temporaneamente, la convenzione arbitrale e, nella migliore delle ipotesi, a vanificarne la portata in assoluto³⁰⁶. A seguito della riforma tale pratica giudiziaria è stata ampiamente arginata, sia attraverso l'introduzione dell'art. 819-ter³⁰⁷ c.p.c., che con l'introduzione di un nuovo motivo in base al quale gli arbitri potranno decidere sulla propria *potestas iudicandi*. Al riguardo, l'art. 817 prevede oggi una rilevante novità.

Il 1° e al 2° comma dell'art. 817 descrivono, infatti, il terzo gruppo di vizi suscettibili di incidere sulla competenza degli arbitri: l'inesistenza, l'invalidità ed inefficacia della convenzione arbitrale. Il disposto sottopone al medesimo regime tali vizi. Sebbene poi il successivo art. 829, comma 1, c.p.c. nel richiamare espressamente questa disposizione, tenendone ferma l'applicazione, si riferisce solo all'invalidità della convenzione, è giusto ritenere che, nonostante l'invalidità da un punto di vista civilistico sia una nozione tecnica ben diversa dall'inesistenza ed inefficacia, la norma dedicata ai motivi di impugnazione per nullità richiami espressamente questa disposizione e renda chiaro che anche inesistenza e inefficacia sono vizi della convenzione di arbitrato che danno comunque ingresso all'impugnazione del lodo solo se dedotti secondo i termini dell'art. 817³⁰⁸. In mancanza, qualunque forma di nullità della convenzione arbitrale potrà degradare a nullità sanabile se non eccedeva entro i termini indicati nella suddetta norma.

³⁰⁶ LA CHINA, *L'arbitrato: il sistema e l'esperienza*, Giuffrè, 2011, 72.

³⁰⁷ A tenore del quale "In pendenza del procedimento arbitrale non possono essere proposte domande giudiziali aventi ad oggetto l'invalidità o inefficacia della convenzione d'arbitrato".

³⁰⁸ MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma*, Giuffrè, 2009, 76; MENCHINI, *Impugnazione del lodo "rituale"*, in *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, a cura di Fazzalari, 2006, 179 ss.

Analizzando in particolare tali ipotesi, il vizio di “inesistenza” si configurerà allorquando manchi una valida stipulazione della convenzione di arbitrato³⁰⁹ perché l'accordo sul testo contrattuale non si è mai formato. Il vizio dell'invalidità, invece, comprenderà tutte le fattispecie che, da un punto di vista sostanziale, possono determinare la nullità o l'annullabilità della convenzione arbitrale³¹⁰. Nel caso di nullità, si tratta principalmente del patto compromissorio privo della forma scritta che si intenderà rispettata anche quando la volontà delle parti sia espressa con telegrafo, telescrivente, telefax o messaggio di posta elettronica ai sensi degli articoli 807 e 808 del codice di rito³¹¹, così come delle clausole compromissorie statutarie che non demandino ad un terzo estraneo la nomina degli arbitri³¹². Nel caso di annullabilità, invece, ci si troverà di fronte principalmente a casi di sottoscrizione della clausola da parte di chi non aveva i requisiti di capacità richiesti dall'art. 808 c.p.c. per stipularla o non era legittimato a sottoscriverla³¹³.

Infine, con riferimento al vizio dell'inefficacia della convenzione di arbitrato, tale categoria ricomprenderà quelle ipotesi in cui una convenzione d'arbitrato, in origine valida, diviene in seguito priva di effetti idonei a derogare alla competenza del giudice ordinario. Nell'ambito del codice di rito sono almeno due ipotesi che prendono in considerazione tale aspetto. Cercando di richiamarle brevemente, si ricorda il 2° comma dell'art. 816 *septies* c.p.c. per cui l'omesso versamento degli anticipi delle spese, nell'importo ed entro i termini determinati dagli arbitri, comporta l'inefficacia delle convenzione d'arbitrato limitatamente alla lite loro devoluta³¹⁴. La seconda ipotesi, infine, è prevista dall'art. 819 *ter*, comma 1° c.p.c. allorquando fa conseguire l'inefficacia della convenzione d'arbitrato dalla mancata

³⁰⁹ NELA, *L'inesistenza della convenzione arbitrale rituale dopo la riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 976; OCCHIPINTI, *La cognizione degli arbitri sui presupposti dell'arbitrato*, Torino, 2011, 83.

³¹⁰ SALVANESCHI, *Arbitrato. Libro quarto: Procedimenti speciali art. 806-840*, in *Commentario del Codice di Procedura Civile*, a cura di S. Chiarloni, Zanichelli Editore, Bologna, 563.

³¹¹ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 807 c.p.c.*, in AA. VV. *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 119 ss.

³¹² Cfr. Cassazione, 9 dicembre 2010, n. 24867, in *Notariato*, 2011, 137, laddove la Corte ha dichiarato la nullità delle clausole compromissorie statutarie che non demandino ad un terzo estraneo la nomina degli arbitri.

³¹³ NELA-CATALANO, *Sub art. 808 c.p.c.*, in AA. VV., *Le recenti riforme del processo civile*, a cura di Chiarloni, Bologna, 2007, II, 1616 ss.; FESTI, *La clausola compromissoria*, II ed., Milano, 2001, 358 ss.; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 807 c.p.c.*, in AA. VV., *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 113 ss.

³¹⁴ Ritengono che in tale ipotesi si verifica un caso di inefficacia sopravvenuta della convenzione arbitrale G.F. RICCI, *Sub art. 816 septies c.p.c.*, in AA. VV., *Arbitrato*, a cura di Carpi, II ed., 2001, 466. *Contra*, COMASTRI-MOTTO, *Sub art. 816 septies c.p.c.*, in AA. VV., *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di Menchini, Padova, 2010, 276 ss. secondo i quali dal mancato versamento degli anticipi delle spese arbitrali non conseguirebbe l'inefficacia della convenzione d'arbitrato, ma solo l'arresto del procedimento in corso.

proposizione dell' *exceptio compromissi* innanzi al giudice ordinario nell' ambito di un procedimento ordinario su una domanda che era ricompresa nell' ambito di applicazione della convenzione arbitrale³¹⁵. Al riguardo, dottrina minoritaria sostiene che la mancata proposizione dell'eccezione comporti lo scioglimento del patto compromissorio relativamente alla controversia dedotta in giudizio in quanto la mancata proposizione dell'eccezione di compromesso equivarrebbe ad un'adesione alla volontà di risolvere la convenzione arbitrale già manifestata dall'attore³¹⁶. Tuttavia, la dottrina maggiormente condivisibile sostiene che dall'omessa eccezione non possa derivare lo scioglimento della convenzione arbitrale in quanto dal comportamento del difensore non possono discendere effetti dispositivi del patto compromissorio per i quali non sarebbe sufficiente il mandato alle liti³¹⁷. Inoltre, l'inefficacia della convenzione arbitrale opera altresì al verificarsi delle cause di estinzione ordinariamente previste per i negozi di diritto privato che comprende una pleora di ipotesi come l'avveramento di una condizione o lo spirare di un termine la cui disamina non può essere oggetto di analisi in questa sede³¹⁸.

In tutte le ipotesi sopra delineate sarà sufficiente la mancata deduzione del vizio entro i termini stabiliti dall'art. 817, a far sì che il vizio non possa essere più dedotto in una eventuale fase di impugnazione o in altro giudizio.

2.1.4 Esorbitanza delle conclusioni dai limiti del patto compromissorio e le contestazioni relative al contenuto e all' ampiezza del patto compromissorio

Il disposto dell'art. 817 prende poi in considerazione l'ipotesi in cui le conclusioni rassegnate da una parte del processo arbitrale esorbitino i limiti della convenzione d'arbitrato. Prima della riforma tale fattispecie era l'unica

³¹⁵Il quarto periodo prevede infatti che "la mancata proposizione dell'eccezione esclude la competenza arbitrale limitatamente alla controversia decisa in quel giudizio".

³¹⁶ RAMPAZZI, Sub art. 819 ter c.p.c., in AA. VV., *Commentario breve al codice di procedura civile*, (a cura di F. Carpi e M. Taruffo), Padova, 2006, 2172.

³¹⁷ Inoltre, la risoluzione sarebbe priva della necessaria forma scritta *ad substantia*, richiesta per la soluzione del patto compromissorio. BOCCAGNA, *L'impugnazione per nullità del lodo*, Napoli, 2005, p. 271 ss.; IZZO, *Appunti sull' eccezione di compromesso e sulla sentenza che la decide*, in AA. VV., *Studi in onore di Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 454; MARENGO, *Conseguenze della omissione dell' exceptio compromissi*, in *Riv. arb.*, 1994, 343 ss.

³¹⁸ OCCHIPINTI, *La cognizione degli arbitri sui presupposti dell'arbitrato*, Torino, 2011, 99 ss; Punzi, disegno sistematico dell'arbitrato, Padova, 2000, 445; BOVE, *L'estinzione del patto compromissorio*, in *Riv. arb.*, 1998, 681.

espressamente disciplinata dalla vecchia norma e riguardava, appunto, l'ipotesi in cui nel corso di un procedimento uno dei difensori delle parti formulasse delle conclusioni precise e specifiche che eccedessero i limiti della convenzione arbitrale e sui quali gli arbitri non avessero il dovere di pronunciarsi in via principale³¹⁹. L'art. 817, 3° comma ripropone in maniera pressochè identica la precedente formulazione, precisando che la relativa eccezione dovrà essere sollevata nel "*corso dell' arbitrato*", pena l'impossibilità di impugnazione del lodo ai sensi del successivo art. 829, comma 1°, n. 4 c.p.c. Considerata l'espressione molto ampia usata dalla norma, la quale indica che l'eccezione deve essere sollevata "nel corso" del procedimento, si ritiene che l'eccezione basata sul presente motivo possa essere formulata fino al momento in cui gli arbitri decidano di assumere la causa in decisione³²⁰, purchè venga rispettato il principio del contraddittorio³²¹. E' ragionevole ritenere che qualora la parte abbia tenuto un comportamento incompatibile con la volontà di avvalersi di tale eccezione e la parte si difenda senza eccipere l'esorbitanza della conclusioni di controparte si verificherà un ampliamento dei limiti della convenzione arbitrale con la conclusione che il lodo non potrà essere più annullato ai sensi dell' art. 829, 1° comma c.p.c.³²².

Tale ipotesi è differente da quella sulla contestazione del contenuto ed ampiezza della convenzione poiché, mentre in tale ultimo caso si farà riferimento agli *ultra petita* delle parti, nel presente caso si dovrà tener conto del comportamento dei difensori, senza alcuna rilevanza della volontà delle parti³²³. E' invece pacifico che nel caso gli arbitri, in assenza di domanda di parte, pronuncino oltre i limiti del

³¹⁹ Non essendo invece ritenute sufficienti delle semplici difese in forza delle quali non si richiedeva una vera e propria decisione degli arbitri. Cfr. Cass., 11 aprile 1983, n. 2250, in *Foro it.*, 1983, I, p. 1237. Per un esame delle previgente disciplina si veda MOTTO, *In tema di clausola compromissoria: forma, oggetto, rilevanza del comportamento delle parti per la determinazione di esso*, in *Riv. arb.*, 2006, fasc. 1, 88 ss.

³²⁰ PELLEGRINELLI, *sub art. 817 c.p.c.*, in AA. V.V., *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di Briguglio e Capponi, III, 2° tomo, Padova, 2009, 817; RUFFINI, *Sub art. 817*, in AA. VV. *La nuova disciplina dell' arbitrato*, a cura di Menchini, Padova, CEDAM, 2010, 292; SALVANESCHI, *L' arbitrato*, cit., 600.

³²¹ In linea con la giurisprudenza formatasi sul vecchio disposto. In tal senso, Cass., 7 agosto 1993, n. 8563, in *Rep. Foro it.*, 1993, voce *Arbitrato*, n. 109.

³²² In senso contrario è stato proposto in dottrina di estendere anche a tale vizio il limite preclusivo della prima difesa utile, LUISO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, cit., 116; GIACOBBE, *La fase introduttiva*, in AA. VV., *Arbitrato, ADR conciliazione*, opera diretta da Rubino-Sammartano, Bologna 2009, 655.

³²³ E' necessario, inoltre, che le questioni esorbitanti dalla convenzione arbitrale siano fatte oggetto di conclusioni precise e specifiche sui quali gli arbitri abbiano il dovere di pronunciarsi in via principale, perché non si ritengono sufficienti semplici difese. Cass., 24 maggio 1968, n. 1583, in *Riv. dir. proc.*, 1969, 703 ss., con nota di RICCI, *Contro l'istruzione probatoria segreta nel processo arbitrale*; Cass., 11 aprile 1983, n. 2250, in *Foro it.*, 1983, I, 1237; PUNZI, *Disegno sistematico dell' arbitrato*, 2000, I, 541.

patto compromissorio, non sia applicabile l' art. 817, 3° comma c.p.c.³²⁴. Diversa è invece l' ipotesi della formulazione di domande nuove nel corso del giudizio arbitrale che rientrino nei limiti del compromesso e, quindi, non importino ulteriore ampliamento della sfera di competenza degli arbitri rispetto al giudice ordinario. La disciplina sarà identica in quanto non potrà dolersi della novità in sede d' impugnazione la parte che abbia accettato, anche implicitamente, il contraddittorio sulla nuova domanda³²⁵.

2.1.5 Irregolarità nella composizione del collegio arbitrale

Il vizio per irregolare costituzione del collegio arbitrale riguardano sia le ipotesi di incapacità degli arbitri per mancanza della capacità legale d'agire³²⁶ che i casi di irregolare accettazione dell'incarico come nella circostanza che gli arbitri siano stati nominati in violazione delle modalità e delle forme stabilite dalle parti, dalla legge o dall'istituzione arbitrale che amministra il procedimento, nonché in quei casi in cui le parti non posseggono le qualità indicate dalle parti nella convenzione arbitrale.

Nel caso venga sollevato un vizio in tal proposito gli arbitri, nel rispetto del principio del contraddittorio, conoscono e decidono della questione. La deduzione del vizio potrà avvenire nel corso dell'intero procedimento arbitrale e non già nel termine previsto dal 2° comma³²⁷. In mancanza, il successivo lodo non potrà essere impugnato ai sensi dell' art. 829, 1° comma n. 2 c.p.c.

Ci si chiede inoltre se il motivo di irregolare costituzione ricomprenda anche le ipotesi in cui le parti avrebbero potuto recusare un arbitro e, in particolare, il caso in cui uno o più arbitri difettino della necessaria indipendenza. Probabilmente, per

³²⁴ LUISO, *Diritto processuale civile*, Milano, 2000, 363; RUFFINI, *Sub art. 817*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 292.

³²⁵ Cass. 17 gennaio 1985 n. 107 e Cass. 24 maggio 1968 n. 1583, in *Giust. civ.*, 1968, 1, 2009 ss., con nota di Vaccarella; Cass. 24 gennaio 1966 n. 302, in *Prev. soc.*, 1966, 1958

³²⁶ Ai sensi dell'art. 812 c.p.c. che ha disposto la capacità legale d' agire come unico requisito necessario per la nomina dell'arbitro. Cfr. RAMPAZZI, *Sub art. 812 c.p.c.*, in AA. VV., *Commentario breve al codice di procedura civile*, a cura di Carpi e Taruffo, VI ed., Padova, 2009, 2523.

³²⁷ SALVANESCHI, *L' arbitrato*, cit., 600; MENCHINI, *Sub art. 817*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit. In tal senso, Cass., 3 giugno 2004, n. 10561, in *Foro it.*, 2004, 2920 ss.; Cass., 3 ottobre 2002, n. 14182, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Arbitrato*, n. 146. Contra, Bove, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 78 il quale sostiene invece che l'eccezione in commento debba essere sollevata nella prima difesa successiva all' accettazione degli arbitri.

essere fatto valere in sede di impugnazione, il difetto deve essere stato sollevato nel giudizio arbitrale attraverso i meccanismi di ricsuzione degli arbitri e deve essere stato oggetto di espressa riserva in sede arbitrale. In ogni caso, in merito alla possibile eccezione di incompetenza degli arbitri per irregolare costituzione dell'organo giudicante si ritiene che gli eventuali vizi debbano sì essere oggetto di eccezione dinanzi agli arbitri (pena la non impugnabilità del lodo), ma non necessariamente nella prima difesa³²⁸.

2.2 Il regime preclusivo per la proposizione dell' eccezione di incompetenza dell' arbitro

Prima della riforma intervenuta nel 2006 l' invalidità e l' inefficacia della convenzione arbitrale costituivano motivi di impugnazione del lodo anche ove non eccepiti nel corso del giudizio arbitrale³²⁹. Inoltre, l' eccezione di incompetenza dell' arbitro poteva essere sollevata in qualsiasi momento nel corso del procedimento arbitrale³³⁰. Infatti, il previgente disposto prevedeva semplicemente che l' eccezione doveva farsi valere nel corso del procedimento arbitrale, la Corte di Cassazione aveva ritenuto tempestiva l'eccezione formulata nell'ultima udienza tenutasi dinanzi al collegio o, addirittura, nella comparsa conclusionale a patto che la controparte avesse potuto replicare nelle memorie di replica³³¹. Inoltre, il caso di

³²⁸ Il difetto di regolare costituzione del tribunale arbitrale non è poi menzionato nel 3° comma dell'articolo perché dovrebbe ricadere nel disposto dell'art. 829, comma 1°, n. 2). Pertanto, occorrerà che l'eccezione di nullità sia sollevata innanzi agli arbitri, ma non necessariamente nella prima difesa. Sul punto, SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 561; NELA, Sub art. 817 c.p.c., cit., 1777.

³²⁹ Prima della riforma del 2006 l' art. 829, comma 1° c.p.c. garantiva l' impugnazione del lodo indipendentemente da una corrispondente contestazione nel corso dell' arbitrato, sicché la giurisprudenza aveva ritenuto che le questioni relative all' esistenza e la validità della clausola compromissoria che avrebbero poi potuto incidere sulla potestas iudicandi degli arbitri, potessero essere esaminate d' ufficio anche in sede di legittimità ed indipendentemente dalla sua deduzione nel procedimento arbitrale. Cfr. 22 aprile 1963, n. 1026, in *Foro it.*, 1963, I, 1959; Cass., 24 settembre 1982, n. 4934, in *Foro it.*, 1983, I, 1, 755; Cass., 13 marzo 2013, n. 6208, richiamata in Izzo, *La convenzione arbitrale nel processo. Studi sui rapporti tra arbitrato e giurisdizioni statuali*, Giappichelli Editore: Torino, 2013, 205 per cui "l'accertamento della legittimità ad causam delle parti coinvolge la stessa potestas iudicandi degli arbitri, il cui difetto, comportando un vizio insanabile del lodo a norma dell' art. 829 c.p.c. (nel testo, applicabile ratione temporis, anteriore alle modifiche introdotte dal d. lgs. 2 febbraio 2006, n. 40), è rilevabile di ufficio nel giudizio di impugnazione, anche in sede di legittimità, indipendentemente dalla sua precedente deduzione nell'ambito del procedimento arbitrale, qualora derivi dalla nullità del compromesso o della clausola compromissoria".

³³⁰ In tal senso, Cass. 7 agosto 1993 n. 8563 in *Foro It. Rep.* 1993, voce *Arbitrato* n. 109.

³³¹ Cass., 7 agosto 1993, n. 8563 in *Rep. Foro it.*, 1993, voce *Arbitrato*, n. 109; Cass. 22 gennaio 1999, n. 565; Cass., 11 luglio 2003, n. 10910, in *Guida al dir.*, 2003, fasc. 36, 74.

invalidità del patto arbitrale era prevalentemente ritenuto motivo di inesistenza del lodo con la conseguenza che le parti potevano portare avanti l'intero giudizio arbitrale difendendosi nel merito, per poi rilevare per la prima volta in sede di impugnazione la carenza di *potestas iudicandi* degli arbitri a causa dell'invalidità del patto arbitrale³³².

Oggi il 2° comma dell'attuale articolo 817 prevede, invece, che il potere decisorio dell'arbitro debba essere contestato “nella prima difesa successiva all'accettazione del proprio mandato”, sebbene, come abbiamo già visto, il dettato normativo sembra consentire che alcuni vizi possano essere eccepiti nel corso dell'intero procedimento arbitrale³³³ e rimane sempre deducibile nel caso di non arbitrabilità della questione. Qualora invece il potere degli arbitri sia contestato per fatti sopravvenuti a tale momento, si ritiene in linea generale che l'eccezione debba essere proposta nella prima difesa successiva al fatto sopravvenuto. Si pensi, ad esempio, al divieto legislativo sopravvenuto³³⁴ o al giudicato statale che si sia nel frattempo formato sul punto. Al riguardo, sarà necessario far applicazione di tale ultima regola ed il successivo lodo potrà essere impugnato solo a fronte della previa e tempestiva deduzione del relativo vizio nel corso del procedimento arbitrale. Se le parti, dunque, decidono di non sollevare tale eccezione, l'ordinamento consente la formazione della volontà compromissoria *in itinere* limitatamente al singolo procedimento³³⁵. Grazie all'operare del meccanismo preclusivo viene, infatti, agevolata una soluzione più rapida del giudizio, evitando che in fasi avanzate del procedimento possano essere sollevate eccezioni pregiudiziali. Tuttavia, la mancata contestazione della valida esistenza della convenzione arbitrale non equivale a costituire un nuovo accordo, ad integrare o convalidare quello esistente, ma solo a fondare i poteri degli arbitri con riferimento al singolo giudizio. Ne consegue che

³³² RUFFINI, *sub art. 817*, in AA. VV. *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di Menchini, Padova, CEDAM, 2010, 288.

³³³ Per un approfondimento, SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 560.

³³⁴ MARZOCCO, *Nullità sopravvenuta della clausola compromissoria e diritto intertemporale*, in *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, 492-517 il quale a conclusione della propria indagine osserva: “L'indagine ha condotto all'individuazione di una norma imperativa retroattiva o irretroattiva che determini la nullità sopravvenuta in senso atecnico o tecnico della clausola compromissoria già stipulata (*supra*, § 3.), di un principio base intertemporale, vale a dire la salvezza dei lodi emessi (*supra*, §§ 4.1. e 4.2.), e di un principio correttivo (e concorrente), costituito dalla salvezza delle domande di arbitrato già proposte entro la data di entrata in vigore (o di efficacia laddove diversa) della norma sopravvenuta (*Supra*, §§ 4.1.1 e 4.2. ss)”; LUISO, *Rapporti tra arbitro e giudice*, *Riv. arb.*, 2005, 778; BOVE, *Ancora sui rapporti tra arbitro e giudice statale*, in *Riv. arb.*, 2007, 356.

³³⁵ MOTTO, *In tema di clausola compromissoria: forma, oggetto, rilevanza del comportamento delle parti*, in *Riv. arb.*, 2006, 99 ss.

tale contegno dispiegherà i propri effetti solo nel singolo procedimento in corso e in caso di chiusura in rito dello stesso, le stesse questioni relative all'invalidità, inefficacia o ampiezza della convenzione arbitrale si riproporranno *ex novo* in un successivo procedimento³³⁶.

Con riferimento alla questione se è dato agli arbitri la possibilità di rilevare d'ufficio l'eccezione riguardante la mancanza del proprio potere decisorio, la dottrina giustamente osserva come la nuova disciplina, diversamente dal passato, non concede nessuno spazio per l'operare di un tale potere. Riconoscerlo, anche in assenza del convenuto, significherebbe integrare il dettato normativo con una regola nuova dell'interprete³³⁷. Pertanto, in applicazione del principio di lealtà processuale e del principio di autoresponsabilità, la norma dispone che a seguito dell'accettazione degli arbitri l'eccezione d'incompetenza degli arbitri debba essere proposta prima di ogni altra difesa³³⁸ o entro i termini consentiti dal disposto normativo.

Un principio che sembrerebbe particolarmente esteso, perché il secondo comma prevede che la norma "*si applica anche se i poteri degli arbitri siano contestati in qualsiasi sede e per qualsiasi ragione sopravvenuta nel corso del procedimento*". Particolarmente ostico è il significato di tale *incipit* che è stato definito come una "fastidiosa magniloquenza"³³⁹ dai contorni piuttosto oscuri. Probabilmente il legislatore ha voluto fugare ogni dubbio sul fatto che la decisione sull'eccezione d'incompetenza spetti sempre e comunque agli arbitri, indipendentemente dalle ragioni di contestazione³⁴⁰. Sebbene sia auspicabile un chiarimento da parte del legislatore sul punto, è parere di chi scrive che appaia condivisibile la lettura che sostiene che le sopra richiamate disposizioni non debbano essere intese come impedimenti perché della questione inerente alla sussistenza della *potestas* arbitrale possa conoscere anche il giudice ordinario. Pertanto, non sarebbe attribuibile a tali previsioni alcun effetto negativo del principio di *kompetenz-kompetenz* sulla falsariga

³³⁶ IZZO, *La convenzione arbitrale*, cit., 208; MOTTO, *In tema di clausola compromissoria*, cit., 93 ss.; G.F. RICCI, in *Arbitrato*, a cura di Carpi, 2008, 332

³³⁷ SALVANESCHI, *Arbitrato*, Bologna, Zanichelli, 2014, 569; Bove, *Ancora sui rapporti fra arbitrato e giudice statale*, in *Riv. arb.*, 2007, 365.

³³⁸ Parallelamente, l'art. 819 *terc.p.c.* dispone che anche nel giudizio ordinario l'eccezione di incompetenza debba essere proposta dal convenuto nella comparsa di risposta, a pena di decadenza.

³³⁹ VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, Giappichelli, 2013, 22

³⁴⁰ PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., 2012, 197; IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 213; LUISO, *Rapporti tra arbitro e giudice*, cit., 779.

di quanto avviene invece nell'ordinamento francese, dove la legge attribuisce in via esclusiva agli arbitri il potere di decidere sulla propria competenza³⁴¹ a partire dalla costituzione del tribunale arbitrale. La norma invece conferebbe³⁴² le regola delle c.d. "vie parallele" non attribuendo nessuna formale "priorità" all'arbitro. Pertanto, è ragionevole ritenere che, ad arbitrato pendente, tale disposizione non vieta al giudice statale la verifica della propria competenza e quella meramente incidentale della convenzione d'arbitrato³⁴³.

In sostanza, dalla lettura del nuovo art. 817 del codice di rito si evince che il legislatore impone di far valere le contestazioni ivi descritte nel primo atto difensivo successivo al momento dell'accettazione degli arbitri o al momento nel quale sono state conosciute, rafforzando l'autonomia decisionale degli arbitri nel caso la loro competenza sia oggetto di discussione anche in altra sede³⁴⁴. Tra le poche eccezioni ammesse alla regola della preclusione vi sono le ipotesi della non arbitrabilità della controversia che rende il lodo invalido (*rectius*, inesistente), in quanto tale vizio potrà essere dedotto in qualsiasi momento e in qualsiasi sede ancorché non eccepito nel corso del processo arbitrale. In tal caso, secondo l'opinione prevalente della dottrina, il lodo è radicalmente inesistente e non soggetto all'onere di deduzione. Altra eccezione deriva altresì dall'ordinamento europeo e riguarda la nullità della clausola compromissoria vessatoria (ai sensi dell'art. 33, comma 2, lett. t del c.d. codice del consumo) inserita in un contratto con il consumatore³⁴⁵. Fatta eccezione quindi per i casi sopra delineati, la contestazione del potere decisorio

³⁴¹ Si rinvia sul punto al I capitolo. In tal senso, ODORISIO, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 272. LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, IV ed., Milano, 2011, 161 ss.

³⁴² IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 213. *Contra*, ODORISIO, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 272 il quale ritiene invece che la norma giustifichi il ricorso alla c.d. "litispendenza zoppa" o a "senso unico" riservando, dunque, la decisione in favore degli arbitri preventivamente aditi a conoscere della convenzione d'arbitrato. Nello stesso senso LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, 2011 secondo il quale in forza del riconoscimento del principio di *kompetenz-kompetenz* da parte dell'articolo 817 "la competenza degli arbitri a giudicare della propria competenza non solo è esclusa, ma esclude concorrenti poteri di giudicarla".

³⁴³ IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 214.

³⁴⁴ PELLEGRINELLI, *Sub articolo 817*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di A. Briguglio e B. Capponi, III, 2° tomo, Padova, 2009, 821.

³⁴⁵ Cfr. Corte di Giustizia dell'Unione europea 26 ottobre 2006, causa C-168/05, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 1083 la quale ha stabilito che il giudice nazionale chiamato a pronunciarsi nel caso di clausole abusive inserite nei contratti con i consumatori deve essere interpretata nel senso di consentire al giudice nazionale, chiamato a pronunciarsi sull'impugnazione di un lodo arbitrale, di dichiarare "la nullità [...] nel caso ritenga che l'accordo contenga una clausola abusiva, anche qualora il consumatore non abbia fatto valere tale nullità nell'ambito del procedimento arbitrale, ma solo in quello per l'impugnazione".

degli arbitri è oggi soggetta a una preclusione processuale che impedirà alla parte che non abbia sollevato tempestivamente l'eccezione d' incompetenza arbitrale di impugnare successivamente il lodo per lo stesso motivo.

2.2.1 La mancata proposizione dell'eccezione di incompetenza ed i suoi effetti

Il nuovo dettato normativo chiarisce che la parte che partecipa attivamente all' arbitrato è tenuta a sollevare subito l' eccezione di incompetenza dell' arbitro, ci si chiede tuttavia se la mancata o intempestica proposizione dell' eccezione nel procedimento arbitrale produca una convenzione di arbitrato tacita, o se tale inerzia determini solo l' irrilevanza della questione. Parte della dottrina sostiene che la norma in esame operi costruendo una preclusione di carattere processuale³⁴⁶ il cui maturarsi determinerà in modo automatico l' impossibilità di impugnare il lodo. Di conseguenza, anche il convenuto che non abbia partecipato al procedimento arbitrale non potrà impugnare poi il lodo per mancanza del potere decisorio degli arbitri. In tale caso non si potrà attribuire alcun significato al silenzio del convenuto che non abbia attivamente partecipato al processo arbitrale e lo stesso si configurerà quale eccezione alla regola sancita dall'art. 817. La tesi contraria riconduce la questione su di un piano sostanziale³⁴⁷, sostenendo che si possa giungere alla formazione della convenzione di arbitrato attraverso il comportamento concludente di chi inizia l' arbitrato e di chi non eccepisce la carenza del potere decisorio degli arbitri. Secondo tale lettura, dunque, la mancata eccezione produrrebbe la convalida di una convenzione di arbitrato invalida e inefficace e la formazione di un accordo *per facta concludentia*³⁴⁸. A sostegno di tale

³⁴⁶ BOVE, *Ancora sui rapporti tra arbitrato e giudice*, in *Riv. arb.*, 2007, 367; MARENGO, *Sub art. 817*, in AA. VV., *La nuova disciplina dell'arbitrato. Commentario*, a cura di Briguglio, Fazzalari, Marengo, Milano, Giuffrè, 1999, 134; G.F. RICCI, *Sub art. 817*, in *Arbitrato* a cura di Carpi, II ed., 471; PUNZI, *Disegno sistematico dell' arbitrato*, vol.2, II ed., 196. Per una disamina delle sue posizioni richiamate, cfr. D' ALESSANDRO, *Sui rapporti tra la sentenza Mostaza Claro e gli art. 817 2° comma, e 829, n. I, cod. proc. civ.*, in *Riv. arb.*, 2006, 673 ss.

³⁴⁷ LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., 154; LUISO, *Rapporti tra arbitrato e giudice*, in *La riforma della disciplina dell' arbitrato*, a cura di Fazzalari, 116 e ss.; Marinucci, *L' impugnazione del lodo*, 77 ss.; OCCHIPINTI, la cognizione degli arbitri, 116.

³⁴⁸ LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., 154. *Contra*, SALVANESCHI, *Arbitrato*, Bologna, Zanichelli, 2014, 571, la quale giustamente osserva come "...questo ragionamento, svolto per cercare di rendere compatibile la posizione del convenuto inerte con la convinzione che la norma in commento regoli un meccanismo di formazione tacito del patto arbitrale in presenza dello stesso convenuto, ha un punto di debolezza fondamentale. Il convenuto che non partecipa all' arbitrato, anche se esprime una scelta consapevole, non manifesta infatti alcuna volontà di adesione all' arbitrato e soprattutto non formalizza alcun atto scritto che possa consentire di ritenere verificato il requisito di forma di cui all'art. 807 cod. proc. civ. La scelta

lettura si potrebbe anche sostenere che l'inerzia di una parte non possa determinare una decadenza processuale, perché in tal caso la regola enunciata all'art. 817 c.p.c. dovrebbe applicarsi anche quando la parte, legittimata a sollevare l'eccezione, non abbia preso parte attiva al procedimento. Inoltre, costringere il convenuto a costituirsi non sarebbe accettabile secondo i sostenitori di tale interpretazione, perché costringerebbe la parte raggiunta da una domanda di arbitrato, rispetto alla quale manca il potere decisorio degli arbitri, di doversi attivare per sollevare tale contestazione all'interno del processo arbitrale e quindi sostenere le spese del processo arbitrale per le quali essa sarebbe in ogni caso solidamente obbligata con l'attore. Conseguenza di questa seconda interpretazione sarebbe che il convenuto che non abbia partecipato al procedimento arbitrale si sottrarrebbe alla preclusione, non avendo posto in essere alcun comportamento concludente capace di formare la convenzione inesistente o di convalidare quella invalida³⁴⁹.

Poste queste premesse, tale corrente si divide però in due filoni: il primo sostiene che la convenzione di arbitrato, che è formata attraverso l'operare del meccanismo sostanziale descritto, abbia efficacia esterna, con la conseguenza che nel caso di estinzione in rito del procedimento, o di annullamento a seguito di accoglimento dell'impugnazione per nullità, vi sarebbe un vincolo delle parti alla convenzione di arbitrato ormai formatasi³⁵⁰; il secondo crede invece che la stessa convenzione d'arbitrato conservi validità o efficacia solo all'interno del procedimento arbitrale in cui si è formata³⁵¹. Secondo tale ultima opzione interpretativa, quindi, il soggetto che non ha partecipato all'arbitrato non ha tenuto alcun comportamento attivo e, non avendo consumato il suo diritto di contestazione della mancanza di potere decisorio degli arbitri, potrà far valere il vizio per la prima volta in sede di impugnazione per nullità del lodo³⁵². Seguendo questa impostazione la norma sulla tempestiva deduzione prevista dall'art. 817 sarà applicabile solo al comportamento di chi assume un atteggiamento attivo

operata dal convenuto inerte spiega dunque ancor più perché questi, con il proprio atteggiamento consapevole, si assoggetta alla regola che gli preclude l'impugnazione, ma non consente alcun passo ulteriore. Nel caso di inerzia del convenuto non è quindi possibile ritenere che la sua mancata eccezione costituisca in modo tacito e per comportamento concludente un patto compromissorio e l'unica spiegazione all'impedimento della successiva impugnazione è che operi un meccanismo di preclusione processuale."

³⁴⁹ SALVANESCHI, *Arbitrato*, Bologna, Zanichelli, 2014, 564.

³⁵⁰ D'ALESSANDRO, *Sui rapporti tra la sentenza Mostaza Claro*, cit., 693.

³⁵¹ LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., 154.

³⁵² RUFFINI, sub art 817, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di Sergio Menchini, Padova, 2010, 290.

partecipando all'arbitrato, senza però contestarne la *potestas iudicandi* degli arbitri ed assumendo pertanto un comportamento incompatibile con la volontà di avvalersi successivamente dell'eccezione. Al contrario, il comportamento meramente omissivo di chi non partecipi all'arbitrato non potrebbe neppure comportare una preclusione alla successiva impugnazione del lodo.

Si ritiene, a parere di chi scrive, che vada condiviso quell'approccio³⁵³ che adotta una soluzione ibrida e sostiene che le due teorie sopra delineate non si escludano tra loro, ma vadano anzi collegate. In particolare tale lettura, partendo dall' assunto che può costituire comportamento concludente il comportamento del convenuto che nomini il proprio arbitro senza formulare alcuna eccezione in ordine all'esistenza o alla validità del patto compromissorio³⁵⁴, sostiene che il convenuto che si trovi evocato in un giudizio arbitrale quando ritiene insussistente il potere decisorio degli arbitri non si trova in una posizione diversa da quella in cui versa il convenuto stesso nel processo ordinario di cognizione a fronte di un' eccezione in senso proprio³⁵⁵ che ritenga fondata e che solo lui può spendere. Anche nell' ipotesi speculare regolata dall'art. 819-ter c. p. c. il convenuto che voglia far valere l'esistenza di un patto compromissorio è costretto a costituirsi in giudizio per far valere tale eccezione ed evitare una preclusione processuale che potrà essere superata solo dimostrando quanto richiesto dall' art. 294 c.p.c. ai fini della rimessione in termini. Nel caso di inerzia del convenuto non è quindi possibile ritenere che la sua mancata partecipazione al procedimento arbitrale costituisca un comportamento concludente ai fini della formazione di un patto compromissorio e l' unica spiegazione all' impedimento della successiva impugnazione del lodo è che operi un meccanismo di preclusione processuale. Pertanto, è consensibile la conclusione la quale ritiene che anche al convenuto rimasto contumace nel procedimento arbitrale si applica la norma in commento e allo stesso sarà preclusa l' impugnazione del lodo per difetto degli arbitri della *potestas iudicandi*. Il nostro sistema obbliga il convenuto a sopportare le spese necessarie per sollevare

³⁵³ SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 565.

³⁵⁴ In quanto tale atto indirizzato alla controparte ed espresso in forma scritta è idoneo a costituire accettazione del patto compromissorio.

³⁵⁵ Come nel caso della prescrizione.

un'eccezione in senso proprio che si ritenga fondata, affidando a eventuali sanzioni finali per lite temeraria l'abuso del diritto d'azione³⁵⁶.

3. La decisione sull'eccezione di incompetenza degli arbitri prima della riforma

Appurato dunque che secondo la nuova disciplina gli arbitri hanno il potere di pronunciarsi in merito alla propria *potestas iudicandi*, quale naturale conseguenza dell'accoglimento anche nel nostro ordinamento del principio di *kompetenz-kompetenz* dell'arbitro, è necessario stabilire quale forma dovrà rivestire tale decisione.

Un tema particolarmente delicato è quello relativo alla qualificazione della pronuncia a contenuto meramente dichiarativo³⁵⁷. Infatti, nel caso gli arbitri decidano di emettere un lodo con cui si dichiarano competenti a decidere della controversia e dispongano la prosecuzione del procedimento è necessario capire se tale decisione andrà considerata un lodo parziale che decide parzialmente il merito della lite, oppure, un lodo definitivo su questione³⁵⁸. Considerato, infatti, che nel procedimento arbitrale non è ammissibile l'istituto della riserva facoltativa d'impugnazione³⁵⁹, la qualificazione in un termine o nell'altro del provvedimento

³⁵⁶ *Ibidem*, p. 569.

³⁵⁷ L'accoglimento dell'eccezione d'incompetenza comporta infatti l'emanazione di un lodo dal contenuto declinatorio e per sua natura definitivo che potrà essere immediatamente impugnato ai sensi dell'art. 827, 3° comma c.p.c. Il problema non sussisterà, inoltre, nemmeno nel caso in cui il lodo abbia pronunciato anche nel merito che in quanto tale lodo potrà essere impugnato ai sensi dell'art. 829 c.p.c., né tanto meno i lodi fondati su patto compromissorio inesistente o che abbiano deciso una questione non arbitrabile poiché in tali casi l'invalidità del lodo potrà essere fatta valere in ogni tempo con autonoma azione *ad hoc*.

³⁵⁸ Impugnabile, quindi, sono unicamente alla successiva pronuncia definitiva o con il successivo lodo parziale. Secondo la dottrina maggioritaria i lodi non definitivi su questioni non potranno dispiegare la propria efficacia in caso di estinzione del giudizio arbitrale, essendo privi di quell'efficacia panprocessuale che è propria delle sentenze su questioni. Cfr. CAVALLINI, *Questioni preliminari di merito*, cit., 1157-1159; PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., 2012, 504. Il legislatore dell'ultima riforma non ha regolato la sorte del lodo non definitivo su questioni nel caso gli arbitri non rendano poi una successiva pronuncia definitiva o parziale. Pertanto, continuando ad abbracciare l'orientamento già consolidatosi ne consegue che sarà esclusa l'impugnazione immediata del lodo su questione che dovrà considerarsi privo "di autonomia effettuale" essendo solo prodromo alla decisione definitiva. In tal senso, ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 827 c.p.c.*, in *Arbitrato*, cit., 2007.

³⁵⁹ Prima della legge n. 25 del 1994 la giurisprudenza, pur riconoscendo l'ammissibilità dei lodi parziali su domande e dei lodi non definitivi su questioni, li riteneva entrambi impugnabili solo unitamente alla pronuncia definitiva. Tale orientamento era il frutto, da un lato, del principio di indivisibilità del lodo, il cui addentellato normativo era ravvisato nell'art. 830 c.p.c. (che, nella sua originaria formulazione, prevedeva

dichiarativo³⁶⁰ emanato è fondamentale, soprattutto ai fini dell'individuazione del regime di efficacia e di impugnazione della decisione dichiarativa degli arbitri della propria *potestas iudicandi*.

Prima della recente riforma del 2006, la dottrina maggioritaria aveva ravvisato nell'ordinanza il provvedimento con il quale gli arbitri avrebbero dovuto risolvere tutte le questioni di carattere ordinatorio o istruttorio e nel lodo lo strumento per decidere le questioni pregiudiziali di rito, le pregiudiziali di merito³⁶¹ e tutte le questioni idonee a definire il procedimento arbitrale, inclusa quella relativa alla sussistenza della *potestas arbitrale*³⁶². In particolare, la giurisprudenza aveva

che la Corte d'appello, nell'accogliere l'impugnazione per nullità, dovesse dichiarare la « nullità del giudizio e della sentenza ». Sul punto, Cass. Sez. Un., 2 maggio 1997, n. 3829, in *Foro it.*, 1997, I, 1751; Cass., Sez. Un., 9 giugno 1986, n. 3835, in *Foro it.*, 1986, I; Cass., 12 luglio 1979, n. 4020, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, 1695. Inoltre si ritenne che l'istituto della riserva facoltativa d'impugnazione, introdotto con la riforma del 1950, non trovasse applicazione in sede arbitrale. L'unica eccezione a questa regola era rappresentata dall'ipotesi in cui oggetto d'arbitrato fossero più controversie relative a rapporti giuridici distinti e autonomi, le cui decisioni, proprio in quanto definitive, dovevano ritenersi immediatamente impugnabili. Cfr Cass., 28 giugno 1994, n. 6206, in *Giust. civ.*, 1995, I, 462. In questo contesto si inserì la novella del 1994, con cui il legislatore infrangendo il principio dell'indivisibilità del lodo introdusse all'art. 827 c.p.c. la distinzione fra « lodo che decide parzialmente il merito », immediatamente impugnabile, e « lodo che risolve alcune delle questioni insorte senza definire il giudizio arbitrale », impugnabile solo unitamente al lodo definitivo, prevedendo, all'art. 820 c.p.c., la possibilità per gli arbitri che avessero pronunciato un « lodo non definitivo » di prorogare per non più di centottanta giorni, il termine per la decisione finale. Sul punto, CIPRIANI, *Sentenze non definitive e diritto di impugnare (a proposito dell'art. 827 c.p.c.)*, in *Riv. arb.*, 1999, 225 ss.; DALFINO, *Lodi non definitivi su questioni preliminari di merito*, in AA. VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 303 ss. Alla luce della riforma, la giurisprudenza ha sostenuto che la distinzione operata dall'art. 827 c.p.c. fra lodo parziale di merito e lodo non definitivo su questione avrebbe reso l'istituto della riserva facoltativa non ammissibile in sede arbitrale. In mancanza di disposizioni analoghe a quelle contenute negli artt. 340 c.p.c. e 361 c.p.c., nonché dei presupposti pratici quali la comunicazione della sentenza parziale da parte della cancelleria e la fissazione dell'udienza successiva al deposito della sentenza per la formulazione della riserva, la giurisprudenza ne ha sempre escluso l'ammissibilità. Cfr. Cass., 6 aprile 2012, n. 5634, in *Riv. arb.*, 2014, 133; Cass., 3 febbraio 2006, n. 2444, in *Rep. Giur. it.*, 2006, voce « Arbitrato », n. 143; Id., 22 febbraio 2002, n. 2566, in *Riv. arb.*, 2002, 691; Cass., 28 agosto 1995, n. 9028; Cass. Sez. Un., 9 giugno 1986, n. 3835, in *Foro it.*, 1986, I, 1525.

³⁶⁰ Non dal contenuto declinatorio, immediatamente impugnabile ex art. 827, comma 3° c.p.c.

³⁶¹ CAVALLINI, *Questioni preliminari di merito e lodo non definitivo nella riforma dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 1151-1152 ss. per il quale sarebbe stata determinante la volontà delle parti in quanto « il potere del frazionamento della decisione non appartiene "istituzionalmente" agli arbitri, ma confacentemente all'accreciuta autonomia delle parti del "nuovo" arbitrato, viene loro conferito da un'espressa e formale attribuzione dei compromittenti in apicibus iudicii ». Pertanto, gli arbitri avrebbero dovuto risolvere ogni questione adottando la forma dell'ordinanza revocabile, salvo che le parti non li avessero autorizzati a decidere con lodo non definitivo ex art. 816, comma 2° c.p.c. *Contra*, LA CHINA, *L'arbitrato: il sistema e l'esperienza*, cit., 140 ss. per il quale la scelta fra ordinanza e lodo sarebbe dipeso unicamente dalla volontà degli arbitri e non già dal tipo di questione risolta.

³⁶² Per un approfondimento, CALAMANDREI, *Questioni sulla ammissibilità dei lodi parziali e sulla loro impugnazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1948, II, 260; SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, III ed., Giuffrè Editore, Milano, 1988, 544 ss; ANDRIOLI, *Commento*, cit., 835; CIPRIANI, *Sentenze non definitive e diritto d'impugnare (a proposito*

stabilito che con riferimento alla nozione di «*lodo che decide parzialmente il merito della controversia*», il suo significato andava individuato sulla base del combinato disposto dell'art. 827, 3° comma, c.p.c. e dell'art. 816, ult. comma, c.p.c. (applicabile *ratione temporis*) a mente del quale, fatta eccezione per l'ipotesi di cui all'art. 819 c.p.c., su tutte le questioni che fossero sorte nel corso del procedimento gli arbitri avrebbero dovuto provvedere “*con ordinanza non soggetta a deposito e revocabile*”. Alla luce di tale dettato normativo parte della dottrina riteneva che il disposto dell'art.827 c.p.c. confermava la distinzione, da un lato, dei provvedimenti di carattere istruttorio o ordinatorio che avrebbero dovuto essere resi con ordinanza revocabile e, dall'altro, dei provvedimenti resi su domande, su questioni pregiudiziali di rito e su questioni preliminari di merito³⁶³, fra i quali rientrava la pronuncia sulla *potestas iudicandi* arbitrale³⁶⁴, che avrebbero richiesto invece la forma del lodo³⁶⁵. Alla distinzione operata dal terzo comma dell'art. 827 c.p.c. fra lodo parziale di merito e lodo non definitivo su questione sarebbe corrisposta la distinzione fra domanda e questione, nel senso che il lodo parziale avrebbe dovuto essere adottato nel caso gli arbitri

dell' art. 827 c.p.c.), in *Riv. arb.*, 1999, 248 ss.; TARZIA, *Sub art. 19, in Legge 5 gennaio 1994 n. 25*, a cura di Giuseppe Tarzia, Riccardo Luzzatto ed Edoardo Flavio Ricci, Padova, 1995, 155; RUFFINI, *La divisibilità del giudizio arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1995, 39; RASCIO, *La decisione*, in *Diritto dell' arbitrato*, a cura di Giovanni Verde, Torino, 2005, 403 ss. secondo il quale il ricorso al provvedimento dell' ordinanza sarebbe stato giustificato per quelle questioni che non fossero state idonee, neppure astrattamente, a chiudere il procedimento arbitrale. In giurisprudenza, Cass. Sez. Un., 19 luglio 1957, n. 3050, in *Giust. civ.*, 1957, I, 1460. In senso contrario prima della riforma del 1994, Cass. 12 luglio 1979, n. 4020, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, 1695; Cass. 9 luglio 1965, n. 1431, in *Foro it.*, 1966, I, 571. Orientamento poi abbandonato prima delle recente riforma in quanto la Corte di Cassazione ritenne ammissibile che gli arbitri rendessero lodi parziali su domande e lodi non definitivi su questioni pur ritenendoli impugnabili solo con la pronuncia definitiva. Cfr. Cass. 12 luglio 1979, n. 4020, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, 1695; Cass. Sez. Un. 9 giugno 1986, n. 3835, in *Rassegna dell' arbitrato*, 1986, 220, n. 3. Contro la lettura sopra esposta, LA CHINA, *L' arbitrato: il sistema e l' esperienza*, Milano, 1999, 140 ss. per il quale la scelta fra ordinanza e lodo sarebbe dipeso unicamente dalla volontà degli arbitri e non dal tipo di questione risolta.

³⁶³ Tutte questioni idonee, anche astrattamente, a definire il giudizio

³⁶⁴ Per il carattere decisorio del provvedimento reso su tale eccezione si veda la risalente Cass., Sez. Un., 19 luglio 1957, n. 3050, in *Giust. civ.*, 1957, I, 1460

³⁶⁵ PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., II, 2000, 71; TARZIA, *Sub art. 19 l. 5 gennaio 1994, n. 25, in Legge 5 gennaio 1994, n. 25*, a cura di Giuseppe Tarzia, Riccardo Luzzatto ed Edoardo Flavio Ricci, Padova, 1995, 155; CALIFANO, *Il sistema d'impugnazione dei lodi non definitivi della nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1995, 38 ss. Secondo l' autore la riprova di tale distinzione sarebbe stata rinvenibile nella diversità di formulazione fra gli artt. 816 e 827 c.p.c. Secondo tale lettura, la prima norma nel riferirsi alle questioni postesi nel corso «del procedimento», conteneva un implicito riferimento alla fase istruttorio, mentre la seconda prevedendo la forma del lodo in relazione alle questioni insorte «nel giudizio arbitrale», presupponeva il passaggio alla fase di decisione. Così anche ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 827 c.p.c.*, in *Arbitrato*, a cura di Federico Carpi, Bologna, 2001, 538; RASCIO, *La decisione*, in *Diritto dell'arbitrato*, a cura di Giovanni Verde, Torino, 2005, 403 ss.

avessero deciso una o più domande o uno o più capi di domanda³⁶⁶, mentre il lodo non definitivo su questioni sarebbe stato reso nei casi in cui gli arbitri avessero risolto in senso non ostativo alla prosecuzione del giudizio una o più questioni pregiudiziali di rito o preliminari di merito³⁶⁷ tra cui l'eccezione di incompetenza arbitrale.

Peraltro, la giurisprudenza formatasi sulla disciplina applicabile prima della recente riforma, pur confermando la natura di merito della decisione in linea con la tesi privatistica dell'arbitrato, non era unanime in merito alla qualificazione ed ai termini di impugnazione della pronuncia arbitrale che avesse statuito sul potere degli arbitri³⁶⁸. Recentemente è infatti emerso un contrasto all'interno della prima sezione del Supremo Collegio, evidenziato da due pronunce che sono state rese a distanza di un mese l'una dall'altra³⁶⁹. Con la pronuncia n. 4790/2012, infatti, la Corte di Cassazione ha qualificato dapprima il lodo dichiarativo della competenza arbitrale come un lodo non definitivo su questione inerente all'ammissibilità della domanda, impugnabile solo unitamente al lodo definitivo³⁷⁰. Con la sentenza n.

³⁶⁶ Dunque a lodi attributivi di un bene della vita, produttivi di effetti giuridici nella sfera giuridica dei litiganti e idonei ad essere portati in esecuzione nei confronti della parte soccombente. Sul punto, LUISO, *Le impugnazioni del lodo dopo la riforma*, in *Riv. arb.*, 1995, 20; CALIFANO, *Il sistema d'impugnazione dei lodi*, cit., 41; RASCIO, *La decisione*, cit., 401.

³⁶⁷ Ossia a lodi la cui emanazione, pur non esauendo il potere decisorio degli arbitri rispetto alla controversia, li avrebbero vincolanti nel prosieguo del giudizio arbitrale, nel senso che con il lodo parziale o il lodo definitivo che fossero stati resi successivamente gli arbitri non avrebbero potuto disattendere la loro precedente statuizione. Inoltre, laddove tali lodi non fossero stati impugnati unitamente alla pronuncia definitiva o nel caso l'impugnazione fosse stata rigettata, il giudice, quand'anche pronunci la nullità del lodo definitivo per vizi suoi propri, non avrebbe potuto compiere un nuovo esame delle questioni decise con la pronuncia non definitiva, la cui efficacia conformativa rimane estesa anche all'eventuale fase rescissoria. Per un approfondimento, CAVALLINI, *Questioni preliminari di merito e lodo non definitivo nelle riforma dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 1159; LUISO, *Intorno agli effetti dei lodi non definitivi o parzialmente definitivi*, nota ad Arbitro unico Vercelli, 20 febbraio 1997, in *Riv. arb.*, 1998, 594; RUFFINI, *La divisibilità del giudizio arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1999, 443; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 827 c.p.c.*, in *Arbitrato*, cit., 2007, 670.

³⁶⁸ Alcune decisione, inoltre, sulla base di una lettura negoziale dell'arbitrato hanno statuito che, essendo questione relativa alla sussistenza della *potestas judicandi* arbitrale una questione sostanziale, il lodo che la decide deve essere considerato come lodo parziale di merito e, pertanto, immediatamente impugnabile. Cfr., Cass., 6 aprile 2012, n. 5634, in *Riv. arb.* 2014, 135 con nota di Debernardi. Sul punto in dottrina, PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., 212.

³⁶⁹ Cfr. Cass. 26 marzo 2012, n. 4790 e Cass. 6 aprile 2012, n. 5634 disponibili in *JurisData*. Per un approfondimento sulla questione, DE BERNARDI, *Sull'impugnazione dichiarativo della competenza arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2014, 135 ss.

³⁷⁰ Si legge infatti che «il lodo non definitivo ha risposto solo a quesiti preliminari di merito, nel rilevare la esistenza dei poteri cognitivi del collegio e la sua regolare costituzione, con la conseguenza che tali statuizioni non investono, neppure in parte, l'oggetto della controversia sull'esecuzione dell'appalto esaminato dalla successiva decisione definitiva e con questa soltanto possono correttamente impugnarsi». Nel medesimo senso, peraltro, si è espressa anche la Corte d'Appello

634/2012, invece, la stessa Sezione muovendo dall' equiparazione tra lodo non definitivo che afferma la validità di una convenzione di arbitrato e le sentenze non definitive su questione preliminari di merito, è giunta a sostenere che il lodo non definitivo, essendo di merito, avrebbe dovuto essere immediatamente impugnato³⁷¹ e, a causa della mancata impugnazione tempestiva del lodo, ha statuito che sulla questione della esistenza di una clausola arbitrale conferente agli arbitri la *potestas iudicandi* avrebbe dovuto ritenersi formato il "giudicato"³⁷².

A fronte di un tale contrasto, anche alla luce delle incertezze interpretative della nuova disciplina, non si può che auspicare un intervento risolutore da parte delle Sezioni Unite che potrebbero cogliere l'occasione per fare chiarezza sul punto anche alla luce delle significative novità introdotte dalla novella del 2006.

3.1 I risvolti interpretativi a seguito della riforma

La posizione sin'ora assunta dalla giurisprudenza, tuttavia, dovrebbe essere rivisitata alla luce della normativa vigente che ha attribuito una natura processuale all'eccezione di incompetenza basata sulla inesistenza, invalidità, inefficacia e portata della convenzione arbitrale³⁷³.

La novellazione degli articoli 817 c.p.c. e 819 *ter* c.p.c. hanno infatti indotto molti autori a ritenere che tale eccezione sia oggi restituita all' ambito delle questioni processuali quale trasposizione nel diritto dell'arbitrato del principio di

di Roma, con la sentenza dell'11 aprile 2013, edita in *Riv. arb.*, 2013, 963 ss, con nota di MARINUCCI, *Note sul contrasto fra lodo non definitivo e lodo definitivo nel giudizio di impugnazione per nullità*.

³⁷¹ Alla stregua di un lodo parziale.

³⁷² Una critica relativa all' uso di tale termine è stata mossa da MARINUCCI, *Sull' impugnazione del lodo relativo alla competenza arbitrale*, cit., il quale osserva come: "Invero, è probabile che, nell'utilizzare tale termine, i giudici di legittimità abbiano inteso riferirsi al giudicato formale, volendo significare soltanto la sopravvenuta insindacabilità, nell'ambito di quel giudizio, della decisione arbitrale relativa alla questione di competenza; del resto, è noto come la Corte di cassazione abbia da sempre ritenuto che la statuizione sull'eccezione d'incompetenza non possa costituire un capo autonomo della decisione (emessa dagli arbitri o dal giudice ordinario) e che, pertanto, essa non sia idonea ad acquisire l'autorità della cosa giudicata ai sensi dell'art. 2909 c.c.. Si consideri inoltre che, nonostante il diverso avviso della dottrina, tale orientamento, tradizionalmente fondato sul carattere processuale attribuito all'*exceptio compromissi* e su un'interpretazione rigorosa del principio di *Kompetenz-Kompetenz*, non è parso subire significativi mutamenti nemmeno all'indomani del revirement del 2000."

³⁷³ Cass. Sez. Un., ord. 6 settembre 2010, n. 19047, in *Corr. giur.*, 2011, 45 ss., con nota di CASTAGNOLA-CONSOLO-MARINUCCI, *Sul dialogo (impossibile?) fra Cassazione e dottrina, nella specie sulla natura (mutevole?) dell'arbitrato*, secondo la quale già prima della riforma del 2006, l'eccezione con la quale si faceva valere in giudizio una convenzione di arbitrato doveva qualificarsi come a contenuto processuale e non di merito.

kompetenz-kompetenz, ancorché rimanga poi dubbio se essa vada qualificata come questione di giurisdizione, di competenza o di ammissibilità della domanda³⁷⁴. In mancanza di chiarezza del dettato normativo è ragionevole ritenere che la decisione, qualora non venga resa unitamente al merito, dovrà essere resa con lodo di rito³⁷⁵ mediante il quale gli arbitri dichiareranno o declineranno la propria potestà decisoria³⁷⁶, non potendo gli stessi limitarsi ad una cognizione incidentale della questione.

Tuttavia si potrebbe ancora ritenere che gli arbitri nel decidere la questione relativa alla propria *potestas decidendi* possano emettere indifferentemente con la forma dell'ordinanza o con quella del lodo e, infine, sostenere che, ove resa sotto forma di lodo, essa possa essere impugnata solo unitamente alla pronuncia definitiva³⁷⁷. Tuttavia si rileva che la novella è intervenuta sulla disciplina delle ordinanze nel procedimento arbitrale e il nuovo art. 816-*bis* c.p.c. prevede che “*su tutte le questioni che si presentano nel corso del procedimento gli arbitri, se non ritengono di provvedere con lodo non definitivo, provvedono con ordinanza revocabile non soggetta a deposito*”.

Il tenore della norma sembrerebbe rimettere agli arbitri ogni valutazione in ordine all'opportunità di adottare la forma del lodo piuttosto che quella dell'ordinanza. Secondo una parte della dottrina questa disposizione avrebbe sancito la piena fungibilità dei due provvedimenti rispetto alle questioni pregiudiziali di rito ed alle preliminari di merito³⁷⁸ per cui la norma sembrerebbe rimettere agli arbitri ogni valutazione in ordine all'opportunità di adottare la forma del lodo piuttosto che quella dell'ordinanza. Ritengo tuttavia maggiormente condivisibile quella corrente minoritaria che, non ritenendo pienamente fungibili i due provvedimenti, continua a ritenere che la scelta fra lodo o ordinanza debba

³⁷⁴ DEBERNARDI, *Sull'impugnazione del lodo dichiarativo della competenza arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2014, 148.

³⁷⁵ VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, II ed., Torino, 2010, 26. Secondo l'Autore il lodo dovrebbe essere parziale qualora la parte abbia chiesto espressamente agli arbitri una decisione sulla validità ed efficacia del patto compromissorio, mentre dovrebbe essere non definitivo nel caso si sia limitata a sollevare la relativa eccezione.

³⁷⁶ BOCCAGNA, *Sub art. 817 c.p.c.*, in *Aa. Vv.*, *Codice di procedura civile commentato*, diretto da Consolo, IV ed., Milano, 2010, III, p. 1906; NELA, *Sub art. 817, cit.*, 1769 ss.

³⁷⁷ DE ZANETTI, *Il lodo*, in *AA.VV.*, *Arbitrato*, a cura di Bonelli Erede Pappalardo, Milano, 2012, 191, nonché MARINUCCI, *op. ult. cit.*, 967.

³⁷⁸ Punzi, *Disegno sistematico*, cit., II, 2012, 386; LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, IV ed., Milano, 2011, 232; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 827 c.p.c.*, in *Arbitrato*, cit., 2007, 658 ss; GHIRGA, *Sub art. 816 bis c.p.c.*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di Sergio Menchini, Padova, 2010, 212, secondo la quale la discrezionalità degli arbitri troverebbe comunque un limite nella regolamentazione imposta dalle parti ai sensi del medesimo art. 816 *bis* c.p.c.

essere operata sulla base della considerazione che la questione sia astrattamente idonea o meno a definire il giudizio³⁷⁹ e che, pertanto, tutte le questioni che potrebbero concludere il giudizio vadano decise con la forma del lodo, salvo che le parti prima dell' inizio del procedimento abbiano imposto diversamente. Tale opzione interpretativa sembrerebbe sorretta anche dal dettato normativo dell'art. 817, 1° comma c.p.c. a mente del quale in caso di contestazione della *potestas iudicandi* degli arbitri, gli arbitri “decidono” sulla propria competenza. E' pertanto ragionevole ritenere che con tale dettato normativo il legislatore abbia voluto assicurarsi che ogni questione relativa alla *potestas iudicandi* degli arbitri fosse stata risolta con una decisione e non con un provvedimento revocabile o modificabile come l' ordinanza³⁸⁰. Al contrario, ammettendo che la questione possa essere decisa con ordinanza ex art. 816 bis c.p.c. si rischierebbe di far nascere una forte discrasia rispetto al giudizio ordinario dove, invece, la questione di competenza è decisa con il provvedimento della sentenza.

Inoltre, sebbene tale opzione interpretativa ritiene che, nel caso gli arbitri rendano una decisione meramente dichiarativa del proprio potere decisorio, la stessa debba essere resa con lodo non definitivo³⁸¹ ritengo maggiormente condivisibile quella dottrina³⁸² che ritenendo la questione rientranti tra quelle di merito relativa alla valutazione del negozio compromissorio, ritiene la decisione debba essere assunta con un lodo parziale di merito e come tale immediatamente

³⁷⁹ G.F. RICCI, *Sub art. 816 bis c.p.c.*, in *Arbitrato*, cit., 2007, 405 ss., secondo cui la forma dell'ordinanza revocabile mal si concilierebbe con la risoluzione di questioni «di per sé idonee a chiudere il giudizio e quindi destinate ad una stabilità»; DALFINO, *Lodi non definitivi su questioni preliminari di merito*, in AA. VV., *Sull' arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 303-322, in particolare 315, il quale sottolinea come a seguito della riforma operata dal d. lgs. 40/2006 “...gli arbitri decidono con lodo (non definitivo, ove la decisione sia in senso non ostativo) le questioni che appaiono idonee a definire il giudizio e con ordinanza le altre. Il punto merita un maggior chiarimento. Dal combinato disposto degli articoli 816-bis, ultimo comma e 827, 3° comma, c.p.c., diversamente da quello che pur autorevolmente si ritiene in dottrina, non sono affatto depositari di un potere totalmente discrezionale di deroga al principio di indisponibilità della disciplina dei provvedimenti. Essi sono chiamati a risolvere con ordinanza tutte le questioni che si presentano nel corso del procedimento, ma non quelle idonee a definire il giudizio, che, invece, vanno decise con lodo non definitivo”, proseguendo che “Sembra ragionevole, dunque, non far dipendere il regime di stabilità, efficacia ed impugnazione del provvedimento dalla mera valutazione degli arbitri, ma ancorare tale valutazione a un parametro oggettivo, quale appunto l'idoneità della questione a definire il giudizio”. In tale senso a seguito della recente riforma anche VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, III ed., Torino, 2010, 148 ss.

³⁸⁰ NELA, *Sub art. 817 c.p.c.*, in *Le recenti riforme*, cit., 1770; PELLEGRINELLI, *Sub art. 817*, in AA. VV., *Commentario delle riforme del processo civile*, Padova, 2009, 818; LUISO, *Rapporti tra arbitro*, cit., 780; G.F. RICCI, *Sub art. 817 c.p.c.*, in *Arbitrato*, cit., 2007, 477.

³⁸¹ IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 224.

³⁸² SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 809. In senso conforme, ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 827 c.p.c.*, in *Arbitrato*, cit., 2007, 658.

impugnabile, sebbene tale soluzione possa stridere con la natura processuale dell'eccezione.

Infatti, il lodo reso dagli arbitri sulla propria *potestas iudicandi* non può ricevere il trattamento processuale di una decisione sulla competenza in senso tecnico³⁸³. Ostanto a tale qualificazione sia la mancata possibilità di esperire contro tale decisione il regolamento di competenza, nonché l'esclusione operata dall'art. 819-ter, comma 2, c.p.c., come evidenziato dalla Consulta nella propria sentenza n. 223/2013³⁸⁴. In tale sentenza la Suprema Corte ha innanzitutto confermato la relazione biunivoca delle esclusioni contemplate dall'art. 819-ter (la cui rubrica parla di "Rapporti tra arbitri e autorità giudiziaria") e, a valle di un lungo *iter* argomentativo, ha constatato l'inapplicabilità in tali rapporti delle regole corrispondenti agli artt. 44, 45 e 295 c.p.c. Va sottolineato, infatti, che se i rapporti tra arbitrato e giudizio ordinario avessero potuto configurarsi in termini di competenza, la Consulta avrebbe dovuto dichiarare l'incostituzionalità della stessa norma anche con riferimento all'impossibilità di applicare gli artt. 44-45 c.p.c., in virtù dell'inscindibile legame sussistente con il venir meno della norma impugnata³⁸⁵.

Ciò non toglie, secondo parte della dottrina, che si tratti comunque di una "decisione sulla competenza", espressione propria del principio di *kompetenz-*

³⁸³ IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 224.

³⁸⁴ Nell'ambito delle pronunce declinatorie del giudice e dell'arbitro e in riferimento all'ambito di applicazione dell'art. 819-ter, comma 2, c.p.c. la sentenza ha concluso nel senso che la disposizione "inibisce l'applicazione di regole corrispondenti a quelle annunciate dall'art. 50 c.p.c., tanto nel caso in cui sia l'arbitro a dichiararsi incompetente a favore del giudice statale, quanto nell'ipotesi inversa". In contrasto con quanto statuito dalla Corte di Cassazione con l'ordinanza del 6 dicembre 2012, n. 2202, in *Rep. For it.*, voce Arbitrato, n. 122 dove era stato statuito che "l'art. 819-ter laddove afferma che "nei rapporti tra arbitrato e processo" non si applica l'art. 50 c.p.c. riguarda solo il caso in cui siano gli arbitri ad escludere la loro competenza ed a riconoscere quella del giudice ordinario; allorquando, invece, sia il giudice togato a dichiarare la propria incompetenza a beneficio di quella degli arbitri, oppure sia la corte di cassazione, adita con riferimento ad una pronuncia affermativa della competenza del giudice ordinario, a dichiarare la competenza degli arbitri oppure a rigettare, per ragioni di rito o di merito, l'istanza di regolamento contro una pronuncia declinatoria, è possibile la riassunzione dinanzi agli arbitri nel termine fissato o, in mancanza, in quello previsto dall'art. 50 c.p.c., con salvezza dell'effetto interruttivo c.d. istantaneo della prescrizione ai sensi dell'art. 2945, comma 2°, stesso codice". Sul punto, IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 152.

³⁸⁵ IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 158-160 la quale osserva come "La caducazione integrale delle esclusioni disposte dall'art. 819-ter c.p.c. avrebbe comportato una riconduzione piena nel rapporto tra i due processi nei rapporti di competenza. Ma così non è stato. I riferimenti puntuali alla disciplina del difetto di giurisdizione e non già alla ugualmente completa ed esaustiva disciplina della competenza invocata dai remittenti a sostegno della questione sollevata e del tutto obliterata dalla Consulta, mostrano un differente percorso argomentativo".

³⁸⁵ *Idibem*, 224.

kompetenz nella sua accezione primaria³⁸⁶. Vi sono poi, secondo altri, alcune disposizioni che sembrano invece attribuire alla questione relativa alla validità, all'efficacia e all'ampiezza della convenzione arbitrale il rango di autonomo bene della vita³⁸⁷. In particolare, l'ultimo comma dell'art. 819 *ter* ammettendo implicitamente la proposizione di domande aventi ad oggetto la questione inerente alla sussistenza competenza arbitrale³⁸⁸, sembrerebbe legittimare l'idea che detta questione possa essere decisa con efficacia di giudicato anche quando sorga nell'ambito di una controversia avente ad oggetto il rapporto giuridico sostanziale. Tenendo conto di questi elementi, dovrebbe ritenersi che la pronuncia sull'eccezione d' incompetenza richieda auspicabilmente la forma del lodo e che essa costituisca una decisione parziale, come tale immediatamente impugnabile³⁸⁹. Una opzione interpretativa che sembrerebbe essere l'unica in grado di garantire che la questione venga definita nel più breve tempo possibile in modo da stabilizzare l'andamento del procedimento arbitrale senza dover attendere il termine della procedura.

4 L'impugnazione del lodo che decide sul potere decisorio degli arbitri. L'impugnazione per nullità

Una volta che gli arbitri abbiano reso una decisione sull' eccezione di incompetenza arbitrale, affermando o negando la propria *potestas iudicandi*, il lodo potrà essere impugnato con i mezzi d' impugnazione previsti dall' art. 827 il quale, a seguito della riforma del 2006, stabilisce che: *“Il lodo è soggetto soltanto all' impugnazione per nullità, per revocazione o per opposizione di terzo”*.

Fino all' entrata in vigore della novella del 1994 alcuni autori si erano interrogati sulla esperibilità del regolamento di competenza quale mezzo d'

³⁸⁶ *Idibem*, 224.

³⁸⁷ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 827 c.p.c.*, in *Arbitrato*, cit., 2007, 658; MARINUCCI, *ult. op. cit.*.

³⁸⁸ La disposizione esclude che in pendenza del giudizio arbitrale possano essere proposte domande giudiziali aventi ad oggetto l'invalidità o l'inefficacia della convenzione d'arbitrato. Essa è stata interpretata *a contrario* nel senso che, prima di tale momento, la proposizione di simili domande sarebbe ammissibile. In tal senso, LUISO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, cit., 776; BOVE, *Ancora sui rapporti*, cit., 361. In senso contrario v. però NELA, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in *Le recenti riforme*, cit., 1821. Tale lettura ha trovato riscontro nella giurisprudenza di legittimità; cfr. Cass., 4 agosto 2011, n. 1709, in *Foro it.*, 2012, 1143. In senso contrario v. però NELA, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in *Le recenti riforme*, cit., 1821.

³⁸⁹ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 827 c.p.c.*, in *Arbitrato*, cit., 2007, 658.

impugnazione della sentenza arbitrale³⁹⁰. Interrogativo che sorgeva nell'ambito del vecchio orientamento giurisprudenziale che collocava la questione inerente alla sussistenza della *potestas* arbitrale fra le questioni di competenza e dalla portata generale del regolamento di competenza esperibile nei confronti di tutte le pronunce aventi ad oggetti questioni di competenza. Tuttavia, sia la giurisprudenza che la maggioranza della dottrina escludeva che tale mezzo di impugnazione potesse essere utilizzato nei confronti della pronuncia arbitrale ritenendo che la pronuncia resa in sede di regolamento di competenza non sarebbe stata idonea ad esplicare effetti nei confronti degli arbitri³⁹¹. Sebbene tale presunta inefficacia nei confronti degli arbitri sembra aver perso la sua valenza, la nuova formulazione dell'art. 827 ha introdotto l'avverbio "soltanto" che precede l'elencazione dei mezzi di impugnazione ammessi contro il lodo il quale rafforza il carattere tassativo dei mezzi di impugnazione ammessi secondo la nuova disciplina³⁹².

Ai fini della presente indagine sarà preso in considerazione brevemente solo l'impugnazione per nullità del lodo che può essere esperita nei confronti della decisione arbitrale che abbia statuito sulla *potestas iudicandi* degli arbitri. Essendo tale strumento un mezzo di impugnazione a critica vincolata³⁹³, esso prevede una serie di motivi utilizzabili per impugnare la decisione arbitrale resa dagli arbitri ai sensi dell'art. 817 c.p.c.. In particolare, le fattispecie previste dall'art. 829, comma 1°, c.p.c., permettono l'impugnazione del lodo per una serie di motivi, alcuni dei quali ripropongono *mutatis mutandis* le questioni già analizzate nell'ambito della disciplina dell'art. 817 c.p.c. In particolare, il motivo n. 1 prevede che il lodo potrà essere impugnato nel caso gli arbitri "incompetenti" si siano pronunciati nonostante l'*invalidità della convenzione d'arbitrato*". Il motivo n. 2 potrà essere usato nel caso gli arbitri non siano stati nominati con le forme e nei modi previsti dal codice di rito. Il n. 4 nel caso sia stato reso un lodo *extra compromissum*. Inoltre, a seguito della riforma il legislatore ha disciplinato il regime d'impugnazione della pronuncia con cui gli arbitri si siano dichiarati privi della *potestas iudicandi*. In tal caso

³⁹⁰ ANDRIOLI, *Commento*, cit., 844.

³⁹¹ Cass., 18 dicembre 1973, n. 3433, in *Giust. civ.*, 1974, I, 1110.

³⁹² BOCCAGNA, *Sub art. 827*, cit., 447.

³⁹³ L'atto di citazione deve contenere la deduzione di alcuno dei motivi di nullità tassativamente individuati dall'art. 829 c.p.c., con onere quindi sulla parte che impugna di specificare i motivi per i quali si impugna una decisione, non essendo sufficiente una semplice critica libera alla decisione sfavorevole. In giurisprudenza, Cass., 8 aprile 2011, n. 8049, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 561.

la pronuncia potrà essere impugnata ai sensi dell' art. 829, comma 1°, n. 10 che consente l'impugnazione quando "il merito della controversie doveva essere deciso dagli arbitri" consentendo di impugnare tutte quelle decisioni con cui gli arbitri abbiano omesso di decidere il merito della controversia per motivi di carattere processuale, fra cui la stessa pronuncia declinatoria³⁹⁴.

Infine, nel caso sia stato invece reso un lodo su una controversia non compromettibile la quale, come già visto, non soggiace ad alcuna preclusione processuale esso potrà essere sindacato in ogni tempo sia con un'autonoma azione di accertamento innanzi l'autorità giudiziaria ordinaria che con l'opposizione all'esecuzione del *decisum arbitrale*³⁹⁵.

4.1 Il giudizio di nullità di fronte la Corte d' Appello ed alcune questioni di coordinamento

Fino alla recente novella la tesi privatistica invalsa fra il 2000 e il 2006 aveva condotto la giurisprudenza a ritenere che l'esame della Corte d' Appello quale giudice dell'impugnazione per nullità del lodo comportasse anche un esame della decisione arbitrale assunta in merito alla validità e all'interpretazione della convenzione arbitrale³⁹⁶.

In realtà l'impugnazione per nullità del lodo è una figura *sui generis* e come tale di difficile assimilazione ai normali mezzi di impugnazione. Attraverso tale strumento non si chiederà alla Corte d' Appello³⁹⁷ un giudizio in ordine alla correttezza della decisione che gli arbitri abbiano reso sull'eccezione d'incompetenza, ma una decisione *ex novo* sulla medesima questione³⁹⁸. In particolare la Corte non esaminerà alcuna questione di merito in senso proprio, ma

³⁹⁴ MARINUCCI, L' impugnazione, cit., 205. *Contra*, LA CHINA, L' arbitrato, cit., 252 il quale riconduce la fattispecie al motivo regolato dall' art. 829, 3° comma c.p.c.; SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 906 che conduce invece tale lodo nella fattispecie di cui all' art. 829, 1° comma, c.p.c.

³⁹⁵ CAVALLINI, L' arbitrato rituale. *Clausola compromissoria e processo arbitrale*, Egea, 2009, 174.

³⁹⁶ Cass, 21 settembre 2004, n. 18917, in *Riv. arb.*, 2005, 275.

³⁹⁷ PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., 175.

³⁹⁸ LUIO, *Rapporti tra arbitro*, cit., 781 per il quale la questione di competenza dovrebbe presentarsi alla Corte d'appello «vergine»; BOVE, *Ricadute sulla disciplina*, cit., 90; RUFFINI-BOCCAGNA, *Sub art. 829 c.p.c.*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, a cura di Massimo V. Benedettelli, Claudio Consolo e Luca Radicati di Brozolo, Padova, 2010, 340; LUIO-SASSANI, *Riforma del processo civile: commentario breve agli articoli riformati del codice di procedura civile*, Milano, 2006, 299; così già Cass., 13 ottobre 1986, n. 5983, in *Foro it.*, 1987, 851.

si soffermerà sulla questione della validità della convenzione arbitrale e, pertanto, implicitamente sull'appartenenza della competenza agli arbitri di decidere la controversia³⁹⁹. Ciò significa che il sindacato devoluto al giudice dell'impugnazione si rivolge direttamente alla convenzione arbitrale senza che si indaghino eventuali *errores in iudicando* degli arbitri⁴⁰⁰. Di conseguenza, la sentenza resa ai sensi dei motivi nn. 1, 4 e 10 dell'art. 829 deciderà sui c.d. *errores in iudicando de modo procedendi*⁴⁰¹ conservando il carattere processuale proprio della questione decisa⁴⁰²

Il nuovo articolo 830, 2° comma c.p.c. statuisce che «*Se il lodo è annullato per i motivi di cui all'art. 829, commi primo, numeri 5), 6), 7), 8), 9), 11) o 12), terzo, quarto o quinto, la corte d'appello decide la controversia nel merito salvo che le parti non abbiano stabilito diversamente nella convenzione di arbitrato o con accordo successivo*». Il legislatore della novella ha pertanto escluso dal novero dei casi in cui la Corte d'appello può decidere il merito della lite tutte quelle fattispecie ricomprese nell' art. 817 c.p.c. riguardanti il principio di *kompetenz-kompetenz* degli arbitri.

Pertanto, in caso di accoglimento della questione relativa alla *potestas iudicandi* degli arbitri, alla fase rescindente della decisione non seguirà la fase rescissoria dell'impugnazione ai sensi dell'attuale articolo 830, 3° comma c.p.c.⁴⁰³ e, pertanto, non sarà possibile che la questione sulla *potestas iudicandi* degli arbitri possa tradursi in una domanda di accertamento con efficacia di giudicato sostanziale sulla validità o l'interpretazione della convenzione arbitrale⁴⁰⁴.

Ne consegue che per ottenere la declaratoria di invalidità o validità della convenzione arbitrale la parte interessata dovrà proporre la c.d. *querela nullitatis*

³⁹⁹ Cass., 23 gennaio 1990, n. 354, in *Riv. arb.*, 1991, 79.

⁴⁰⁰ VERDE, *Lineamenti*, cit., 22 ss.

⁴⁰¹ Per un approfondimento, CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, III ed., CEDAM, 2012, 282 ss.; BALENA, *Questioni processuali e sindacato del "fatto" in cassazione*, in *Il giusto processo civile* 2012, 837 ss.

⁴⁰² In conformità all' art. 817 c.p.c. che collocando l'eccezione di difetto di competenza arbitrale fra le questioni di rito conferma che la sussistenza del potere decisorio degli arbitri costituisce il presupposto per la decisione del merito della lite.

⁴⁰³ Il quale statuisce che «*Quando la corte d'appello non decide nel merito, alla controversia si applica la convenzione di arbitrato, salvo che la nullità dipenda dalla sua invalidità o inefficacia*». VECCHIONE, *L'arbitrato*, cit., 656

⁴⁰⁴ CAVALLINI, *L'arbitrato rituale*, cit., 176 il quale osserva come «*Il legislatore cerca in ogni modo di prevenire (il che è davvero lodevole) che l'inesistenza della clausola, non potendo essere sanata nemmeno dal passaggio in giudicato della sentenza della Corte d'Appello che ha pronunciato sull' eventuale rescissorio, possa dare luogo a quel sindacato in sede giurisdizionale in ogni tempo – l' actio o querela nullitatis, per l' appunto –, che verrebbe a significare il fallimento dell'arbitrato come strumento alternativo e sostitutivo della giurisdizione*». IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 231 la quale osserva che «*non essendo concepibile che la contestazione della potestas iudicandi arbitrale si traduca di fronte all' arbitro in una richiesta di accertamento a fini sostanziali, la possibilità è preclusa anche al giudice dell'impugnazione*».

innanzi l'autorità giudiziaria ordinaria⁴⁰⁵. Considerato, inoltre, che l'oggetto del giudizio di nullità è costituito dalla validità del lodo si potrebbe ragionevolmente ritenere che, laddove la Corte d'appello annulli il lodo ravvisando l'incompetenza degli arbitri, essa non possa procedere anche all'individuazione del giudice concretamente competente a conoscere il merito della controversia. Al riguardo è doveroso ricordare che l'art. 830, 3° comma, c.p.c. stabilisce che: *“Quando la corte d'appello non decide nel merito, alla controversia si applica la convenzione di arbitrato, salvo che la nullità dipenda dalla sua invalidità o inefficacia”*. In virtù di tale disposizione si potrebbe semplicemente ritenere che anche nel caso di annullamento del lodo dichiarativo la sentenza della Corte d'Appello possa essere considerata una decisione sulla *potestas iudicandi* degli arbitri che sancisca semplicemente l'*“ultrattività della convenzione arbitrale”*⁴⁰⁶, sebbene in realtà tale pronuncia sembra in realtà indicare l'organo a cui spetti la cognizione della controversia⁴⁰⁷.

Infatti, uno degli aspetti più interessanti del nuovo sistema d'impugnazione è costituito dall'effetto meramente rescindente dell'impugnazione stessa con contestuale “restituzione” a un *nuovo* arbitrato nel caso la *potestas iudicandi* degli arbitri venga confermata. Posto che la successiva fase processuale è un accidente consentito dal legislatore a completamento del giudizio rescindente, nel caso la fase rescissoria non si celebri la funzione dell'impugnazione terminerà con la pronuncia rescindente. Ci si potrebbe tuttavia chiedere se, terminata la fase rescindente dell'impugnazione le parti possano decidere di rivolgersi al giudice ordinario, o se ci sia bisogno di un nuovo “accordo” per instaurare una nuova procedura arbitrale.

⁴⁰⁵ IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 231; CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, cit., 474.

⁴⁰⁶ La continuità dell'efficacia è affermata da BOVE, *Impugnazione per nullità del lodo pronunciato in carenza del patto compromissorio*, in *Riv. arb.*, 1997, 382 ss.; FAZZALARI, *Osservanza dovuta al patto compromissorio: quando il suo vincolo perdura dopo la dichiarazione di nullità del lodo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1992, 272 ss. il quale osserva che, salvo contrario avviso delle parti: *“se e in quanto uscito indenne dalla fase rescindente dell'impugnativa del lodo [...] il patto compromissorio continua a svolgere efficacia”*.

⁴⁰⁷ RUFFINI-BOCCAGNA, Sub art. 830, in *Codice di procedura civile commentato*, diretto da Consolo, Milano, 2007 i quali hanno inquadrato la fattispecie in termini di «annullamento con rinvio restitutorio», ipotizzando finanche la necessità di fissazione di un termine per la riassunzione dinnanzi agli arbitri, la cui osservanza farà sì che il nuovo arbitrato si configuri non come giudizio autonomo, ma come prosecuzione del medesimo giudizio, con conseguente conservazione degli effetti della (originaria) domanda di arbitrato. Ricostruzione che, tuttavia, pare essere priva di una carenza normativa come giustamente osserva CAVALLINI, *L'arbitrato rituale*, cit., 185; sul punto anche IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 233-235 la quale commentando la soluzione interpretativa in commento osserva che *“Inoltre se effettivamente si fosse voluto prevedere un annullamento restitutorio, la disposizione avrebbe dovuto individuare sempre il giudicante al quale effettuare il rinvio e non limitarsi a dettare una regola unidirezionale valevole soltanto nei confronti degli arbitri. La determinazione del togato competente, invece, passa per regole diverse e variamente declinabili a seconda del vizio del lodo e della volontà espressa dai compromittenti”*.

Considerato il dettato normativo dell'art. 830, 3° comma c.p.c. non sembrerebbe che si possa procedere ad un'interpretazione estensiva della norma⁴⁰⁸. Pertanto, del caso venga accertata la competenza arbitrale, le parti potranno rivolgersi al giudice ordinario previa risoluzione della convenzione arbitrale.

Inoltre, nel caso le parti volessero instaurare un nuovo procedimento arbitrale in virtù della decisione della Corte d'Appello che nega o conferma la *potestas iudicandi* arbitrale, attenta dottrina osserva⁴⁰⁹ come all'effetto principale della pronuncia della corte si potrebbe riconoscere l'effetto secondario dell'individuazione dell'organo giurisdicente competente. Grazie a tale lettura sarà pertanto possibile ritenere che la sentenza della Corte d' Appello potrà dispiegare degli effetti extraprocessuali e superare il consolidato orientamento per il quale non è possibile riconoscere "alla pronuncia con la quale il giudice o gli arbitri abbiano dichiarato la propria incompetenza a conoscere della controversia una qualche efficacia vincolante in caso di successiva riproposizione della domanda nell' altra sede"⁴¹⁰.

In senso ostativo al riconoscimento, in capo a tale sentenza, di un'efficacia extraprocessuale milita il rilievo secondo cui l'oggetto del giudizio demandato alla Corte d'appello sarebbe costituito esclusivamente dalla nullità del lodo, rispetto alla quale ogni altro accertamento, ivi compreso quello compiuto sul patto compromissorio, avrebbe una portata meramente strumentale⁴¹¹. La risposta positiva potrebbe tuttavia fondarsi sul tenore dell'attuale art. 830 c.p.c., il quale, nel prevedere che, in caso di annullamento del lodo, alla controversia si applichi la convenzione d'arbitrato, fa salvo il caso della nullità che dipenda da invalidità o inefficacia del lodo.

Infine, una breve riflessione è imposta sul coordinamento fra il giudizio d'impugnazione del lodo e il procedimento arbitrale nel caso la decisione sulla *potestas iudicandi* dell'arbitro venisse resa con lodo parziale ed il procedimento prosegua con l' esame del merito della controversia. Nonostante la legge riconosca

⁴⁰⁸ CAVALLINI, *L' arbitrato rituale*, cit., 185.

⁴⁰⁹ IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 234 la quale richiama la teoria dell' "effetto secondario" della sentenza civile di Liebman che rintraccia negli effetti secondari o "indiretti" quegli effetti che la legge dispone "come conseguenza immediata e automatica" di alcuni degli effetti principali e che seguono ex lege al prodursi dell'effetto principale a cui accedono. Cfr., LIEBMAN, *Efficacia e autorità della sentenza ed altri scritti sulla cosa giudicata*, Milano, 1962, 49 ss.

⁴¹⁰ Da ultimo, Cass., ord. 7 novembre 2012, n. 19268, in *Rep. Foro it.*, 2012, voce Arbitrato, n. 182 che ha escluso l'applicabilità dell'art. 42 c.p.c. avverso il lodo e, con esso, la disciplina della competenza in senso tecnico.

⁴¹¹ D'ALESSANDRO, *Sub art. 808 quinques c.p.c.*, in *Commentario alle riforme*, cit., 579; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 808 quinques c.p.c.*, in *Arbitrato*, cit., 2007, 199.

in caso di emanazione di un lodo non definitivo su questione o di lodo parziale l'automatica proroga del termine per il deposito della decisione finale, esso potrebbe rivelarsi insufficiente per operare un coordinamento preventivo fra la decisione finale e la pronuncia della Corte d'Appello. Pertanto, al fine di garantire un coordinamento fra le due sedi, sembrerebbe auspicabile procedere con una sospensione concordata del procedimento arbitrale⁴¹² in attesa della pronuncia del giudice dell'impugnazione sulla questione di competenza. Laddove, invece, il procedimento arbitrale prosegue, l'accoglimento dell'impugnazione del lodo parziale che aveva affermato la competenza arbitrale determinerà, ai sensi dell'art. 336, 2° comma, c.p.c., la caducazione del lodo definitivo che sia stato nel frattempo pronunciato. Un effetto che, ai sensi dell'art. 336 c.p.c. si produrrà immediatamente a seguito al deposito della sentenza resa dalla Corte e senza dover attendere il passaggio in giudicato della sentenza. Laddove, invece il lodo confermativo della *potestas iudicandi* arbitrale sia annullato prima della conclusione del giudizio arbitrale, gli arbitri dovranno conformarsi alla statuizione della Corte d'Appello e chiudere in rito il procedimento⁴¹³.

⁴¹² TARZIA, *Sub art. 19 l. 5 gennaio 1994, n. 25*, in *Legge 5 gennaio 1994, n. 25*, a cura di Giuseppe Tarzia, Luzzato ed E. F. Ricci, Padova, 1995, 156 ss.

⁴¹³ CAVALLINI, *L'arbitrato rituale*, cit., 145; RUFFINI-BOCCAGNA, *Sub art. 827 c.p.c.*, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di Consolo, 2010, 1193.

CAPITOLO QUARTO

EFFICACIA DEL LODO E QUESTIONI DI COORDINAMENTO

SOMMARIO: 1. PREMESSA – 2 L’EFFICACIA DELLA PRONUNCIA RESA DAGLI ARBITRI SULLA PROPRIA *POTESTAS IUDICANDI* – 2.1 SULL’AMMISSIBILITÀ DI UNA “EFFICACIA ESTERNA” DELLA PRONUNCIA DEGLI ARBITRI ALLA LUCE DELLE RECENTE RIFORMA – 2.1.2 LE RICOSTRUZIONI ALTERNATIVE DELLA DOTTRINA E LA POSIZIONE DELLA GIURISPRUDENZA – 2.2 L’EFFICACIA DELLA DECISIONE DELLA CORTE D’ APPELLO SUL LODO RESO IN PUNTO DI COMPETENZA ARBITRALE – 3 IL PRINCIPIO DI *KOMPETENZ-KOMPETENZ* NEI RAPPORTI TRA ARBITRATO E GIUDIZIO ORDINARIO – 3.1 IL PRINCIPIO DI *KOMPETENZ-KOMPETENZ* ED I LIMITI DEL GIUDICATO – 3.2 L’ ECCEZIONE DI PRECEDENTE LODO NON PIÙ IMPUGNABILE – 4 IL COORDINAMENTO FRA LA DECISIONE ARBITRALE E QUELLA DEL GIUDICE – 5 UN DIVERSO INQUADRAMENTO DEL PRINCIPIO DI *KOMPETENZ-KOMPETENZ* DELL’ARBITRO E DEI RAPPORTI TRA ARBITRO E GIUDICE ALLA LUCE DEI MODELLI STRANIERI

1. Premessa

Preso atto che a seguito della recente riforma il principio di *kompetenz-kompetenz* dell’arbitro consente a quest’ultimo di rendere una decisione sulla competenza in senso atecnico occorre comprendere quali siano i limiti posti dal nostro ordinamento a tale principio. Inoltre, si intende approfondire quali siano gli effetti che il nostro ordinamento riconosce alla decisione resa dagli arbitri al fine di evidenziare possibili problematiche che possono sorgere nei rapporti con il giudice statale. Si cercherà in particolar modo di verificare se anche nei rapporti fra arbitrato e processo ordinario trovino applicazione istituti quali la litispendenza o la *translatio iudicii* che, sulla falsariga di quanto accade nel processo ordinario a seguito dell’emanazione del codice di rito del 1940, consentono di rispettare il principio del *ne bis in idem* ed evitare il c.d. *simultaneus processus*. Lo scopo sarà quello di mostrare le problematiche che possono sorgere nei rapporti tra arbitro e giudice alla luce dell’attuale disciplina dove viene accolto il sistema delle c.d. vie parallele anche per cercare di capire attraverso un discorso de *lege ferenda* se non sarebbe invece opportuno trovare delle soluzioni preventive di coordinamento dei due procedimenti. Alternative volte ad assicurare la vera funzione sostitutiva della tutela

arbitrale che, *in primis*, dovrebbe garantire alle parti la possibilità di un definitivo radicamento della lite, anche ammettendo la possibilità di porre dei vincoli al principio di *kompetenz-kompetenz* dell'arbitro.

2. L'efficacia della pronuncia dichiarativa resa dagli arbitri sulla propria *potestas iudicandi*

La questione relativa all'efficacia della decisione degli arbitri resa in virtù dell'art. 817 è al centro di un acceso dibattito.

Prima dell'intervento della recente novella la dottrina aveva riconosciuto inizialmente che fra gli effetti del lodo vi fossero quelli propri delle sentenze processuali, ivi inclusa quella sulla competenza. In particolare, la tesi più risalente, partendo dall'assunto che la decisione sull'*exceptio compromissi* fosse assimilabile a una decisione sulla competenza⁴¹⁴, aveva ritenuto applicabile nei rapporti tra arbitrato e giudizio ordinario gli istituti del Libro I del codice di rito disciplinati agli articoli 50 c.p.c., 44 e 45 c.p.c.⁴¹⁵ Era stata riconosciuta, in tal modo, la vincolatività del lodo declaratorio nei confronti del giudice statale⁴¹⁶. Altra parte della dottrina,

⁴¹⁴ L'eccezione di patto compromissorio rituale era assimilata all'eccezione di incompetenza territoriale derogabile da cui scaturiva l'impugnabilità con regolamento di competenza della sentenza statale che decideva tale eccezione. Cfr. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, cit., p. 839 ss.; LIEBMAN, *Giudizio arbitrato e connessione di cause*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 469 ss.; ACONE, *Arbitrato e competenza*, in *Riv. arb.*, 1996, 239 ss. In giurisprudenza, Cass., 19 dicembre 1975, n. 4189, in *Foro it.*, 1976, I, c. 656 ss. Per una ricostruzione storica e comparata, BONATO, *La natura e gli effetti del lodo arbitrato. Studio di diritto italiano e comparato*, Jovene Editore, 2012.

⁴¹⁵ SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 236 ss. il quale osservava come il regolamento di competenza fosse uno strumento di impugnazione che trascendeva il giudizio ordinario in senso stretto e poteva ricomprendere ogni decisione in materia di competenza. Il tutto sarebbe poi stato confermato non solo dal fatto che le norme sul regolamento di competenza fossero potestè nel libro primo del codice di rito intitolato disposizioni generali e chiosava dicendo che: "Da tutto ciò risulta evidente come il regolamento di competenza si dimostri ammissibile anche al di fuori del concetto, più sopra esposto, che il giudice arbitri-pretore è organo giurisdizionale che si pone accanto al giudice ordinario in senso stretto".

⁴¹⁶ Prima dell'abrogazione dell'istituto dell'omologazione tale tesi si fondava da un lato dalla considerazione che la declinatoria pronunciata dal giudice ordinario avrebbe potuto esplicitare in sede arbitrale la medesima efficacia e, dall'altro, che il vecchio disposto dell'art. 825 c.p.c., non operando alcuna distinzione in relazione al contenuto del lodo avrebbe fatto sì che la declinatoria d'incompetenza avrebbe potuto formare oggetto di un'omologa. Pertanto, una volta omologato il lodo, la pronuncia arbitrale avrebbe potuto dare origine ad una normale declinatoria di competenza ai sensi del I libro del codice di rito e, pertanto, suscettibile di vincolare il giudice ordinario. Sul punto, BUONCRISTIANI, *Efficacia nel procedimento arbitrato della sentenza del giudice ordinario declinatoria della competenza a favore del collegio arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1992, 751 ss.; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, cit., 845; NELA, *Arbitrato rituale e regolamento necessario di competenza*, in *Giur. it.*, 2001, dove l'A. si è espresso in favore dell'applicazione dell'

invece, aveva assimilato tali rapporti a quelli intercorrenti fra la giurisdizione italiana e quella straniera⁴¹⁷ ed aveva ritenuto che i rapporti tra giudice ed arbitro potessero essere regolati in virtù dell'art. 4, 3° comma c.p.c. della legge di diritto internazionale privato n. 218/1995 statuendo, in tal modo, che la deroga alla giurisdizione italiana sarebbe stata inefficace se il giudice o gli arbitri ivi indicati avessero declinato la propria la giurisdizione. In tal modo, l'eventuale conflitto negativo di competenza si sarebbe risolto sempre in favore del giudice ordinario in quanto, l'eventuale pronuncia declinatoria degli arbitri, avrebbe "riattribuito" la competenza al giudice ordinario⁴¹⁸.

Nonostante le proposte della dottrina, la giurisprudenza non utilizzò i corollari derivanti dalla riconduzione dei rapporti tra arbitro e giudice nel quadro della competenza⁴¹⁹ e negò sia la vincolatività nei confronti degli arbitri della pronuncia resa dalla Corte di Cassazione in sede di regolamento di competenza⁴²⁰ che, per quanto interessa in questa sede, la decisione degli arbitri sulla propria *potestas iudicandi* nei confronti del giudice statale⁴²¹. Seguendo un'interpretazione rigorosa del principio di *kompentenz-kompetenz* la giurisprudenza esclude, dunque, che la decisione resa dagli arbitri sulla propria *potestas iudicandi* potesse dispiegare effetti al di fuori del giudizio nel quale fosse stata resa. Sia il giudice che l'arbitro sarebbero stati liberi di riesaminare la questione autonomamente, con un evidente pericolo a carico delle parti che avrebbero potuto trovarsi esposte ad un conflitto negativo di competenza.

art. 44 c.p.c. fra giudizio ordinario ed arbitrato prima del recente intervento del legislatore nel 2006. Di contrario avviso era però la giurisprudenza che non riteneva suscettibile di omologa il lodo d' incompetenza. Cfr., Cass., 27 maggio 1961, n. 1261, in *Giur. it.*, 1961, I, 881.

⁴¹⁷ BOVE, *Impugnazione per nullità del lodo pronunciato in carenza di un patto compromissorio*, in *Riv. arb.*, 1997, 538 ss., secondo l' A. l'eccezione di patto compromissorio avrebbe potuto essere assoggettata agli artt. 4 e 11 della legge di diritto internazionale privato e, pertanto, il difetto di giurisdizione del giudice ordinario avrebbe potuto essere rilevato d'ufficio solo in caso di mancata costituzione del convenuto, al quale sarebbe stata rimessa la possibilità di accettare la giurisdizione statale semplicemente costituendosi senza sollevare la relativa eccezione. Sul punto si veda altresì, ATTERITANO, *La qualificazione dell'eccezione di compromesso per arbitrato estero quale eccezione di merito: problematiche connesse di diritto interno e di diritto internazionale*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 279 ss.

⁴¹⁸ BOVE, *Rapporti tra arbitro e giudice statale*, in *Riv. arb.*, 1999, 421; ID., *Il patto compromissorio rituale*, in *Riv. arb.*, 2002, 438.

⁴¹⁹ Escludendo a tal fine l'applicabilità dell'art. 50 e dell'art. 39. Cfr., Cass. 30 agosto 2000, n. 11404, n. *Giust. civ.*, 2001, I, 2185. Sul punto, IZZO, *Della convenzione arbitrale nel processo*, cit., 76.

⁴²⁰ Cass., 31 luglio 1986, n. 4902, in *Rep. Foro. it.*, 1989, voce Appello civile, n. 47; Cass., 8 luglio 1996, n. 6205, in *Corr. giur.*, 1996, 1119 in *Riv. arb.*, 1997, 325.

⁴²¹ Cass., 7 aprile 1997, n. 3001, in *Riv. arb.*, 1997, 517; Cass., 28 marzo 1991, n. 3361, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 552.

2.1 Sull' ammissibilità di una "efficacia esterna" della pronuncia degli arbitri alla luce delle recente riforma

A seguito dell'intervento dell'ultima novella il legislatore ha restituito la questione della *potestas* arbitrale all'ambito delle questioni processuali⁴²² e sembrerebbe, a primo acchito, aver ricondotto i rapporti tra giudici ed arbitri alla categoria della competenza. L'uso del termine "eccezione d'incompetenza" nell'art. 819-ter c.p.c., unitamente al riconoscimento operato dall'art. 824-bis c.p.c. degli "effetti delle sentenza pronunciata dall' autorità giudiziaria", avrebbero potuto indurre l'interprete a ritenere che anche al lodo dichiarativo dell'incompetenza dell'arbitro si sarebbero potuti riconoscere i medesimi effetti del provvedimento con cui, nell'ambito del giudizio ordinario, un giudice dichiara la propria incompetenza in favore di un altro organo giudicante.

Tuttavia il legislatore della riforma ha esplicitamente escluso l'applicabilità degli istituti della *translatio iudicii* e del regolamento di competenza *ex* artt. 44 e 45 c.p.c.⁴²³, così precludendo, da un lato, l' applicazione della regola che in sede di giudizio ordinario riconosce alla pronuncia del giudice l'efficacia vincolante di cui all' art. 44 c.p.c. e, dall' altro, di non consentire né ai giudici né agli arbitri la possibilità di sollevare d' ufficio il regolamento di competenza⁴²⁴. Pertanto, come osserva attenta dottrina, il legislatore della novella ha recepito l'approccio giurisprudenziale consolidatosi prima della riforma⁴²⁵. Lettura, peraltro, confermata dalla recente sentenza n. 223 del 19 luglio 2013 ove la Corte Costituzionale ha dichiarato la parziale incostituzionalità dell'art. 819-ter c.p.c. nella parte in cui lo stesso escludeva l'applicabilità di una "regola corrispondente" all' art. 50 c.p.c., con espressa salvezza della "*parte restante dello stesso art. 819 ter*"⁴²⁶. Molti interpreti

⁴²² CAPPONI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di Antonio Briguglio e Bruno Capponi, III, 2° tomo, Padova, 2009, 876; PUNZI, *Luci ed ombre*, cit., 402; BOVE, *Ancora sui rapporti*, cit., 368; BOVE-CECCHIELLA, *Il nuovo processo civile*, Milano, 2006.

⁴²³ L'art. 819 ter c.p.c., 2° comma c.p.c. oggi esplicitamente statuisce che: "Nei rapporti tra arbitrato e processo non si applicano regole corrispondenti agli articoli 44, 45, 48, 50 e 295".

⁴²⁴ BOVE-CECCHIELLA, *Il nuovo processo civile*, cit., 81.

⁴²⁵ CAVALLINI, *L' arbitrato rituale*, cit., 136.

⁴²⁶ SALVANESCHI, *Arbitrato*, 2014, 697; ID., *Ancora sull'arbitrabilità delle impugnative di delibere assembleari e sulla competenza a deciderle*, in *Riv. arb.*, 2013, 928; D'ALESSANDRO, *Finalmente! La Corte costituzionale sancisce la salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda introduttiva nei rapporti tra arbitro e giudice*, in *Foro it.*, 2013, I, 2697; IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 157.

ritengono, pertanto, che il lodo reso dagli arbitri in virtù del principio di *kompetenz-kompetenz* sia da considerarsi privo di efficacia extraprocessuale⁴²⁷. Una decisione “sulla competenza” intesa in senso atecnico, espressione di quel potere che può essere riconosciuto a ciascun organo giudicante di verificare la correttezza della propria investitura alla quale, tuttavia, “*non possono essere riconosciuti effetti diversi da quelli implicati dal principio stesso*”⁴²⁸. In assenza di una regola corrispondente a quella dell’art. 44 c.p.c., pertanto, sia la decisione dell’arbitro che del giudice sulla propria *potestas iudicandi* non sarà che una decisione di rito con efficace endoprocessuale. Di conseguenza, nel caso la stessa domanda venga riproposta innanzi al soggetto che l’organo giudicante aveva ritenuto competente, le parti potranno riproporre l’eccezione d’ incompetenza e l’organo adito per secondo sarà libero di rendere una decisione in assoluta autonomia, ivi inclusa una decisione declinatoria⁴²⁹. Una lettura che finisce quasi per estremizzare il principio di *kompetenz-kompetenz* dell’arbitro permettendo sia all’ arbitro che al giudice di valutare liberamente la propria competenza in modo autonomo e senza tener conto di un’eventuale decisione assunta nell’ altra via⁴³⁰.

2.1.1 Le ricostruzioni alternative della dottrina e la posizione della giurisprudenza

Le conclusioni appena illustrate lasciano però l’interprete insoddisfatto in quanto le parti potrebbero rimanere “*prigioniere del labirinto di una doppia declinatoria: avendo speso molta attività soltanto alla ricerca di un «giudice» disposto ad occuparsi della loro controversia*”⁴³¹. Per tale ragione molti autori hanno cercato di fare in questo ambito

⁴²⁷ IZZO, *La convezione arbitrale nel processo*, cit., 225; CAVALLINI, *L’arbitrato rituale*, cit., 146 il quale nell’evidenziare i diversi problemi lasciati irrisolti dalla riforma osserva: “*Di qui, non vi è nessun indice normativo che induce a sostenere che la decisione in ordine alla «competenza» arbitrale, non più impugnabile, possa vincolare il giudice ordinario adito e alla cui cognizione è demandata l’efficacia e la validità della convezione arbitrale: il che, d’altra parte, appare perfino più coerente con il sistema delle «vie parallele», per la cui composizione si devono attendere le rispettive decisioni di merito*”.

⁴²⁸ IZZO, *La convezione arbitrale nel processo*, cit., 225.

⁴²⁹ CAPPONI, *Sub art. 819 ter*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di A. Briguglio e B. Capponi, vol. III/2, 880; BOVE, *Resta la confusione sulle liti transnazionali*, in *Guida al dir.*, 2006, fasc. 8, 105; NELA, *Sub art. 817 c.p.c.*, in *Le recenti riforme del processo civile*, Bologna, 2006, 1771; G.F. RICCI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in *Arbitrato*, cit., 2007, 506 ss.

⁴³⁰ CAPPONI, *Modestino Acone, la competenza e l’arbitrato*, in *Il giusto processo civile*, 2009, 403.

⁴³¹ CAPPONI, *Sub art. 819-ter*, in 880 *Commentario alle riforme*, cit.; VERDE, *Lineamenti di diritto dell’arbitrato*, cit., 21 ss.; FAZZALARI, *L’arbitrato*, Torino, 1997, 43; LUISO, *Rapporti tra arbitro e giudice*, cit., 785; MURONI, *La*

ogni sforzo possibile per cercare un coordinamento preventivo tra giudice statale e giudice privato al fine di evitare situazioni di conflitto.

Secondo una prima ricostruzione⁴³² le norme vigenti in materia di arbitrato consentirebbero di affermare la vincolatività della pronuncia di “incompetenza” assunta in una via di fronte al giudice dell'altra via attraverso la teoria dell'antecedente logico necessario⁴³³ o la teoria del c.d. giudicato sulla motivazione. Nel primo caso viene riconosciuta alla pronuncia d'incompetenza resa sull' *exceptio compromissi* un'efficacia conformativa nei confronti del suo presupposto fondamentale che sarebbe costituito dall'accertamento riguardante la validità e l'ampiezza della convenzione arbitrale⁴³⁴. Nel secondo caso, si attribuisce all'accertamento compiuto in ordine ai presupposti di rito della pronuncia un'efficacia esterna in tutti i giudizi che siano legati alla prima decisione da un legame logico-giuridico con i giudizi successivi⁴³⁵.

pendenza del giudizio arbitrale, Giappichelli Editore, Torino, 2008, 227 la quale, nel criticare la soluzione offerta da Luiso che vorrebbe riconoscere l'efficacia di giudicato sia alla decisione del giudice che dell'arbitro, osserva che: “[...]a nostro avviso, in mancanza di una norma espressa in tal senso, il giudicato si potrà formare sulla predetta questione solo se esiste una apposita domanda di parte, che la legge allo stato ammette de plano, dando corpo ad un bene della vita processuale”. Un'opzione esercitabile certamente innanzi il giudice ordinario ma per la quale “Non pare poi che sussistano ostacoli neppure con riferimento alla possibilità, specularmente, innanzi agli arbitri, di proporre, anziché una mera accezione, una domanda – non tanto riconvenzionale, che tale non sarebbe, bensì – di accertamento incidentale (e allora proponibile anche dall'attore in arbitrato che vi abbia interesse, stante la parallela pendenza del medesimo giudizio innanzi al giudice statale) con cui si chiede di statuire con efficacia di giudicato tra le parti sull'insorta questione relativa alla validità o efficacia della convenzione compromissoria. Residua qui semmai il problema, non tanto della c.d. clausola compromissoria di secondo grado [...] quanto semmai se sia anche in tal caso necessario il consenso di entrambe le parti [...]”.

⁴³² LUISEO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, in *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, cit., 2006, 111 ss. In senso conforme, SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 589-590. *Contra*, MURONI, *La pendenza del giudizio arbitrale*, cit., 227

⁴³³ Secondo la quale l'efficacia del giudicato si estende oltre che all'oggetto immediato della pronuncia anche al suo presupposto fondamentale.

⁴³⁴ Si veda in giurisprudenza, Cass., 28 maggio 1998, n. 5280, in *Riv. arb.*, 445 dove la Suprema Corte ha affermato che la declaratoria d'inammissibilità dell'impugnazione per nullità proposta avverso un lodo irrituale avrebbe esplicitato un'efficacia vincolante in tutti i successivi giudizi nei quali fosse sorta. Contro tale lettura, BOVE, *Ricadute sulla disciplina dell'arbitrato della legge n. 69/2009*, in *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Jovene Editore, Napoli, 2010, 81-95 il quale non riconosce l'attitudine al giudicato delle decisioni rese in via incidentale sulla questione di competenza ed osserva “Inoltre anche a voler concedere credito alla tesi criticata, essa potrebbe al più giustificare il vincolo dell'arbitro alla pronuncia di «incompetenza» del giudice statale e non anche il vincolo del giudice statale alla pronuncia di «incompetenza» dell'arbitro, perché la questione relativa alla valida esistenza di un patto compromissorio può essere oggetto di autonomo processo solo di fronte al giudice statale e non anche di fronte al giudice privato”.

⁴³⁵ CONSOLO, *Raccordi e antifonie fra arbitrato e giudizio ordinario? Profili comparatistici e transnazionali*, in *Studi in onore di Piero Schlesinger*, Milano, 2004, 3833; D'ALESSANDRO, *Pronunce declinatorie e giurisdizione: la Corte di giustizia impone limiti di efficacia europei*, in *Foro it.*, 2013, 32 il quale rileva come i giudici comunitari abbiano riconosciuto alla pronuncia resa sulla clausola di elezione di foro la medesima efficacia di qualsiasi altra pronuncia di merito e, pertanto, idonea a circolare nello spazio europeo.

Una seconda ricostruzione, invece, sostiene l' idoneità al giudicato del lodo arbitrale partendo dalla formulazione nell' art. 817 il quale statuisce che, in caso di contestazione del potere decisorio degli arbitri, questi ultimi "*decidono*" sulla propria competenza. Espressione che parrebbe suggerire che la decisione presa dagli arbitri sia una decisione idonea all'efficacia di giudicato che, ai sensi dell'art. 824-*bis* c.p.c.⁴³⁶, avrebbe la medesima efficacia della sentenza dal momento della sua sottoscrizione.

Nonostante le osservazioni della dottrina, tuttavia, la giurisprudenza non è in linea con tale ultima lettura in quanto si registrano ancora decisioni che non riconoscono effetti extraprocessuali alla decisione degli arbitri in punto di competenza. Una recente pronuncia della Corte d' Appello di Torino⁴³⁷, ad esempio, ha statuito che le decisioni degli arbitri circa la natura e i limiti della propria *potestas iudicandi*, costituendo statuizioni emesse dai giudici di merito di carattere processuale attinenti alla costituzione del giudice o alla determinazione dei suoi poteri, non spiegano alcuna efficacia esterna con riguardo a un successivo processo. Solo recentemente una pronuncia della Corte d'Appello di Milano⁴³⁸, richiamandosi alla tesi di Liebman⁴³⁹ abbracciata dalla recente pronuncia delle Sezioni Unite n. 10027 del 2012, ha statuito che in virtù dell'art. 824-*bis* c.p.c. anche alla decisione arbitrale deve essere "*attribuita – come alla sentenza di primo grado – la presunzione di conformità a diritto*" e potrà, pertanto, essere vincolante ed efficace nei confronti del giudice statale anche se non passata in giudicato⁴⁴⁰.

Nonostante tale decisione, la dottrina e la giurisprudenza maggioritaria non riconoscono alcuna efficacia esterna al lodo reso dagli arbitri in punto di *potestas iudicandi* costringendo quindi le parti a rinviare la soluzione della questione alla fase di impugnazione o di esecuzione ed esponendo le stesse a possibili conflitti negativi nei rapporti con l'autorità giudiziaria ordinaria.

⁴³⁶ SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 589; RUFFINI, *Sub Art. 817 c.p.c.*, in AA.VV., *La nuova disciplina dell'arbitrato*, 2010, 285.

⁴³⁷ Corte d'Appello di Torino, 20 settembre 2007, n. 1415, in *L'impugnazione del lodo arbitrale: Massimario di Giurisprudenza della Corte d'Appello di Torino*, disponibile sul sito della Camera Arbitrale del Piemonte, 48.

⁴³⁸ Resa in sede di impugnazione di un lodo di merito che aveva implicitamente affermato la competenza degli arbitri di conoscere la controversia.

⁴³⁹ Che riconosce effetti provvisori anche alle pronunce dichiarative e costitutive a prescindere dal loro passaggio in giudicato (*infra*).

⁴⁴⁰ AMADEI, *Vie parallele ed efficacia del lodo sul processo giurisdizionale*, in *Riv. arb.*, 2014, 372 ss.

2.2 L'efficacia della decisione della Corte d'Appello sul lodo reso in punto di competenza arbitrale

Sulla falsariga di quanto avviene anche negli ordinamenti stranieri la decisione degli arbitri sulla propria *potestas iudicandi* potrà essere impugnata per i motivi indicati nel precedente capitolo. A valle dell'esame del lodo sulla competenza, la Corte d'Appello renderà una decisione i cui effetti travalicheranno i limiti del singolo giudizio arbitrale⁴⁴¹. Tuttavia, parte della dottrina non vorrebbe riconoscere che tale tipo di pronuncia possa avere un'efficacia di giudicato sulla valida esistenza del patto compromissorio⁴⁴². Questa lettura, pur ammettendo che la decisione sull'impugnazione sia una decisione "di merito" sulla nullità del lodo, riconosce che ciò non può consentire di mutarne la natura di sentenza sul "merito processuale". Si riterrebbe dunque di optare per una soluzione interpretativa che non consente di riconoscere la medesima efficacia della pronuncia resa dalla Corte d'Appello con quella della sentenza non più impugnabile resa in primo grado sull'eccezione di compromesso⁴⁴³. Un' impostazione consentirebbe, tra l'altro, di considerare in maniera unitaria il regime degli effetti della decisione in parola senza dover operare distinguo tra la sentenza declinatoria o affermativa della competenza giurisdizionale ed evitando la disarmonia di uno statuto processuale *secundum eventum litis*⁴⁴⁴.

La tesi contraria a questo primo orientamento, invece, si fonda sul dettato dell'art. 830 c.p.c. il quale, nel prevede che in caso di annullamento del lodo alla

⁴⁴¹ IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 184.

⁴⁴² Principio applicabile altresì per la sentenza del giudice dell'impugnazione investito della decisione sull'eccezione di compromesso ai sensi degli artt. 42 e 43, o nel caso del giudizio ordinario nel caso dell'interpretazione estensiva dell'art. 830, 3° comma c.p.c.. Sul punto, IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 184 ss. la quale osserva che "In entrambi i casi si tratta di pronunce di giudici la cui competenza a decidere del merito loro devoluto non dipende, né include come oggetto di accertamento principale, la valutazione della convenzione arbitrale. Il giudice dell'impugnazione è competente a conoscere della competenza di altri, sicché la sua decisione non condivide la precarietà che caratterizza la statuizione di chi sia chiamato a valutare la propria". Per ottenere una pronuncia con efficacia di giudicato, invece, le parti dovrebbero esperire invece un'autonoma azione di fronte al giudice di primo grado.

⁴⁴³ Sul punto, CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, Padova, 2008, 186 il quale si chiede se il rigetto dell'*exceptio compromissi* da parte del giudice ordinario non riveste forse sempre efficacia positivo-confermativa nei confronti degli arbitri.

⁴⁴⁴ L' applicazione analogica dell'art. 59, infatti, condurrebbe ad una disciplina limitata alle pronunce declinatorie di giurisdizione. Cfr. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 186.

controversia continui ad applicarsi la convenzione d'arbitrato, esclude l'applicabilità di tale regola alle ipotesi di nullità che dipendano dall'invalidità o inefficacia della convenzione arbitrale. Una regola che sembra attribuire alla pronuncia della Corte d' Appello un'efficacia vincolante con riferimento all'esistenza della convenzione arbitrale⁴⁴⁵. Attraverso tale norma, dunque, sembrerebbe che il legislatore abbia voluto individuare nella Corte d'Appello il giudice competente a decidere in via definitiva della *potestas iudicandi* arbitrale, così legittimando l'idea che l'idoneità al giudicato di tale pronuncia sia imposta dalla legge.

Alla luce delle riflessioni finora esposte, dunque, l'unica decisione a poter spiegare efficacia "esterna" conformativa nel giudizio statale è la decisione definitiva resa dalla Corte d'Appello in fase d'impugnazione del lodo⁴⁴⁶, ovvero la decisione resa dalla Corte di Cassazione a seguito della sua impugnazione. Pertanto, in virtù di tale decisione potrà essere fatta valere nel parallelo giudizio ordinario l'eccezione di incompetenza del giudice. Eccezione che potrebbe essere sottoposta al regime preclusivo della deduzione del giudicato esterno rilevabile d'ufficio fino anche alla fase d'impugnazione⁴⁴⁷, nonostante l'irremovibile convinzione contraria della giurisprudenza⁴⁴⁸.

3 Il principio di *kompetenz-kompetenz* nei rapporti tra arbitrato e giudizio ordinario

Il legislatore della novella, seguendo l'orientamento giurisprudenziale più risalente ha escluso l'applicabilità della litispendenza tra arbitrato e giudizio ordinario introducendo la nuova norma dell'art. 819-ter c.p.c. a mente del quale "*la competenza degli arbitri non è esclusa dalla pendenza della stessa causa davanti al giudice*". Non è stata pertanto accolta la soluzione dell'applicabilità dell'art. 39 c.p.c. tra i due giudizi ed il criterio della prevenzione che avrebbe potuto costituire uno strumento

⁴⁴⁵ LUISO, *Rapporti tra arbitro e giudice*, cit., 785; RUFFINI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in *La nuova disciplina*, cit.

⁴⁴⁶ Salvo vedere quali risvolti giurisprudenziali seguiranno alla pronuncia della Sezioni Unite n. 10027 del 2012. Cfr. AMADEI, *Vie parallele ed efficacia del lodo sul processo giurisdizionale*, cit.

⁴⁴⁷ Cass. Sez. Un., 25 maggio 2001, n. 226, in *Foro it.*, 2001, 2810. In dottrina, FITTIPALDI, *Preclusioni processuali e giudicato esterno: verso un disimpegno della Cassazione dalla teorica dell'eccezione*, in *Corr. giur.*, 2001, 1466.

⁴⁴⁸ Cass., 19 ottobre 2012, n. 18041, in *Rep. Foro it.*, 2012 voce Contratto in genere, n. 461.

di coordinamento preventivo fra i due procedimenti⁴⁴⁹, idoneo ad evitare il pericolo dei conflitti di giudicati. Fatta eccezione per l'ipotesi contemplata dall' art 819-ter c.p.c. che esclude la competenza arbitrale in caso di mancata proposizione dell'eccezione di compromesso nel corso del giudizio ordinario⁴⁵⁰, il legislatore non ha previsto alcuno strumento di coordinamento preventivo volto ad evitare statuizione difformi dell'arbitro e del giudice statale in punto di *potestas iudicandi* volto ad evitare il c.d. *simultaneus processus*.

Partendo da una concezione meramente positiva del principio di *kompetenz-kompetenz* il legislatore ha garantito pari dignità alle due con la conseguente irrilevanza della contemporanea pendenza dei due giudizi⁴⁵¹. L'art. 819-ter c.p.c. recepisce il vecchio testo dell'articolo 819 *bis* c.p.c. sulla connessione ed è probabilmente una disposizione che consegue alla storica debolezza della posizione dell'arbitro nei confronti del giudice statale che il legislatore parrebbe aver voluto tutelare⁴⁵², iniziando così a tracciare "il percorso dell'equiparazione dell'arbitrato al giudizio ordinario"⁴⁵³. Infatti, l'ultimo comma della stessa disposizione stabilisce che la pendenza del procedimento arbitrale impedisce la proposizione di azioni giudiziali aventi ad oggetto la convenzione di arbitrato, ma sembra implicitamente ammettere la proposizione di una domanda di merito⁴⁵⁴.

⁴⁴⁹ Come propugnato da CAVALLINI, *L'arbitrato rituale*, cit., 147; SALVANESCHI, *La domanda di arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 664 ss. In termini problematici, CARPI, *Il procedimento nell'arbitrato riformato*, in *Riv. arb.*, 1994, 672. Sulla impossibilità di applicare l'art. 39 c.p.c., salvo ricondurre i rapporti tra arbitro e giudice sotto l'usbergo della competenza, E.F. RICCI, *L'arbitrato di fronte alla litispendenza giudiziaria*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 503; BOVE, *Arbitrato e litispendenza*, in *Riv. arb.*, 1998, 507. In tale ultimo senso, Cass., 30 agosto 2000, n. 11404, in *Giust. civ.*, 2001, 2185.

⁴⁵⁰ In caso il procedimento arbitrale fosse già pendente, gli arbitri dovranno pertanto conformarsi alla decisione del giudice ordinario chiudendo in rito il procedimento per carenza di *potestas iudicandi*. Norma che, peraltro, denota una certa preferenza del legislatore del 2006 il quale non ha previsto una simile previsione nell' art. 817 c.p.c..

⁴⁵¹ Di contrario avviso ODORISIO, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina*, cit., 272.

⁴⁵² SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 583; CAPPONI, Sub art. 819 *ter* c.p.c., in *Commentario alla riforma del processo civile*, a cura di Antonio Briguglio e Bruno Capponi, III, vol. 2, Padova, 2009, 878.

⁴⁵³ SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 675.

⁴⁵⁴ Contro tale lettura è da rilevare la posizione di alcuni commentatori i quali sostengono che l'introduzione dell'art. 819 *ter* c.p.c. sia espressione della volontà del legislatore di riconoscere che alla disposizione si possano ricondurre i c.d. effetti negativi del principio di *kompetenz-kompetenz* che parte della dottrina ha qualificato come la c.d. litispendenza a senso unico o litispendenza zoppa. Tesi a cui aderisce ODORISIO, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., nonché sul punto Tribunale di Bari, 25 maggio 2006, in *Il civilista*, 2007, 52. In via solo ipotetica, BOCCAGNA, Sub art. 817 *c.p.c.*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, a cura di M.V. Benedettelli e L. Radicati di Brozolo, Padova, 2010, 282.

Contrariamente a quanto auspicato dalla dottrina⁴⁵⁵, dunque, il legislatore della novella ha accolto il c.d. sistema delle vie parallele che non impedisce che la pendenza di una controversia in una sede consenta la proposizione della domanda nell'altra⁴⁵⁶, né pertanto prevede la priorità di una via rispetto all'altra come accade ad esempio nel sistema francese.

La previsione di due binari paralleli, unitamente alla esclusione del vincolo derivante dal lodo degli arbitri in punto di competenza comporterà, da un lato, che la pronuncia del giudice ordinario non vincoli gli arbitri⁴⁵⁷ e, dall'altro, che il giudice ordinario non sarà vincolato da eventuali statuizioni arbitrali. Il pregio della soluzione del c.d. doppio binario consentirebbe di scongiurare il rischio di manovre dilatorie⁴⁵⁸ dirette a compromettere il normale andamento della procedura arbitrale, ma potrebbe spesso frustrare le aspettative della parti.

Tale sistema va in ogni caso coordinato con quanto statuito dallo stesso art. 819 *ter* c.p.c. a mente del quale la mancata eccezione dell'incompetenza arbitrale esclude la competenza degli arbitri limitatamente alla controversia *decisa*⁴⁵⁹ in quel

⁴⁵⁵ Nell'optare per tale soluzione il legislatore ha implicitamente fatto proprio il sistema tedesco. La maggioranza della dottrina avrebbe, invece, preferito l'adozione di un sistema simile a quello francese che, una volta instaurato il procedimento arbitrale, conferisce la priorità all'arbitro in merito alla valutazione della convenzione arbitrale e, di conseguenza, della propria *potestas iudicandi*, circoscrivendo il potere del giudice in ordine a tale sindacato alle sole ipotesi di manifesta nullità o inesistenza. Sul punto di rinvia al Capitolo I. Si veda altresì BOVE, *Ancora sui rapporti tra arbitro e giudice statale*, in *Riv. arb.*, 2007, 368; BOVE-CECCHIELLA, *Il nuovo processo civile*, 85. CONSOLO, *Raccordi o antifonie fra arbitrato e giudizio ordinario? Profili comparatistici e transnazionali*, in *Studi in onore di Piero Schlesinger*, V, Milano, 2004, 3833. BOVE, *Discutibile la scelta del "sistema tedesco"*, in *Guida dir.*, 2006, n. 8, 107 ss.

⁴⁵⁶ Pertanto gli arbitri avranno il potere di statuire sulla propria *potestas iudicandi* e sulla validità, efficacia ed ampiezza della convenzione arbitrale anche se l'instaurazione del processo arbitrale sia stata preceduta dalla proposizione della medesima lite di fronte al giudice ordinario e, viceversa, il giudice togato avrà il potere di verificare la propria competenza, accertando la validità, l'efficacia e l'estensione dell'accordo compromissorio, anche se il giudizio arbitrale si è stato preventivamente instaurato. Cfr. RUFFINI, *Sub art. 819 ter*, in AA. V.V. *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 376 ss; GIACOBBE, in GIACOBBE-D'ALESSANDRO, *L'arbitrato*, Milano, 1999, 140; LUISO, *Ancora sui rapporti tra arbitri e giudice statale*, in *Riv. arb.*, 1997, 571; LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, 2004, 66 ss.; E.F. RICCI, *L'arbitro di fronte alla litispendenza giudiziaria*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 500 ss.

⁴⁵⁷ I quali ai sensi del nuovo articolo 817 decideranno in ogni caso sulla propria competenza.

⁴⁵⁸ ZIINO, *La traslatio iudicii tra arbitri e giudici ordinari (sulla parziale illegittimità costituzionale dell'art. 819 ter, secondo comma, c.p.c.)*, in AA. V.V., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 921.

⁴⁵⁹ L'ambigua lettera della norma consente almeno tre letture. La prima ritiene che la mancata eccezione estingue il patto compromissorio ancorché questo si concluda senza una decisione di merito ed attribuisce alle parti il potere di eccepire innanzi agli arbitri preventivamente aditi l'eccezione di sopravvenuta inefficacia della convenzione d'arbitrato. In tal senso, BOVE, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 84; ODORISIO, *Prime osservazioni sulla disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 253 ss.; RAMPAZZI, *Sub art. 819 ter*, in AA. V.V., *Commentario breve al codice di procedura civile*, a cura di Carpi-Taruffo, V ed., CEDAM, Padova, 2006, 2221.

giudizio, apprestando in tal modo l'unico strumento di coordinamento preventivo fra le due sedi. Al di là di tale ipotesi, il modello adottato dal legislatore italiano rinvia dunque il coordinamento fra le due sedi al momento nel quale si giunga ad una decisione definitiva⁴⁶⁰ della controversia in uno dei due procedimenti.

In tale scenario, il potere dell'arbitro di statuire sulla propria potestà decisionale potrà incontrare alcuni limiti.

3.1 Il principio di *kompetenz-kompetenz* ed i limiti del giudicato

In seguito all'intervento del legislatore del 2006 la dottrina ammette quasi all'unanimità che la questione riguardante la valida esistenza di una convenzione arbitrale possa essere risolta con efficacia di giudicato proponendo una domanda al giudice statale sulla questione⁴⁶¹. Possibilità che emerge in via implicita dall'ultimo comma dell'art. 819-ter c.p.c.⁴⁶² il quale, escludendo l'ammissibilità di una simile domanda dopo l'instaurazione del procedimento arbitrale, ammette attraverso una lettura *a contrario* che la stessa possa essere proposta prima della costituzione del tribunale arbitrale⁴⁶³.

Tale soluzione presuppone che si concordi con l'assunto che il rapporto giuridico scaturente dal compromesso assurga a "bene della vita" che può essere tutelato attraverso azioni dichiarative e di impugnativa negoziale che possano condurre ad un accertamento vincolante ai sensi dell'⁴⁶⁴art. 2909 c.c.

⁴⁶⁰ Intendendosi per tale in sede di arbitrato solo la sentenza della Corte d'Appello resa sul lodo che è, come vedremo, l'unica decisione a cui può riconoscersi un'efficacia esterna. Posizione che viene condivisa da coloro i quali ritengono che la decisione resa sull'eccezione d'incompetenza non possa esplicare i propri effetti al di fuori del giudizio nel quale la stessa è stata resa e, pertanto, la stessa non potrà essere spesa nell'altra sede. Sul punto, LUISO, *Ancora sui rapporti tra arbitri e giudice*, in *Riv. arb.*, 1997, 521; G.F. RICCI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in *Arbitrato. Commento al titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile (artt. 806 – 840)*, in AA. VV., *Arbitrato*, a cura di F. Carpi, 2° ed., Bologna, 2007, 507; MARINUCCI, *Note sul contrasto fra lodo non definitivo e lodo definitivo nel giudizio di impugnazione per nullità*, in *Riv. arb.*, 2013, 967.

⁴⁶¹ BOVE, *Ricadute sulla disciplina dell'arbitrato della legge n. 69/2009*, in AA VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Jovene Editore, 2010, 81-95.

⁴⁶² CAVALLINI, *L'arbitrato rituale*, cit., 133.

⁴⁶³ Una analoga disposizione è contenuta nel § 1032, II della ZPO, la quale prevede inoltre che la pendenza di una tale domanda non preclude la continuazione del procedimento arbitrale. Cfr., SCHLOSSER, in STEIN-JONAS, *Kommentar zur ZPO*, Tubinga, 2002, 439 ss.

⁴⁶⁴ LUISO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, in *La riforma della disciplina dell'arbitrato (L. n. 80/2005 e D. Lgs. n. 40/2006)*, Giuffrè Editore, 2006, 115 ss.; IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 117.

Nel caso venga accertato in via definitiva dall'autorità giudiziaria ordinaria la valida esistenza della convenzione arbitrale, la decisione resa sulla questione sollevata in via principale sarà opponibile all'arbitro che nel frattempo sia stato investito della questione dalle stesse parti. Il principio di *kompetenz-kompetenz* dell'arbitro incontra, infatti, il limite del giudicato⁴⁶⁵ e questi non potrà che decidere, in tal caso, alla luce della decisione del giudice statale⁴⁶⁶. Il giudice privato dovrà, pertanto, concludere con un lodo declinatorio in caso di accertamento negativo della convenzione arbitrale e, viceversa, dovrà pronunciarsi sul merito della controversia qualora la sentenza del giudice togato abbia accertato la valida esistenza della convenzione arbitrale.

Alla luce dell'art. 817 e 829, 1° comma n. 1 c.p.c. l'eccezione d' incompetenza degli arbitri dovrà essere sollevata nella prima difesa successiva all'accettazione dei medesimi o in quella successiva al verificarsi del passaggio in giudicato della sentenza nel caso tale evento occorra nel corso del procedimento arbitrale. Salvo il caso di materia non compromettibile, pertanto, un comportamento omissivo della parte interessata o non in linea con le disposizioni dell'art. 817 rischierebbe di sanare il vizio di *potestas iudicandi* degli arbitri, esponendo le parti a possibili conflitti fra decisioni.

Si rileva tuttavia che nella prassi è ben più frequente l'ipotesi in cui l'arbitro sia chiamato a statuire sulla propria *potestas iudicandi* prima che la sentenza costitutiva o di accertamento abbia acquisito la relativa autorità in ragione, ad esempio, della pendenza del giudizio di impugnazione⁴⁶⁷. In tale caso, non vi sarà

⁴⁶⁵ LUISO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, in *La riforma della disciplina dell'arbitrato* (L. n. 80/2005 e D. Lgs. n. 40/2006), Giuffrè Editore, 2006, 115 il quale osserva come il principio "non impedisce che la decisione sulla propria competenza possa essere soggetta a vincoli, quando la legge lo prevede: ed uno dei vincoli che la legge prevede è appunto il giudicato". In senso conforme, MENCHINI, *Il controllo e la tutela della convenzione arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2013, 371, il quale parla di accertamento a "rime obbligate".

⁴⁶⁶ Tale effetto non potrà essere ottenuto, secondo la dottrina maggioritaria, attraverso la decisione definitiva di carattere processuale né nel caso la stessa sia passata in giudicato in primo grado, né se ottenuta attraverso l'impugnazione della sentenza che abbia deciso l'eccezione di compromesso in quanto tali decisioni sono prive di un'efficacia vincolante extraprocessuale. Sul punto, CAVALLINI, *L'arbitrato rituale*, cit., 138 il quale osserva con riferimento alla sentenza del giudice ordinario che "va anzitutto osservato che la sentenza, formalmente passata in giudicato, con la quale il giudice ordinario si dichiara privo di dovere decisorio sulla *res iudicium deducta* per aver accolto l'*exceptio compromissi* e (eventualmente) aver pur statuito sulla validità ed efficacia del (contestato) patto compromissorio, appare nulla più che un vuoto simulacro, poiché pur rappresentando, dal punto di vista concettuale, null'altro che l'accertamento

⁴⁶⁷ Le sentenze costitutive o di accertamento, infatti, non godono dell'anticipazione degli effetti contemplata per quelli di condanna dall'art. 282 c.p.c. e, di conseguenza, dall'art. 336.

alcun obbligo di conformazione dell'arbitro nei confronti della sentenza statale e, pertanto, è possibile sostenere che prima del passaggio in giudicato formale della decisione del giudice statale gli arbitri conservino autonomia di giudizio⁴⁶⁸. L'arbitro potrà, pertanto, decidere di decidere in senso opposto a quello del giudice ordinario⁴⁶⁹ oppure, come rileva taluna dottrina, di sospendere il procedimento in via discrezionale⁴⁷⁰ ai sensi dell'art. 337, comma 2 richiamato dall' art. 819-bis, 2° comma c.p.c.⁴⁷¹, anche nel caso dia pendente il giudizio di Cassazione avverso la sentenza della Corte d'Appello che abbia deciso sull'impugnazione del lodo.

Tale alternativa sarebbe confermata dalla recente sentenza delle Sezioni Unite⁴⁷² le quali, richiamando la teoria di Liebeman⁴⁷³ in tema di pregiudizialità,

⁴⁶⁸ BOVE, *Ancora sui rapporti tra arbitro e giudice statale*, Relazione tenuta al convegno su "La nuova disciplina dell'arbitrato", svoltosi presso la Camera di commercio di Udine il 29 giugno 2007 il quale osserva che tale potere è confermato dallo stesso art. 817 c.p.c. e trova un limite solo nell'eventuale giudicato statale formatosi sulla questione della competenza arbitrale a seguito della proposizione della domanda di cui all'ultimo comma dell'art. 819-ter c.p.c. In mancanza di un simile limite, gli arbitri decidono sulla propria competenza con un lodo che, a prescindere dal suo contenuto, è sempre soggetto all'impugnazione per nullità di cui agli artt. 828 e 829 c.p.c.

⁴⁶⁹ In tal caso l'arbitro risulterà esposto al rischio della conformazione successiva al giudicato che si sia nel frattempo formato. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 125.

⁴⁷⁰ L' art. 819 bis, 2° comma, prevede una fattispecie di sospensione facoltativa: "se nel procedimento arbitrale è invocata l'autorità di una sentenza e questa è impugnata, si applica il comma 2° dell'art. 337". La dottrina e la giurisprudenza maggioritaria escludono invece l'applicabilità della norma della sospensione necessaria ex art. 295 c.p.c. la quale può essere invocato solo per i casi di pregiudizialità in senso tecnico tra accertamenti di merito, anche alla luce di una recente pronuncia della Corte di Cassazione a Sezioni Unite che ha escluso l'applicabilità dell'art. 295 c.p.c. nelle ipotesi in cui la definizione del rapporto pregiudiziale è già avvenuta con sentenza non passata in giudicato. Cfr., Cass. Sez. Un., 9 giugno, 2012, n. 10027, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 683; Cass., ord., 4 luglio 2011, n. 14578, in *Mass. Foro it.*, 2011, 563; Cass., 16 marzo 2007, n. 6159, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce "Procedimento civile", n. 273. In dottrina, MONTESANO, *La sospensione per dipendenza di cause civili e l'efficacia dell'accertamento contenuto nella sentenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, 385 ss.; PROTO PISANI, *Sulla sospensione necessaria del processo civile*, in *Foro it.*, 1969, 2516 ss.; LUISO, *Diritto processuale civile. La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, cit., Milano, 2011, 231.

⁴⁷¹ MENCHINI-MOTTO, *Sub art. 819-bis*, in AA. VV., *Riforma del diritto arbitrale*, 2007, 1353 i quali osservano che sebbene l' art. 337, 2° comma trova applicazione di regola in presenza di nessi di diritto sostanziale tra la situazione soggettiva accertata con la sentenza impugnata e quella oggetto del processo in cui la pronuncia è invocata, è possibile utilizzare la stessa norma nel caso del rapporto compromissorio che costituisce questione pregiudiziale rispetto alla decisione sul merito e può, pertanto, condizionare gli arbitri "circa la soluzione di una questione del processo"; MENCHINI, *Il controllo*, cit., 377; IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 122. Prima della riforma, invece, AULETTA, *Le questioni incidentali*, in AA. VV., *Diritto dell' arbitrato*, Torino, 2007, 325 osservava che "fuori dai casi di divieto della cognizione arbitrale, in linea di principio non è obbligata la sospensione quando emergano altre pregiudiziali (innanzitutto di tipo processuale, ivi comprese quelle relative alla potestas judicandi). Anzi, la generale sanzione dell'art. 819, 2° comma, c.p.c., a mente della quale "gli arbitri decidono tutte le questioni insorte nel giudizio", va proprio nella direzione di interdire agli arbitri qualunque altro potere di sospensione, del tipo, ad esempio, disponibile a norma dell'art. 337, 2° comma, c.p.c."

⁴⁷² Cass. Sez. Un., 9 giugno, 2012, n. 10027, cit. In senso conforme già in precedenza, Cass., ord., 2 marzo 2012, n. 3338, disponibile su www.ilcaso.it; Cass., ord., 16 dicembre 2009, n. 26435, in *Mass. Foro it.*, 2009, 1530.

hanno statuito che “*l'autorità della sentenza di primo grado nell'ambito della relazione tra lite sulla causa pregiudiziale e lite sulla causa pregiudicata*” determina per il giudicante del processo pregiudicato soltanto l'alternativa tra la conformazione alla decisione già resa e la sospensione facoltativa prevista dall'art. 337, 2° comma c.p.c., così escludendo che lo stesso possa compiere una valutazione autonoma del rapporto pregiudicante.

L'applicazione della stessa massima nei rapporti tra giudizio ordinario e procedimento arbitrale inciderebbe in maniera vistosa sull'attuale disciplina in quanto la maggiore rapidità dell'arbitrato nel raggiungere una decisione finale può spesso impedire di recepire il giudicato statale ad arbitrato pendente. Tale soluzione presupporrebbe l'accoglimento del pensiero di Liebman, attualmente negata dalla giurisprudenza, che riconosce effetti provvisori anche alle pronunce dichiarative e costitutive a prescindere dal loro passaggio in giudicato, con il conseguente obbligo di conformazione dei successivi processi relativi a rapporti connessi o dipendenti con quello che è stato deciso⁴⁷⁴. In caso contrario, come sin'ora ammesso, l'organo giudicante della causa pregiudicata potrebbe anche rendere una pronuncia incidentale difforme, esponendo così le parti al pericolo di conflitti fra decisioni.

3.2 L'eccezione di precedente lodo non più impugnabile

Preso atto dell'accoglimento nel nostro ordinamento del sistema delle c.d. vie parallele ci si chiede se ed in che termini una decisione arbitrale possa essere fatta valere in un successivo giudizio ordinario. Al riguardo la dottrina favorevole alla

⁴⁷³ Riconosce la possibilità di un rapporto pregiudiziale non solo con riferimento allo schema tradizionale di pregiudizialità tra accertamenti di merito, ma altresì nel rapporto che intercorre tra un accertamento di merito, quale la valida esistenza della convenzione arbitrale, e un profilo di rito come quello della competenza del giudicante rispetto alla quale il primo si pone come presupposto processuale negativo. Di conseguenza, con un ragionamento che può estendersi al procedimento arbitrale, potrà essere denunciato il contrasto con giudicato su oggetto pregiudiziale ai sensi dell'art. 395 c.p.c., n. 5. Sul punto, LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, II, Milano, 1984, 374. In senso conforme, PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale*, Napoli, 2006, 537; CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, cit., 386.

⁴⁷⁴ Cfr. LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milano, 1935; D'ALESSANDRO, *Le Sezioni Unite e la tesi di Liebman sui rapporti tra art. 295 e 337 c.p.c.: Much Ado About Nothing?*, in *Giur. it.*, 2012, 2601; MENCHINI, *Le Sezioni Unite sui rapporti tra gli articoli 295, 297 e 337, comma 2°, c.p.c.: una decisione che non convince*, in *Riv. dir. proc.*, 2013. Tale corrente sostiene che attraverso la sospensione discrezionale nel processo nel quale sia invocata “l'autorità di una sentenza” sottoposta ad impugnazione ex art. 337, 2° comma, c.p.c. verrebbe fornito un argomento testuale alla tesi che distingue fra forza di giudicato (riguardante l'irretrattabilità di tutti gli effetti della sentenza) ed efficacia dichiarativa “naturale” della stessa pronuncia che giustificerebbe la sospensione anche prima del passaggio in giudicato.

natura giurisdizionale dell'arbitrato ritiene che l'eccezione di precedente lodo non più impugnabile sia rilevabile d'ufficio dal giudice sulla falsariga di quanto avviene in caso di precedente sentenza statale passata in giudicato⁴⁷⁵. Al contrario la dottrina e la giurisprudenza favorevole ad una lettura privatistica dell'arbitrato ha considerato tale eccezione riservata esclusivamente alla parte in quanto il principio di rilevanza d'ufficio dell'eccezione di precedente giudicato si applicherebbe solo al giudicato proprio di una sentenza non più soggetta ad impugnazione⁴⁷⁶.

Ritengo tuttavia preferibile quella lettura intermedia che ritiene sussistere un dovere ufficioso del giudice di evitare in via preliminare il conflitto tra decisioni. Pertanto, nel caso venga prodotto nel giudizio innanzi il giudice statale di una lodo arbitrale non più impugnabile, il giudice potrà rilevare d'ufficio l'eccezione di precedente lodo, salvo che le parti abbiano voluto rinunciare alla precedente decisione arbitrale e rimuoverne gli effetti⁴⁷⁷. Fermo quindi l'onere della parte di produrre nel giudizio ordinario il lodo non più impugnabile⁴⁷⁸, tale comportamento può essere ritenuto espressione di un'eccezione ben precisa: la volontà di non rinunciare ai risultati già conseguiti attraverso il precedente giudizio arbitrale.

Tuttavia, mentre è altamente probabile che alle parti non possa essere riconosciuto il diritto di estinguere o escludere convenzionalmente gli effetti di una sentenza passata in giudicato che li vincoli a dare inizio ad un nuovo giudizio sullo stesso oggetto⁴⁷⁹, può ritenersi invece che nel caso del lodo l'autonomia negoziale

⁴⁷⁵ E.F. RICCI, *La Cassazione insiste sulla natura «negoziale» del lodo arbitrale. Nuovi spunti critici*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 1238 ss; MENCHINI, *La natura e la disciplina dell'eccezione con la quale è fatta valere l'efficacia di un (precedente) lodo non impugnabile*, in *Riv. arb.*, 290; D'ALESSANDRO, *Art. 824-bis*, in AA.VV., *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di Briguglio e Capponi, III, 2, Padova, 2009, 978

⁴⁷⁶ SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, cit., 167; AULETTA, *Art. 824-bis*, in AA. VV., *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di Menchini, Padova, 2010 cit., 431; Cass., 11 settembre 2007, n. 19090, in *Foro it.*, 2008, I, 1966; Cass., 27 novembre 2001, n. 15023, in *Riv. arb.*, 2002, 287 ss.;

⁴⁷⁷ RONCO, *Revocazione e lodo arbitrale*, in AA.VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, cit., 717 ss. in particolare 730 dove l'autore osserva: "Se l'art. 824-bis c.p.c. accomuna gli effetti della sentenza a quelli del lodo e se l'ordinamento aborre che l'autorità giudiziaria sia chiamata a comporre una lite che è già stata composta, allora la contrarietà della sentenza al precedente lodo non più impugnabile sembra doversi trattare allo stesso modo della contrarietà della sentenza al precedente giudicato. E dunque: dovere ufficioso di evitare (preliminariamente) il conflitto, appellabilità della sentenza di primo grado che si ponga in contrasto con il precedente decisum, revocabilità della sentenza di secondo grado che abbia ignorato il possibile contrasto, ricorribilità per cassazione della sentenza di secondo grado che abbia preso in esame il contrasto, ma lo abbia erroneamente escluso".

⁴⁷⁸ Resta inteso che lodo dovrà considerarsi non più impugnabile quando non è più soggetto all'impugnazione ordinaria per nullità ex art. 828 ss. c.p.c. e non già della revocazione.

⁴⁷⁹ Fermo il lodo diritto di modificare o estinguere il rapporto giuridico del diritto controverso sul quale il giudicato ha statuito, nonché di transigere la controversia ai sensi dell'art. 1974 c.c.

della parti possa estendersi sino a riconoscersi in capo alle stesse parti gli effetti del lodo, quale pronuncia che trova la propria ragion d' essere nell' autonomia negoziale delle parti⁴⁸⁰. In tal caso, il giudice successivamente adito sarà tenuto a decidere nuovamente la lite e la sua sentenza non sarà viziata qualora si dimostri che le parti abbiano inteso rinunciare alla precedente decisione arbitrale e rimuoverne gli effetti⁴⁸¹.

4 Il coordinamento fra la decisione arbitrale e quella del giudice

Secondo l'orientamento tradizionale il sistema delle vie parallele rinvia il coordinamento fra le due sedi al momento della definizione della controversia in una delle due sedi⁴⁸². In caso di procedure parallele, dunque, ci si potrebbe trovare di fronte ad una corsa di velocità fra il procedimento arbitrale e quello ordinario che si potrebbe arrestata solo con il consolidamento della decisione resa in una delle due sedi, in quanto solo la sentenza passata in giudicato o il lodo non più impugnabile potrebbero essere validamente spesi nell' altra sede⁴⁸³

Alla luce di ciò, nel caso il procedimento statale renda per prima una decisione definitiva, il principio di *kompetenz-kompetenz* dell'arbitro potrà essere limitato dal dettato di tale sentenza. Nel caso invece venga emesso dapprima il lodo (non definitivo) sulla questione di competenza esso non potrà, tendenzialmente, influenzare il giudizio statale e al massimo potrà essere speso per altri giudizi arbitrali instaurati sulla base della stessa convenzione arbitrale, salvo accedere alla tesi che riconosce la vincolatività del lodo non più impugnabile⁴⁸⁴, o quella che riconosce efficacia esterna alla sentenza della Corte d'Appello resa in fase

⁴⁸⁰ RONCO, *Revocazione e lodo arbitrale*, cit., 730.

⁴⁸¹ *Ibidem*.

⁴⁸² SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 577; LUISO, *Rapporti tra arbitro e giudice*, cit., 785; CONSOLO, *Raccordi e antifonie*, cit., 3851; CONSOLO, *Litispendenza e connessione fra arbitrato e giudizio ordinario (evoluzioni e problemi irrisolti)*, in *Riv. arb.*, 1998, 671. *Contra*, IZZO, *La convenzione arbitrale*, cit., 257 per la quale non essendo la decisione resa dagli arbitri sulla questione di competenza idonea alla formazione del giudicato, la spendita del lodo potrebbe avvenire solo nel caso di decisione di merito. Interpretazione che esporrebbe sicuramente le parti ad un conflitto positivo e negativo. Rischio che viene implicitamente accettato da coloro che ritengono che la decisione sull' eccezione d' incompetenza sia inidonea a esplicare effetti fuori del giudizio in cui sia stata resa.

⁴⁸³ LUISO, *Ancora sui rapporti fra giudice ed arbitrato*, cit., 524; CONSOLO, *Raccordi ed antifonie*, cit., 3851.

⁴⁸⁴ LUISO, *Rapporti tra arbitri e giudice*, cit., 779. *Contra*, BOVE, *Ricadute sulla disciplina dell'arbitrato della legge n. 69/2009*, cit., 83.

d'impugnazione, oppure la tesi che sostiene che le parti possano richiedere all'arbitro di rendere una decisione con efficacia di giudicato. Nei primi due casi, la decisione dagli arbitri potrebbe probabilmente essere spesa di fronte al giudice ordinario che si vedrà costretto a definire in rito il procedimento. Impostazione che, tuttavia, potrebbe rischiare di sgretolarsi di fronte alla recente pronuncia delle Sezioni Unite⁴⁸⁵.

Nell'incertezza interpretativa che regna sul tema, l'unico sicuro scenario che impone una decisione vincolante circa l'esclusiva e definitiva attribuzione di competenza è quello della decisione passata in giudicato del giudice statale. Fattore che manifesta una certa preferenza del legislatore nei confronti della via ordinaria⁴⁸⁶.

Preso atto dei sopra esposti ed incerti profili di coordinamento, è quindi evidente che nel sistema attuale sia ben possibile giungere a decisioni difformi già sui profili di attribuzione della *potestas iudicandi* prima ancora che nel merito della controversia. Come osserva giustamente autorevole dottrina⁴⁸⁷, tale risultato è attribuibile ad una rigorosa applicazione del principio di *kompetenz-kompetenz* dell'arbitro che soffre ancora di una normativa che favorisce il giudice statale e che nel processo ordinario ha trovato un suo "ragionevole equilibrio" proprio in quelle regole che il legislatore ha dichiarato espressamente inapplicabili. In particolare, gli articoli 44 e 45 c.p.c. riguardanti l'efficacia della sentenza che pronuncia sulla competenza ed il regolamento d'ufficio qualora si palesi un conflitto negativo di competenza.

5 Un diverso inquadramento del principio di *kompetenz-kompetenz* dell'arbitro e dei rapporti tra arbitro e giudice alla luce dei modelli stranieri

Alla luce degli incerti risvolti interpretativi inerenti il principio di *kompetenz-kompetenz* dell'arbitro, emersi nel corso del presente lavoro, è

⁴⁸⁵ Cass. Sez. Un., 9 giugno, 2012, n. 10027, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 683. Sentenza che ci ricondurrebbe all'applicazione dell'art. 337, 2° comma, c.p.c. che parte della dottrina intravede già come un evidente vulnus del principio di *kompetenz-kompetenz*. CAVALLINI, *L'arbitrato rituale*, cit., 135.

⁴⁸⁶ CAVALLINI, *L'arbitrato rituale*, cit., 135.

⁴⁸⁷ CAVALLINI, *L'arbitrato rituale*, cit., 144.

possibile concludere che sarebbe auspicabile un intervento del legislatore volto ad affrontare le problematiche riguardanti l'esercizio del potere di statuire sulla propria *potestas iudicandi*. In particolare, a parere di chi scrive, sarebbe opportuno che il legislatore intervenga, da un lato, a chiarire i rapporti tra arbitro e giudice e, dall'altro, a cercare di garantire l'effettiva *sostitutività* dell'arbitrato, assicurando *in primis* la possibilità di un definitivo radicamento del procedimento arbitrale.

Per quanto riguarda il primo profilo, tale intervento sarebbe particolarmente opportuno per definire la forma e l'efficacia che dovrebbero essere attribuite alla decisione degli arbitri sulla propria *potestas iudicandi*, anche in rapporto alla possibile contemporanea pendenza di un procedimento innanzi l'autorità giudiziaria ordinaria. Inoltre, una decisione di tale tipo, potrebbe costituire l'occasione per intervenire a chiarire i diversi profili e problematiche che possono manifestarsi nei rapporti di coordinamento tra impugnazione del lodo reso in punto di *potestas iudicandi* degli arbitri e procedimento ordinario.

Con riferimento al secondo profilo, è invece doveroso sottolineare, come osserva attenta dottrina⁴⁸⁸, che in realtà la pretesa *sostitutività* della tutela arbitrale non può essere garantita esclusivamente dal riconoscimento della identità di effetti del lodo. L'arbitrato dovrebbe garantire *in primis* alle parti “*un definitivo radicamento della lite, vuoi avanti agli arbitri, vuoi avanti i giudici, a guisa di effetto precipuo e necessario di un sindacato vincolante sull'eccezione di patto compromissorio*”. Questo risultato non parrebbe affatto garantito dall'attuale impianto normativo che offre alle parti una rigorosa applicazione del principio di *kompetenz-kompetenz* dell'arbitro dai contorni ancora piuttosto oscuri. Questo fattore, combinato al sistema delle “vie parallele” dove la “via” ordinaria è ancora piuttosto favorita, non garantisce alcun meccanismo di coordinamento preventivo per decidere in via definitiva sulla competenza arbitrale. Una soluzione che posticipa nel tempo un eventuale coordinamento fra le due sedi e frustra le attese delle parti che si trovano esposte anche al rischio di conflitti di competenza⁴⁸⁹.

⁴⁸⁸ CAVALLINI, *op. ult. cit.*, 140.

⁴⁸⁹ Fatto salvo il caso che sulla questione di competenza si sia pronunciata la Corte di Cassazione in sede di regolamento di competenza – mezzo d'impugnazione previsto dal legislatore quale mezzo d'

In aggiunta, con tale sistema le parti potrebbero vedere dissipate le proprie risorse già di fronte ad una questione preliminare. In tal modo sembrerebbe che l'unica parte che venga tutelata sia solo l'organo giudicante e non già le parti che avrebbero diritto ad ottenere in maniera celere una decisione vincolante e definitiva sulla *potestas iudicandi* degli arbitri.

Tale esigenza probabilmente giustificerebbe un temperamento del principio di *kompetenz-kompetenz* dell'arbitro sulla falsariga di quanto già avvenne in sede di giudizio ordinario, quando furono accolte le tesi proposte da Chiovenda che consentirono di introdurre nel nuovo codice di rito gli articoli 44 45 e 50 c.p.c.

Dare la priorità al potere degli arbitri di decidere sulla propria competenza, sulla falsariga di quanto avviene nel sistema giuridico francese, è una scelta condivisibile che si ispira alle norme internazionali vigenti in materia che consentirebbe un reale potenziamento dell'arbitrato. Un'opzione che, tuttavia, dovrebbe cedere il passo nel caso la volontà unanime delle parti imponga di ottenere una decisione definitiva in punto di competenza degli arbitri al fine di conferire certezza e definitività alla risoluzione spedita della controversia. Una scelta che necessita di strumenti idonei a rendere incontrovertibile una decisione di tale natura e relativa ad una questione pregiudiziale essenziale.

Il radicamento della lite potrà essere raggiunto, infatti, solo qualora alle parti siano offerti gli strumenti per ottenere il prima possibile una decisione *definitiva* e *vincolante* sulla *potestas iudicandi* degli arbitri. Questo risultato potrebbe essere conseguito sia attraverso la previsione espressa dell'immediata impugnabilità del lodo che decide sulla *potestas iudicandi* del collegio arbitrale, unitamente ad un procedimento celere che possa decidere in via definitiva sul punto. Inoltre, in linea

impugnazione delle sentenze che pronunciano sull'*exceptio compromissi* – o in sede di ricorso ordinario *ex art.* 360, 1° comma, n. 2 c.p.c. Sebbene in passato la Corte di Cassazione abbia statuito che le proprie pronunce non siano vincolanti nei confronti degli arbitri (cfr. Cass. 7 aprile 1997, n. 3001, in *Riv. arb.*, 1997, 515 ss.), tuttavia alla luce della nuova normativa è ragionevole ritenere che alle pronunce della Suprema Corte possano essere riconosciuta quell'efficacia panprocessuale tradizionalmente attribuita alle decisioni rese sulla competenza e sulla giurisdizione. Per un approfondimento, MENCHINI, voce "Regiudicata civile", in *Dig. Civ.*, XVI, Torino, 1997, 417 ss.; ARIETA, *La sentenza sulla competenza. Struttura, efficacia e stabilità*, Padova, cit., 313; MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1994, 91. Si rileva, tuttavia, che a seguito dell'emanazione della l. n. 69/2009 parte della dottrina a circoscritto tale efficacia solo alle pronunce rese dalle Sezioni Unite adite con il relativo regolamento, escludendo quelle rese dalle sezioni semplici. Sul punto, CONSOLO, *La translatio iudicii tra giurisdizioni nel nuovo art. 59 della legge di riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1267.

con quanto già previsto nell'ordinamento inglese, si potrebbe consentire a tutte le parti del procedimento arbitrale di limitare il principio di *kompetenz-kompetenz* dell'arbitro, permettendo alle stesse di ricorrere all'autorità giudiziaria ordinaria sin dalle prime battute del procedimento. Al riguardo, in una prospettiva *de lege ferenda*, si potrebbe auspicare la predisposizione di uno strumento omogeneo di controllo delle decisioni di rito dell'arbitro e del giudice statale in grado di vincolare entrambi gli organi giudicanti delle due vie, oppure, in alternativa, attuare un meccanismo di verifica preliminare innanzi alla Corte d'Appello, sulla falsariga dello strumento del regolamento di giurisdizione o di competenza, da poter esperire sin dalle prime fasi del procedimento⁴⁹⁰.

⁴⁹⁰ IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo. Studio sui rapporti tra arbitrato e giurisdizioni statuali*, Giappichelli, Torino, 2013, 263.

Bibliografia

- AA.VV., *Procédures parallèles et décisions contradictoires*, Bruylant, 2015.
- AA.VV., *Arbitrato*, a cura di Bonelli Erede Pappalardo, Milano, 2012
- AA. VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Jovene Editore, Napoli, 2010.
- AA. VV., *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, a cura di M.V. Benedettelli e L. Radicati di Brozolo, Padova, 2010.
- AA. VV. *La nuova disciplina dell' arbitrato*, a cura di Menchini, Padova, CEDAM, 2010.
- AA.VV., (a cura) Alessandro Augusto, *L' arbitrato. Analisi e commenti dalla recente prassi*, Ordine dei dottori commercialisti e degli esperti contabili di Milano, Commissione Arbitrato, n. 29, 2010
- AA. VV., *Arbitrato, ADR, conciliazione*, opera diretta da Rubino-Sammartano, Bologna, 2009.
- AA.VV., *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di Antonio Briguglio e Bruno Capponi, CEDAM, Padova, 2009
- AA. VV., *Arbitrato*, a cura di F. Carpi, 2° ed., Bologna, 2007.
- AA. VV., *Le recenti riforme del processo civile*, a cura di Chiarloni, Bologna, 2007.
- AA.VV., *La riforma della disciplina dell'arbitrato (L. n. 80/2005 e D. lgs. n. 40/2006)*, a cura di Elio Fazzalari, Milano, 2006.
- AA.VV., *Diritto dell' arbitrato*, a cura di Verde, Torino, 2006
- AA.VV., *La sentenza della Corte Costituzionale 6 luglio 2004, n. 204. Atti del convegno su riparto della giurisdizione nelle controversie in cui è parte la pubblica amministrazione* (Lucera, 19 febbraio 2005), a cura di Enrico Follieri, Giuffrè Editore, 2006.
- AA. VV., *Commentario breve al codice di procedura civile*, a cura di Carpi-Taruffo, V ed., CEDAM, Padova, 2006.
- AA. VV., *Droit du commerce international*, a cura di BÉGUIN e MENJUCQ, Parigi, 2005.
- AA.VV., *Studi in onore di Piero Schlesinger*, Milano, 2004.

AA. VV., a cura di FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, *On International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, L'Aia-Boston-Londra, 1999.

AA.VV., *L'arbitrato. Profili sostanziali*, a cura di Alpa, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.*, Torino, 1999

AA. VV., *La nuova disciplina dell'arbitrato. Commentario*, a cura di Briguglio, Fazzalari, Marengo, Milano, Giuffrè, 1994

ACONE, *Arbitrato e competenza*, in *Riv. arb.*, 1996, 239 ss.

AEBERLI, *Jurisdictional Disputes under the Arbitration Act 1996: A Procedural Route Map*, in *Arbitration International*, 2005, Vol. 21, n. 3., 253-299.

AMADEI, *Vie parallele ed efficacia del lodo sul processo giurisdizionale*, in *Riv. arb.*, 2014, 372 ss.

AMAR, *Dei Giudizi arbitrali*, Torino, 1928.

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

ANNECCHINO, *Note sul regolamento di competenza d'ufficio*, in *Dir. e giur.*, 1990, 607.

ARIETA, *La sentenza sulla competenza. Struttura, efficacia e stabilità*, Padova, CEDAM, 1990.

ASPRELLA, *La traslatio iudicii. Trasferimento del giudizio nel nuovo processo civile (l. n. 69/2209)*, Milano, Giuffrè, 2010.

ATTARDI, *Sulla traslazione del processo dal giudice incompetente a quello competente*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1951, 142 ss.

ATTERITANO, *La qualificazione dell'eccezione di compromesso per arbitrato estero quale eccezione di merito: problematiche connesse di diritto interno e di diritto internazionale*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 279 ss.

BALENA, *Questioni processuali e sindacato del "fatto" in cassazione*, in *Il giusto processo civile* 2012, 837 ss.

BARCELÒ, *Who Decides the Arbitrators' Jurisdiction? Separability and Competence-Competence in Transnational Perspective*, *International Commercial Arbitration*, Cornell Law Faculty Publications, 2003.

BAUR, *Rechtshängig-Schiedshängig*, in *Festschrift für Fasching*, Vienna, 1988.

BENSAUDE, *French Code of Civil Procedure (Book IV), Article 1458 and Article 1466*, in MISTELIS (ed), *Concise International Arbitration*, Kluwer Law International 2010.

BERGER, *Germany adopts the UNCITRAL Model Law*, *Int. A.L.R.*, 1998.

BERGER, *International Economic Arbitration*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1993.

BERGER-KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, II ed., Stampfli Verlag AG/Sweet & Maxwell, 2010.

BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri*, Torino, 1999.

BERMANN, *Le role respectif des cours et des arbitres dans la détermination de la compétence arbitrale*, in AA. VV., *L'arbitrage*, Parigi, 2009, 121 ss.

BERNARDINI, *Il diritto dell'arbitrato*, Bari, 1998, 43 ss.

BIAMONTI, *Arbitrato (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1958, 893 ss.

BOCCAGNA, *L'impugnazione per nullità del lodo*, Napoli, 2005.

BOCKSTIEGEL-KRÖLL-NACIMIENTO, *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice*, Kluwer Law International, 2007.

BONATO, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale. Studio di diritto italiano e comparato*, Jovene Editore, 2012.

BONGIORNO, *Sulla eccezione d' incompetenza nel processo arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, 135 ss.

BONGIORNO, *Il regolamento di competenza*, Milano, 1970.

BOUCARON-NARDETTO, *La compétence-compétence: le point de vue français*, in *Les Cahiers de l' Arbitrage*, 2013.

BOURDIN, *La convention d'arbitrage international en droit français depuis le décret du 12 Mai 1981*, in *Droit et pratique de l'arbitrage international en France: Actes du colloque, novembre 1982 (Fondation pour l'étude du droit et des usages du commerce international)*, Broché, 1984, 29.

BOVE, *Ancora sui rapporti tra arbitro e giudice statale*, in *Riv. arb.*, 2007, 357 ss.

BOVE, *Ancora sui rapporti tra arbitro e giudice statale*, Relazione tenuta al convegno su "La nuova disciplina dell'arbitrato", svoltosi presso la Camera di commercio di Udine il 29 giugno 2007.

BOVE, *Discutibile la scelta del "sistema tedesco"*, in *Guida dir.*, 2006, n. 8, 107 ss.

BOVE-CECHELLA, *Il nuovo processo civile*, Milano, 2006.

BOVE, *Sul regime dell'eccezione di patto compromissorio rituale*, in *Riv. arb.*, 2004, 247.

BOVE, *Sul regime dell'eccezione di patto compromissorio rituale*, in *Riv. arb.*, 2004, 247 ss.

BOVE, *Il patto compromissorio rituale*, in *Riv. arb.*, 2002, 403 ss.

BOVE, *Rapporti tra arbitro e giudice statale*, in *Riv. arb.*, 1999, 409 ss.

BOVE, *Arbitrato e litispendenza*, in *Riv. arb.*, 1998, 507 ss.

BOVE, *L'estinzione del patto compromissorio* in *Riv. arb.*, 1998, 681 ss.

BOVE, *Impugnazione per nullità del lodo pronunciato in carenza di un patto compromissorio*, in *Riv. arb.*, 1997, 535 ss.

BÖCKSTIEGEL-KRÖLL-NASCIMENTO, *The Model Law In Practice*, 8 eds., Kluwer Law International, 2007.

BREKOUKAKIS, *The Negative Effect of Compétence-Compétence: The Verdict has to be Negative*, *Austrian Arbitration Review*, 2009, 237-258.

BREKOUKAKIS, *The Negative Effect of Compétence-Compétence: The Verdict has to be Negative*, in *Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Research Paper n. 22/2009*.

BRIGUGLIO-CAPPONI-ATTERITANO, *Commentario alle riforme del processo civile // Arbitrato: Entrata in vigore delle nuove discipline sul giudizio di Cassazione e sull'arbitrato :*

L. 14 maggio 2005, n. 80; D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40; L. 18 giugno 2009, n. 69, Padova, CEDAM, 2009.

BUONCRISTIANI, *Efficacia nel procedimento arbitrale della sentenza del giudice ordinario declinatoria della competenza a favore del collegio arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1992, 748 ss.

CACHARD, *Le contrôle de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire*, in *Rev. arb.*, 2006, 893 ss.

CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, Padova, 1943.

CALAMANDREI, *Questioni sulla ammissibilità dei lodi parziali e sulla loro impugnazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1948, II, 260 ss.

CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, II, Padova, 1944.

CALIFANO, *Il sistema d'impugnazione dei lodi non definitivi della nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1995, 38 ss.

CAPPONI, *Modestino Acone, la competenza e l'arbitrato*, in *Il giusto processo civile*, 2009, 391 ss.

CARNACINI, voce *Arbitrato rituale*, in *Noviss. Dig. It.*, I, Torino, 1958, 861 ss.

CARNACINI-VASETTI, voce *Arbitri*, in *Nuovo Dig. it.*, Torino, 1937, 648 ss.

CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, Padova, 1937.

CARNELUTTI, *Pactum de compromittendo?*, in *Riv. dir. proc.*, 1934, II, 97.

CARNELUTTI, *Appello davanti a giudice incompetente*, *Studi di diritto processuale*, Padova, 1925.

CARNELUTTI, *Clausola compromissoria e competenza arbitrale*, in *Riv. dir. comm.*, 1921, II, 327 ss.

CARPI, *Il procedimento nell'arbitrato riformato*, in *Riv. arb.*, 1994, 672 ss.

CAVALLINI, *L'arbitrato rituale. Clausola compromissoria e processo arbitrale*, Egea, 2009.

CAVALLINI, *Profili dell'arbitrato rituale*, Milano, Giuffrè, 2005.

CAVALLINI, *Sulla natura del lodo rituale*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 942 ss.

CAVALLINI, *Alcune riflessioni in tema di efficacia del lodo*, in *Riv. arb.*, 1997, 725 ss.

CAVALLINI, *Questioni preliminari di merito e lodo non definitivo nelle riforma dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 1151 ss.

CECCHIELLA, *L'arbitrato*, Torino, 1991.

CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale (1894-1837)*, I, Milano, 1993, 49 ss.

CHIOVENDA, *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, a cura di A. Proto Pisani, Milano, 1993, II, 113 ss.

CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Padova, 1941

CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1934-35.

CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile: le azioni, il processo di cognizione*, Napoli, Jovene, 1923.

CIPRIANI, *Il regolamento facoltativo di competenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, 503 ss.

CIPRIANI, *Riparto di giurisdizione e «translatio iudicij»*, in *Riv. trim.dir. proc. civ.*, 2005, 729 ss.

CIPRIANI, *Sentenze non definitive e diritto d'impugnare (a proposito dell' art. 827 c.p.c.)*, in *Riv. arb.*, 1999, 248 ss.

CODOVILLA, *Del compromesso e del giudizio arbitrale: studio teorico-pratico*, Torino, 1899.

COLESANTI, *Cognizione sulla validità del compromesso in arbitri*, in *Riv. dir. proc.*, 1958, 247, 244 ss.

CONSOLO, *La translatio iudicij tra giurisdizioni nel nuovo art. 59 della legge di riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1267 ss.

CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, III ed., CEDAM, 2012.

CONSOLO, *Corollari applicativi e qualche instabilità della nuova stagione giurisprudenziale sull'arbitrato*, in *Rass. forense*, 2004, 940.

CONSOLO, *Litispendenza e Connessione fra arbitrato e giudizio ordinario. L'esperienza italiana: un cammino compiuto a metà*, in *ASA Bulletin*, Association Suisse de l'Arbitrage, vol. 18, 2000.

CONSOLO, *Litispendenza e connessione tra arbitro e giudizio ordinario (evoluzione e problemi irrisolti)*, in *Riv. arb.*, 1998, 659 ss.

CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, Padova, 2008.

CONSOLO-DE CRISTOFARO, *Evoluzioni processuali tra translatio iudicii e riduzione della proliferazione dei riti e dei ritualismi*, in *Corr. giur.*, 2007, 745 ss.

CREPIN, *Les sentences arbitrales devant le juge français – Pratique de l'exécution et du contrôle judiciaire depuis les réformes de 1980-1981 (Bibliothèque de droit privé, 1995)*, L.G.D.J., 1998.

D'ALESSANDRO, *Pronunce declinatorie e giurisdizione: la Corte di giustizia impone limiti di efficacia europei*, in *Foro it.*, 2013, 32 ss.

D'ALESSANDRO, *Finalmente! La Corte costituzionale sancisce la salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda introduttiva nei rapporti tra arbitro e giudice*, in *Foro it.*, 2013, I, 2697.

D'ALESSANDRO, *Sui rapporti tra la sentenza Mostaza Claro e gli art. 817 2° comma, e 829, n. I, cod. proc. civ.*, in *Riv. arb.*, 2006, 673 ss.

DANOVI, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, Padova, 1999.

DAVID, *L'Arbitrage dans le Commerce International*, Paris, 1982.

DE BERNARDI, *Sull'impugnazione dichiarativa della competenza arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2014, 135 ss.

DE PALO, *Teoria del titolo esecutivo*, I, Napoli, 1901.

DE SANTIS, *Vecchie «aporie» e nuove proposte in tema di rapporti tra giudice ordinario ed arbitri*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 177 ss.

DI MAIO, *Efficacia delle sentenze arbitrali*, in *Giur. it.*, 1881, IV, 81 ss.

DIMOLITSA, *Separability and Kompetenz-Kompetenz*, in A. Jan van den Berg, *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, Kluwer Law International 1999.

D'ONOFRIO, *Commento al codice di procedura civile*, II, Torino, 1957.

FADLALLAH, *Priorité à l'arbitrage: entre quelles parties?*, in *Gaz. Pal.*, 6 giugno 2002, n° 157, 26 ss.

FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, 1997.

FAZZALARI, *Osservanza dovuta al patto compromissorio: quando il suo vincolo perdura dopo la dichiarazione di nullità del lodo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1992, 272 ss.

FEDOZZI, *L'arbitrato nel diritto processuale civile internazionale*, Palermo, 1908.

FESTI, *La clausola compromissoria*, II ed., Milano, 2001.

FITTIPALDI, *Preclusioni processuali e giudicato esterno: verso un disimpegno della Cassazione dalla teorica dell'eccezione*, in *Corr. giur.*, 2001, 1462 ss.

FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, Paris, 1965.

FOUCHARD, *Rev. arb.*, 1999, 269-270.

FOUCHARD, *La coopération du Président du Tribunal de Grande Instance à l'arbitrage*, in *Rev. arb.*, 1985, 27.

GAILLARD, *L'effet négatif de la compétence-compétence*, in *Étude de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret*, Recueil édité par Jacques Haldy Jean-Marc Rapp Phidias Ferrari, Lausanne, 1999.

GAILLARD, *L'effet négatif de la compétence-compétence*, in *Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret*, Lausanne, 1999.

GAILLARD, *Arbitrage commercial international. Convention d'arbitrage. Effets. Droit commun et droit conventionnel*, in *JCP*, 1994, fasc. 1062, n. 38.

GAILLARD, *Les manœuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international*, in *Rev. arb.*, 1990.

GAILLARD-DE LAPASSE, *Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international*, in *Rec. Dalloz*, 2011, 278.

GAILLARD-DI PIETRO, *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards*, CMP Publishing Ltd., 2009.

GALANTE, *Sentenze arbitrali*, in *Dig. it.*, XXI, 2, Torino, 1891-1896, 658 ss.

GHIRARDINI, *Sull'arbitrato nel diritto processuale civile internazionale*, in *Riv. dir. civ.*, 1910, 674 ss.

GHIRGA, *Sub art. 816 bis c.p.c.*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di Sergio Menchini, Padova, 2010

GIACOBBE-D'ALESSANDRO, *L'arbitrato*, Milano, 1999.

GIONFRIDA, *Appunti sulla connessione e continenza di cause*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 130 ss.

GIONFRIDA, *La competenza nel nuovo processo civile*, Trapani, 1942.

HENKE, *Il diritto americano e l'incerto fondamento del principio di Kompetenz-Kompetenz in materia di arbitrato*, in *Dir. comm. int.*, 2011, 647 ss.

IRTI, *Compromesso e clausola compromissoria nella nuova legge sull'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1994, 651 ss.

IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo. Studi sui rapporti tra arbitrato e giurisdizioni statuali*, Giappichelli, Torino, 2013.

JAEGER, *Diritto processuale civile*, Torino, 1943.

JALILI, *Kompetenz-kompetenz: Recent U.S. and U.K. Developments*, *Journal of International Arbitration* 1996, Vol. 13, fasc. 4, 169-178.

JANNUZZI, *Nota a sentenza Cass. 9 dicembre 1949*, in *Giur. it.*, 1951, I, 1, 153.

KRONKE- NACIMENTO-OTTO- PORT, *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. A Global Commentary on the New York Convention*, Kluwer Law International BV, 2010.

- LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, IV edizione, Milano, Giuffrè, 2011.
- LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, III edizione, Milano, Giuffrè, 2007.
- LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, II edizione, Milano, Giuffrè, 2004.
- LAINÉ, *De l'exécution en France des sentences arbitrales étrangères*, in *Journal de droit international privé*, 1899, 641 ss.
- LESSONA, *Conflitto tra arbitri e giudice ordinario e regolamento di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1946, II, 5 ss.
- LEVONI, *L'arbitrato dopo la riforma*, Milano, 1985.
- LEVONI, *La pregiudizialità nel processo arbitrale*, Torino, 1975.
- LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1980
- LIEBMAN, *Giudizio arbitrale e connessione di cause*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 469 ss.
- LIEBMAN, *Gli arbitri e le cause connesse*, in *Temi*, 1963, 921 ss.
- LIEBMAN, *Efficacia e autorità della sentenza ed altri scritti sulla cosa giudicata*, Milano, 1962, 49 ss.
- LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, I, Milano, 1957.
- LOIC, *Code de procédure civile*, in *Lexisnexis*, 2011.
- LONGO, *Ancora in tema di connessione e giudizio arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1994, 295 ss.
- LOQUIN, *Arbitrage. Compétence arbitrale. Conflit entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire*, in *Jurisclasseur, Procédure civile*, Proc. civ., fasc. 1034, Parigi, 2010.
- LUISO, *Diritto processuale civile*, VI ed., Milano, Giuffrè Editore, 2011.
- LUISO, *Rapporti tra arbitri e giudice*, in *Riv. arb.*, 2005.
- LUISO, *Diritto processuale civile*, Milano, Giuffrè Editore, 2000.
- LUISO, *Ancora sui rapporti tra arbitri e giudice statale*, in *Riv. arb.*, 1997, 518 ss.

LUISO, *Intorno agli effetti dei lodi non definitivi o parzialmente definitivi*, nota ad Arbitro unico Vercelli, 20 febbraio 1997, in *Riv. arb.*, 1998, 594.

LUISO, *Le impugnazioni del lodo dopo la riforma*, in *Riv. arb.*, 1995, 20 ss.

LUISO-SASSANI, *La riforma del processo civile. Commentario breve agli articoli riformati del codice di procedura civile*, Milano, 2006.

MANDRIOLI, *Presupposti processuali*, in *Nov. Dig. It.*, Torino, 1966, XIII, 787 ss.

MANDRIOLI-CARRATTA, *I procedimenti speciali, l'arbitrato e la mediazione*, XXII. ed., Torino, Giappichelli, 2012.

MARENGO, *Conseguenze della omissione dell' exceptio compromissi*, in *Riv. arb.*, 1994, 343 ss.

MARINUCCI, *Note sul contrasto fra lodo non definitivo e lodo definitivo nel giudizio di impugnazione per nullità*, in *Riv. arb.*, 2013, 963 ss.

MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma*, Giuffrè, 2009

MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile*, I, Torino, 1902.

MAYER, *L'autonomie de l' arbitre dans l' appréciation de sa propre compétence*, *Cours de l' Académie de La Haye de droit international, Recueil des cours, Collected Courses*, vol. 217, 1989, 346.

MENCHINI, *Il controllo e la tutela della convenzione arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2013, 365 ss.

MENCHINI, *Il processo litisconsortile – Struttura e poteri delle parti*, Milano, Giuffrè, 1993.

MENCHINI, *La natura e la disciplina dell'eccezione con la quale è fatta valere l'efficacia di un (precedente) lodo non impugnabile*, in *Riv. arb.*, 290

MENCHINI, voce "Regiudicata civile", in *Dig. Civ.*, XVI, Torino, 1997, 404 ss.

MENESTRINA, *Il processo avanti a giudice incompetente e la condanna nelle spese*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1937, II, 228.

MERKIN, *Arbitration Law*, Informa Business Publishing, 2012.

MERKIN-FLANNERY, *The Arbitration Act 1996*, Informa Law, 2014.

MERKIN-FLANNERY, *Arbitration Act 1996*, *Lloyd's Commercial Law Library*, Londra-Singapore, 2005.

MINOLI, *L'entrata in vigore della Convenzione di New York sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere*, in *Riv. dir. proc.*, 1969.

MONTESANO, *La sospensione per dipendenza di cause civili e l'efficacia dell'accertamento contenuto nella sentenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, 385 ss.

MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, II ed., Torino, 1985-1994.

MORTARA, *Comm. Del cod. e delle l. di proc. Civ.*, Milano, III, 1923.

MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, vol. III, Milano, 1922.

MOTTO, *In tema di clausola compromissoria: forma, oggetto, rilevanza del comportamento delle parti per la determinazione di esso*, in *Riv. arb.*, 2006, 88 ss.

MURONI, *La pendenza del giudizio arbitrale*, Giappichelli Editore, Torino, 2008.

MURONI, *Clausola compromissoria "binaria" e pluralità di parti*, in *Riv. Arb.*, 1998, 86 ss.

NELA, *L'inesistenza della convenzione arbitrale rituale dopo la riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 973 ss.

NELA, *Arbitrato rituale e regolamento necessario di competenza*, in *Giur. it.*, 2001, I, 1, 2036 ss.

OCCHIPINTI, *La cognizione degli arbitri sui presupposti dell'arbitrato*, Giappichelli Editore: Torino, 2011.

ODORISIO, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 253 ss.

ORIANI, *Sulla «translatio iudicii» dal giudice ordinario al giudice speciale (e viceversa)*, in *Foro it.*, 2004, V, 9 ss.

PARK, *The Arbitrator's Jurisdiction do Determine Jurisdiction*, *ICCA Congress Series n. 13, International Arbitration. Back to Basics?*, The Hague, Kluwer, 2007.

- PASSARELLI, *Sul termine dell' azione di rescissione di vendita*, in *Foro. it.*, 1931, I, 664.
- PATTI, *Codice di procedura civile tedesco. Zivilprozessordnung*, Giuffrè Editore, 2010.
- PAULSSON, *Arbitration-Friendliness: Promises of Principle and Realities of Practice*, in 23 *Arb. Int.*, 2007
- PICARDI, *Manuale del processo civile*, II ed., Giuffrè Editore, II ed., 2010.
- POUDRET-BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruxelles, 2002.
- PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale*, Napoli, 2006.
- PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, CEDAM, Padova, 2000.
- PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, CEDAM, Padova, 2012.
- PUNZI, *Luci ed ombre nella riforma dell'arbitrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 395 ss.
- PUNZI, *Ancora sulla legge delega in tema di arbitrato: riaffermazione della natura privatistica dell'istituto*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 963 ss.
- PUNZI, *Natura dell'arbitrato e regolamento di competenza* in *Giust. civ.*, 2003, I, 726.
- PUNZI, *La riforma dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, 83 ss.
- RASELLI, *Appello a giudice incompetente e decorrenza del termine per appellare*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1931, II, 64.
- RAU, *Arbitral Jurisdiction and the Dimensions of 'Consent'*, in 24 *Arb. Int.*, 2008, 207.
- REDENTI, *Profili pratici del diritto processuale civile*, Milano, 1938.
- REDENTI, *Diritto processuale civile*, Milano, 1951.
- REDENTI, *Diritto processuale civile*, Milano, 1954.
- REDENTI, *Diritto processuale civile*, Milano, 1957.
- REDENTI, voce "Compromesso", in *Nuovo Dig. It.*, vol. III, Torino, 1938, 506 ss.

Relazione alla Maestà del Re imperatore del Ministro Guardasigilli presentata nell'udienza del 28 ottobre 1940 per l'approvazione del testo del codice di procedura civile, in G.U. 28 ottobre 1940.

RICCI, *Compromesso*, in *Nov. Dig. It.*, Appendice, Torino, 1981, 126 ss.

E.F. RICCI, *La convenzione di arbitrato e le materie arbitrabili nella riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 759 ss.

E.F. RICCI, *La Cassazione si pronuncia ancora sulla convenzione di arbitrato rituale: tra l'attaccamento a vecchi schemi e qualche incertezza concettuale*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 1294 ss.

E.F. RICCI, *La never ending story della natura negoziale del lodo: ora la Cassazione risponde alle critiche*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 557 ss.

E.F. RICCI, *La «funzione giudicante» degli arbitri e l'efficacia del lodo (Un grand arrêt della Corte Costituzionale)*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 351 ss.

E.F. RICCI, *La Cassazione insiste sulla natura «negoziale» del lodo arbitrale. Nuovi spunti critici*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 1238 ss.

E.F. RICCI, *La natura dell'arbitrato rituale e del relativo lodo*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 254 e ss.

E.F. RICCI, *L'arbitrato di fronte alla litispendenza giudiziaria*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 500 ss.

E.F. RICCI, *Un raggio di luce nel buio (una svolta in tema di competenza degli arbitri rituali per connessione di cause)*, in *Riv. arb.*, 1993, 173 ss.

ROBERT, *L'arbitrage, droit interne et droit international privé*, Paris, 1983.

ROCCO, *La sentenza civile*, Torino, 1905.

RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato. Disciplina comune e regimi speciali*, VI ed., vol. I, 2010.

RUFFINI, *La divisibilità del giudizio arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1995, 39 ss.

SALVANESCHI, *Arbitrato*, Bologna, Zanichelli, 2014.

SALVANESCHI, *La domanda di arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 664 ss.

SALVANESCHI, *Ancora sull'arbitrabilità delle impugnative di delibere assembleari e sulla competenza a deciderle*, in *Riv. arb.*, 2013, 928;

SAMMARCO, *Trasmigrazione del processo dall'arbitrato al giudice ordinario*, in *Giust. civ.*, 1961, I, 1839, 436 ss.

SANDERS, *L'autonomie de la clause compromissoire*, in *Hommage Eisemann*, Paris, 1978.

SATTA, *Note sull'arbitrato libero*, in *Rassegna dell'arbitrato*, 1974, 1 ss.

SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 2, Milano, 1971.

SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Società editrice Vita e pensiero, Milano, 1931.

SCHÄFFER, *Die Einrede der Kompetenz-Kompetenz des Schiedsgerichtes*, in *Festschrift für Henckel*, Berlino, 1995.

SATTA-PUNZI, *Diritto processuale civile*, XIII ed., Padova, 2000.

SCHIZZEROTTO, *Arbitrato rituale e arbitrato irrituale, regolamento di competenza e la «vis attractiva»*, in *Giur. it.*, 1974, I, 1, 138 ss.

SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, III ed., Giuffrè Editore, Milano, 1988.

SCHLOSSER, *La nouvelle législation allemande sur l'arbitrage*, *Rev. arb.*, 1998, 291 ss.

SCHWAB, *Schiedsgerichtsbarkeit*, Verlag C.H. Beck Helbing & Lichtenhahn, 2005.

SERAGLINI, *L'arbitrage commercial international*, in *Droit du commerce international*, a cura di Béguin e Menjucq, Paris, 2005.

SRAFFA, *Compromessi e lodi stabiliti fra industriali senza la forma dei giudizi*, in *Riv. dir. comm.*, 1907, I, 429 ss.

STEIN-JONAS, *Kommentar zur ZPO*, XXII ed., Tubinga, 2002.

TARZIA, *Concessione di cause e processo simultaneo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 397 ss.

TARZIA, *Sub art. 19 l. 5 gennaio 1994, n. 25, in Legge 5 gennaio 1994, n. 25*, a cura di Giuseppe Tarzia, Riccardo Luzzatto ed Edoardo Flavio Ricci, Padova, 1995, 155 ss.

TARZIA-CAVALLONE, *I Progetti di riforma del processo civile (1866-1935)*, vol. II, Milano, Giuffrè Editore, 1989.

TERRANOVA, *Incompetenza del giudice che abbia provveduto in materia cautelare e sua deducibilità in sede di impugnazione*.

TOMBARI, *Natura e regime giuridico dell'eccezione di compromesso*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, 1021 ss.

VACCARELLA, *Sulla competenza esclusiva del collegio arbitrale a giudicare della propria competenza*, nota a Cass. 8 luglio 1996, n. 6205, *Riv. arb.* 1997, 329.

VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Napoli, 1953.

VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Napoli, 1971.

VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, 1971.

VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, II ed., Torino, 2010

VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, II ed., Torino, 2010

VOCINO, *Schema di una teoria della clausola compromissoria*, in *Foro it.*, 1932, I, 1061 ss.

VULLO, *Note in tema di arbitrato, connessione e sospensione per pregiudizialità*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 137 ss.

WALTER, *La nuova disciplina dell'arbitrato in Germania (una comparazione Germania-Svizzera-Italia)*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, 670 ss.

WILHELMSSEN, *European Perspectives on International Commercial Arbitration*, *Journal of Private Int. Law*, 2014, 113-128.

ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da V.E. Orlando, vol. II, 3 ed., Milano, 1920.

ZANZUCCHI, *Diritto processuale*, Milano, 1936.

ZANZUCCHI-VOCINO, *Diritto processuale civile*, I, VI ed., Milano, 1964.

ZUFFI, *L'arbitrato nel diritto inglese. Studio comparatistico sulla natura dell'arbitrato e sull'imparzialità dell'arbitro in Inghilterra*, Giappichelli, Torino, 2008.

Giurisprudenza

Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Prima Sezione), n. C-168/05, del 26 ottobre 2006, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 1083 ss.

Corte Cost., 28 novembre 2001, n. 376, in *Giust. civ.*, 2001, I, 2883, con nota di Vaccarella, *Il coraggio della concretezza in una storica decisione della Corte costituzionale*.

Cass., Sez. Un., 25 ottobre 2013, n. 24153, in *Corr. giur.*, 2014, 87, con nota di VERDE, *Arbitrato e giurisdizione: le Sezioni Unite tornano all'antico*

Cass., Sez. Un., 25 ottobre 2013, n. 24153, in *Foro it.*, 2013, I, 3407.

Cass., ord., 2 marzo 2012, n. 3338, disponibile su www.ilcaso.it.

Cass., 6 aprile 2012, n. 5634, in *Riv. arb.*, 2014, 133.

Cass. Sez. Un., 9 giugno, 2012, n. 10027, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 683.

Cass., 19 ottobre 2012, n. 18041, in *Rep. Foro it.*, 2012 voce Contratto in genere, n. 461.

Cass. 26 marzo 2012, n. 4790 e Cass. 6 aprile 2012, n. 5634 disponibili in *JurisData*.

Cass., ord. 7 novembre 2012, n. 19268, in *Rep. Foro it.*, 2012, voce Arbitrato, n. 182.

Cass., ord., 4 luglio 2011, n. 14578, in *Mass. Foro it.*, 2011, 563.

Cass. Sez. Un., ord. 6 settembre 2010, n. 19047, in *Corr. giur.*, 2011, 45 ss., con nota di CASTAGNOLA-CONSOLO-MARINUCCI, *Sul dialogo (impossibile?) fra Cassazione e dottrina, nella specie sulla natura (mutevole?) dell'arbitrato*,

Cassazione, 9 dicembre 2010, n. 24867, in *Notariato*, 2011, 137.

Cass., ord., 16 dicembre 2009, n. 26435, in *Mas. Foro it.*, 2009, 1530.

Cass., 11 settembre 2007, n. 19090, in *Foro it.*, 2008, I, 1966.

Cass., 16 marzo 2007, n. 6159, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce "Procedimento civile", n. 273.

Cass., 3 febbraio 2006, n. 2444, in *Rep. Giur. it.*, 2006, voce « Arbitrato », n. 143.

Cass., 21 luglio 2004, n. 13516, in *Corr. giur.*, 2005, 651, con nota di MURONI, *La litispendenza arbitrale prima e dopo la novella del 1994: rapporto processuale e rapporto negoziale parti-arbitri*.

Cass., 3 giugno 2004, n. 10561, in *Foro it.*, 2004, 2920 ss.

Cass., 21 settembre 2004, n. 18917, in *Riv. arb.*, 2005, 275.

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

Cass., Sez. Un., 6 giugno 2003, n. 9070, in *Riv. arb.*, 2004, 299.

Cass., Sez. Un., 25 giugno 2002, n. 9289, in *Riv. arb.*, 2002, 511, con nota di BRIGUGLIO, *Le Sezioni Unite ed il regime della eccezione fondata su accordo compromissorio*.

Cass. Sez. Un., 3 ottobre 2002, n. 14223, *Giust. Civ. mass.*, 2002, 1769.

Cass., 22 febbraio 2002, n. 2566, in *Riv. arb.*, 2002, 691.

Cass., 3 ottobre 2002, n. 14182, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Arbitrato*, n. 146.

Cass. Sez. Un., ordinanza 5 aprile 2002, n. 9289, disponibile su judicium.it con nota di Tota, *Ancora sulla natura dell'eccezione di compromesso (e sull'ammissibilità del regolamento di competenza avverso la sentenza del giudice ordinario che pronunci su di essa)*.

Cass., 4 giugno 2001, n. 7533, in *Corr. giur.*, 2001, 1448, con nota di CONSOLO-MURONI, *L'eccezione di arbitrato rituale come eccezione "di merito" e la supposta inammissibilità del regolamento di competenza*

Cass., 27 novembre 2001, n. 15023, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 287 ss.

Cass., 8 novembre 2001, n. 13840, in *Studium iuris*, 2002, 658.

Cass., 13 dicembre 2001, n. 15753, in *Giust. civ.*, 2002, I, 3113 con nota di TIZZI, *Il controllo del potere degli arbitri liberi da parte del giudice statale*.

Cass. 11 giugno 2001, n. 7858, in *Foro it.*, 2001, I, 2381 ss.

Cass., 15 maggio 2001, n. 6710, in *Giur. it.*, 2002, 939.

Cass. Sez. Un., 3 Agosto 2000, n. 527, in *Riv. arb.*, 2000, 699 ss. con nota di FAZZALARI, *Una svolta attesa in ordine alla natura dell'arbitrato*; in *Riv. dir. proc.*, 2001, 254 ss., con nota di E.F. RICCI, *La natura dell'arbitrato e rituale e del relativo lodo: parlano le Sezioni unite*; in *Giust. civ.* 2001, I, 761 con nota di MONTELEONE, *Le sezioni unite della Cassazione affermano la natura negoziale e non giurisdizionale del cosiddetto "arbitrato rituale"*.

Cass. Sez. Un., 23 febbraio 2000, n. 15, in *Foro it.*, 2000, I, 1833.

Cass. 30 agosto 2000, n. 11404, n. *Giust. civ.*, 2001, I, 2185.

Cass. 28 agosto 2000, n. 11218, in *Riv. arb.*, 2001, 689.

Cass. Sez. Un., 15 dicembre 2000, n. 1262, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce «Arbitrato», n. 132.

Cass. 5 dicembre 2000, n. 1251, in *Riv. arb.*, 2001, 711 ss., con nota di VILLA, *Note sul rapporto tra arbitrato e giurisdizione amministrativa e sulla distinzione tra arbitrato rituale e irrituale* e in *Corr. Giur.*, 2001, 1449 ss. (con nota di CONSOLO e MURONI, *L'eccezione di arbitrato irrituale come eccezione "di merito" e la supposta inammissibilità del regolamento di competenza*

Cass. 8 febbraio 1999, n. 1079, in *Foro it.*, 2000, I, 2307 ss., con nota di DE SANTIS, *In tema di rapporti tra giudice ordinario ed arbitri*.

Cass. 24 marzo 1999, n. 2775, in *Giust. civ.*, Mass. 1999, 659.

Cass., 5 novembre 1999, n. 12336, in *Giust. civ.*, 2000, I, 1439.

Cass., 10 novembre 1998, n. 11294, in *Riv. arb.*, 1999, 89.

Cass., 12 novembre 1998, n. 11436, in *Mass. Giust. civ.*, 1998, 2344.

Cass. 9 aprile 1998, n. 3676, in *Riv. arb.*, 1998, 501 ss.

Cass., 28 maggio 1998, n. 5280, in *Riv. arb.*, 445.

Cass. 10 novembre 1998, n. 11294, in *Riv. arb.*, 1999, 89 ss.

Cass. Sez. Un., 2 maggio 1997, n. 3829, in *Foro it.*, 1997, I, 1751.

Cass. Civ. 7 aprile 1997, n. 3001, in *Giust. civ.*, 1997, 2451.

- Cass. 25 luglio 1997, n. 6950, in *Foro it.*, 1998, 898 ss.
- Cass. 7 aprile 1997, n. 3001, in *Riv. arb.*, 1997, 515 ss.
- Cass. 20 maggio 1997, n. 4474, in *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Arbitrato*, n. 102.
- Cass., 7 aprile 1997, n. 3001, in *Riv. arb.*, 1997, 515 ss. con nota di Luiso.
- Cass., 7 aprile 1997, n. 3001, in *Riv. arb.*, 1997, 517.
- Cass. 8 luglio 1996, n. 6205, in *Riv. arb.*, 1997, 325 con nota critica di Vaccarella.
- Cass., 15 luglio 1996, n. 6403, in *Riv. arb.*, 1997, 53 ss.
- Cass., 8 luglio 1996, n. 6205, *Riv. arb.*, 1997, 325 ss. con nota di Vaccarella.
- Cass., 8 luglio 1996, n. 6205, in *Corr. giur.*, 1996, 1119 in *Riv. arb.*, 1997, 325.
- Cass. 25 gennaio 1995, n. 874, in *Foro it.*, Rep. 1995, voce *Arbitrato*, n. 99.
- Cass., Sez. Un., 25 ottobre 1994, n. 19, in *Giur. it.*, 1996, II, 352.
- Cass., 28 giugno 1994, n. 6206, in *Giust. civ.*, 1995, I, 462.
- Cass., 16 dicembre 1992, n. 133117, in *Rep. Foro it.*, 1994, voce *Arbitrato*, n. 96.
- Cass., 22 ottobre 1991 n. 1197, *Foro it.*, 1991, I, 701.
- Cass., 28 marzo 1991, n. 3361, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 552.
- Cass. 25 settembre 1990, n. 9694 in *Rep. Foro it.*, 1990, voce *Competenza civile*, n. 145.
- Cass., sez. I, 23 agosto 1990, n. 8608 in *Riv. arb.*, 1991, 757.
- Cass., 9 febbraio 1990, n. 945, in *Riv. arb.*, 1991, 120.
- Cass., 23 gennaio 1990, n. 354, in *Riv. arb.*, 1991, 79.
- Cass. 21 marzo 1989, n. 1411, in *Rass. arb.*, 1989, 306.
- Cass., 21 marzo 1989, n. 1411, in *Rass. arb.*, 1989, 306.

- Cass., 21 marzo 1989, n. 1411, in *Mass. Giur. it.*, 1989.
- Cass., 23 settembre 1987, n. 5707, in *Rep. Foro it.*, 1986, 407.
- Cass., 23 settembre 1987, n. 5707, in *Rep. Foro it.*, 1986, 407.
- Cass. Sez. Un. 9 giugno 1986, n. 3835, in *Rassegna dell'arbitrato*, 1986, 220, n. 3.
- Cass., Sez. Un., 9 giugno 1986, n. 3835, in *Foro it.*, 1986, I, 1525
- Cass., 23 settembre 1986, n. 5707, in *Mass. Foro it.*, 1986, 1001.
- Cass., 8 febbraio 1986, n. 792, in *Rass. arb.*, 1986, 216.
- Cass., 31 luglio 1986, n. 4902; Cass., 8 luglio 1996, n. 6205, in *Corr. giur.*, 1996, 1119.
- Cass. Sez. Un., 9 aprile 1986, n. 2469, in *Rassegna dell'arbitrato*, 1986, 218, n. 28.
- Cass., 31 luglio 1986, n. 4902, in *Rep. Foro. it.*, 1989, voce Appello civile, n. 47.
- Cass. 23 gennaio 1985, n. 279, in *Rep. Foro it.*, 1988, voce Competenza civile, n. 188.
- Cass. 14 Ottobre 1985, n. 4987, *Rass. Arbitrato*, 1986, 100, 5.
- Cass. 17 gennaio 1985 n. 107 e Cass. 24 maggio 1968 n. 1583, in *Giust. civ.*, 1968, 1, 2009 ss., con nota di Vaccarella.
- Cass., 4 settembre 1984, n. 4758 in *Rep. Foro it.*, 1985, voce Competenza civile, n. 131.
- Cass., 6 gennaio 1983, n. 66 *Mass. Foro it.*, 1983.
- Cass., 11 aprile 1983, n. 2250, in *Foro it.*, 1983, I, 1237
- Cass. Sez. Un., 4 luglio 1981, n. 4360, in *Foro it.*, 1981, I, 1860.
- Cass. 15 marzo 1980, n. 1754, in *Giust. civ. mass.*, 1980, fasc. 3.
- Cass. 19 febbraio 1980, n. 1213., in *Giust. Civ. Mass.*, 1980, 518.
- Cass. 12 luglio 1979, n. 4020, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, 1695;

- Cass. 4 aprile 1979, n. 943, in *Giust. civ. mass.*, 1979.
- Cass. 28 maggio 1979, in *Mass. uff. Cass.*, n. 3099.
- Cass. 25 luglio 1977, n. 3307, in *Foro it. Rep.*, 1978, voce Ingiunzione, n. 20.
- Cass, 3 ottobre 1977, n. 4188 in *Arch. civ.*, 1978, 195.
- Cass., 19 dicembre 1975, n. 4189, in *Foro it.*, 1976, I, c. 656 ss.
- Cass. 8 marzo 1974, n. 616, in *Giust. civ.*, 1974, I, 1266.
- Cass., 18 dicembre 1973, n. 3433, in *Giust. civ.*, 1974, I, 1110.
- Cass. 7 agosto 1972, n. 2647, in *Giust. civ.*, 1973, I, 827.
- Cass., 13 dicembre 1969, n. 3981, in *Giur. it.*, 1971, I, 1, 127, con nota di SEGRÈ, *Concessione di cause e incompetenza di arbitri.*
- Cass., 13 dicembre 1969, n. 3981, in *Giur. it.*, 1971, I, 1, 138.
- Cass. 13 dicembre 1969, n. 3981, in *Giur. it.*, 1971, I, 1.
- Cass. 11 febbraio 1969, n. 475, in *Foro it.*, 1969, I, 132.
- Cass., 24 maggio 1968, n. 1583, in *Riv. dir. proc.*, 1969, 703 ss., con nota di RICCI, *Contro l'istruzione probatoria segreta nel processo arbitrale*
- Cass., 5 agosto 1968, n. 2803, in *Giust. civ.*, 1969, I, 682.
- Cass., 5 agosto 1968, n. 2803, in *Foro it.*, Rep. 1969, 445-446
- Cass. 7 gennaio 1967 n. 56, in *Rep. Foro it.*, 1967, 139, n. 18.
- Cass. 24 gennaio 1966 n. 302, in *Prev. soc.*, 1966, 1958.
- Cass. 28 gennaio 1966, n. 344, in *Foro it.*, Rep. 1966, voce Arbitrato, n. 28.
- Cass. 9 luglio 1965, n. 1431, in *Foro it.*, 1966, I, 571.
- Cass. 14 ottobre 1963, n. 2721, in *Foro it.*, Rep. 1963, voce Arbitrato, n. 51.

Cass., 27 maggio 1961, n. 1261, in *Giur. it.*, 1961, I, 881.

Cass. 27 luglio 1957, in *Riv. dir. proc.*, 1958, 246, con nota di COLESANTI, *Cognizione sulla validità del compromesso in arbitri*.

Cass., Sez. Un., 19 luglio 1957, n. 3050, in *Giust. civ.*, 1957, I, 1460.

Cass. Sez. Un., 9 maggio 1956, n. 1505, in *Foro it.*, 1956, I, 818.

Cass. 9 maggio 1956, n. 1505, in *Foro it.*, 1956, I, 847.

Cass. 9 maggio 1956 n. 1505, in *Giust. Civ.*, 1956, I, 818;

Cass., Sez. Un., 9 maggio 1956 n. 1505, in *Foro padano*, 1956, I, 686 ss.

Cass. 15 giugno 1954 n. 2109, in *Mass. Giur. it.*, 1954, 450.

Cass. 20 dicembre 1952, n. 3251, in *Foro it.*, Rep 1952, voce Arbitrato, n. 63.

Cass. 18 dicembre 1952 n. 3244, in *Mass. Giur. it.*, 1952, 849.

Cass. 1 agosto 1950 n. 2302, in *Mass. Giur. it.*, 1950, 552.

Cass., 21 dicembre 1945, n. 843 e Cass., 18 agosto 1949, n. 2355

Cass., 17 settembre 1947, n. 1570, in *Mass. Giuri. it.*, 1947, 432.

Cass. 23 giugno 1937, n. 2042, in *Giur. it.*, 1937, I, 1552.

Cass., 20 marzo 1936, in *Mass. Giur. it.*, 1936, 261.

Cass., 7 febbraio 1935, in *Foro it.*, 1935, I, 1917.

Cass., 27 marzo 1935, in *Mass. Foro it.*, 1935, 263.

Cass., 25 luglio 1934, in *Rep. Giur. it.*, voce Arbitri, n. 60.

Cass., 22 marzo 1933, in *Rep. Foro it.*, voce Competenza civile, n. 26.

Cass., 10 luglio 1933, in *Mass. Foro it.*, 1933, 512.

- Cass., 3 febbraio 1931, in *Giur. it.*, 1931, I, 357.
- Cass., 21 luglio 1931, in *Giur. tor.*, 1932, 231.
- Cass., 18 giugno 1931, in *Rep. Foro it.*, voce Arbitramento, n. 55.
- Cass., 29 gennaio 1929, in *Rep. Foro it.*, 1929, voce Arbitramento, n. 32.
- Cass., 30 aprile 1928, in *Giur. it.*, 1928, I, 938.
- Cass., 15 maggio 1924, in *Giur. it.*, 1924, I, 523.
- Cass. Roma, 27 febbraio 1912, in *Foro it.*, 1912, I, 1143 ss.
- Cass. Torino, 6 luglio 1914, in *Foro it.*, *Rep.* 1914, voce Arbitramento, 1914, n.39.
- Cass., 5 febbraio 1907, *Foro it.*, 1907, I, 708.
- Cass., 22 maggio 1905, in *Foro it.*, 1905, I, 1051.
- Cass. Torino, 15 luglio 1902, in *Rep. Foro it.*, 1902, voce Competenza civile, n. 170.
- Cass. Roma, 22 giugno 1900, *Foro it.*, 1900, I, 1362.
- Cass. Firenze, 16 gennaio 1899, in *Foro it.*, 1899, 399.
- Cass. Torino, 13 marzo 1878, in *Giurispr.*, XV, 360.
- Cass. Roma, 30 marzo 1876, in *Giur. it.*, 1876, I, 615.

Pronunce di secondo grado

Corte d' Appello di Roma, 11 aprile 2013, in *Riv. arb.*, 2013, 963 ss, con nota di MARINUCCI, *Note sul contrasto fra lodo non definitivo e lodo definitivo nel giudizio di impugnazione per nullità*.

Corte d'Appello di Torino, 20 settembre 2007, n. 1415, in *L'impugnazione del lodo arbitrale: Massimario di Giurisprudenza della Corte d'Appello di Torino*, disponibile sul sito della Camera Arbitrale del Piemonte.

Commiss. Trib., II grado Roma, 19 novembre 1984, in *Temì Romana* 1984, 913.

App. Firenze 4 dicembre 1964, in *Foro it.*, Rep. 1965, voce Arbitrato, n. 33.

App. Genova 21 gennaio 1963, in *Foro it.*, 1963; I, 810.

App. Roma 18 febbraio 1969, in *Rep. Foro It.*, 1969, 159, n. 88.

App. Napoli, 19 dicembre 1951, in *Foro it.*, n. 65.

App. Milano 31 ottobre 1950, in *Foro it.*, Rep. 1951, voce cit., n. 34.

App. Napoli 22 luglio 1950, in *Foro it.*, 1951, I, 1302

App. Milano 31 ottobre 1950 in *Rep. Foro It.*, 1951, 144, n. 34.

App. Genova 15 febbraio 1949, in *Foro it.*, Rep. 1951 voce cit., n. 30.

App. Milano, 18 febbraio 1947, *id.*, Rep. 1947, voce cit., n. 9.

App. Bologna, 27 gennaio 1936, in *Temi emil.*, 1936, 38.

App. Milano, 13 gennaio 1936, in *Foro lomb.*, 1936, II, 1.

App. Firenze, 7 aprile 1936, in *Giur. corti reg.*, 1936, II, 1.

App. Firenze, 7 aprile 1936, in *Giur. corti reg.*, 1936, 480.

Appello Bologna, 18 ottobre 1935, in *Temi emil.*, 1936, 4.

App. Torino, 30 luglio 1930, *Giur.tor.*, 1930, p. 1201.

App. Torino, 1 settembre 1870, in *Giurisp.*, VII, 655.

App. Torino, 19 marzo 1872, in *Giurisp.*, 1872, IX, 923.

Pronunce di merito

Trib. di Bari, 25 maggio 2006, in *Il civilista*, 2007, 52.

Trib. Termini Imerese 26 luglio 1957, *id.*, Rep. 1959, voce Arbitrato, n. 22.

Trib. Trieste, 3 luglio 1936, in *Riv. dir. proc.*, 1936, II, 236, con nota di Mussafia.

Trib. Milano, 31 marzo 1932, in *Tem. lomb.*, 1932, 338.

Trib. Firenze, 20 aprile 1927, in *Foro. tosc.*, 1927, 236.

Pronunce arbitrali

Coll. arb., 24 maggio 1960, in *Foro it.*, Rep. 1960, voce Arbitrato, n. 90.

Coll. arb. 7 marzo 1953, , in *Foro it.*, Rep. 1953, voce Arbitramento, n. 71.

Giurisprudenza straniera

Francia

Cass., *1re civ.*, 6 ottobre 2010, *Fondation Albert Abela Family Foundation (A AFF) et. al. v. Fondation Joseph Abela Family Foundation (J AFF)*, in *Rev. arb.*, 2010, 813 ss.

Cass., *1re civ.*, 6 ottobre 2010, *SCEA Plante Moulet*, in *Bull. civ.*, I, 183.

Cass., *1re civ.*, 8 aprile 2009, *GefuKuchenboss c/ Corema*, in *Rev. arb.*, 2009, 155 ss.

Cass., *1re civ.*, 11 febbraio 2009, *Laviosa c/ Afitex*, in *Rev. arb.*, 2009, 155.

Cass., *1re civ.*, 8 luglio 2009, *Société d'études et représentations navales et industrielles (SOERNI) et autres vs. Société Air Sea Broker limited (ASB)*.

Cass., *1re civ.*, 12 dicembre 2007, *Prodim c/ De Abreu*, in *Rev. arb.*, 2008, 160.

Cass., *1re civ.*, 20 febbraio 2007, *UOP c/ BP France*, in *Rev. arb.*, 2007, 775 ss.

Cass., *1re civ.*, 23 gennaio 2007, *Levantina de Hydraulica y Motores c/ Scala et autres*, in *Rev. Arb.*, 2007, 279 ss.

Cass., *1re civ.*, 25 aprile 2006, in *Rev. arb.*, 2007, 79, con nota di J. El-Ahdab.

Cass., *1re civ.*, 23 maggio 2006, *Albinc c/ BRI* : *Bull. civ.* 2006, I, n. 252.

Cass., *1re civ.*, 7 giugno 2006, *Copropriété maritime Jules Verne et autre c. American Bureau of Shipping (ABS) et autre*, in *Rev. arb.*, 2006, 945 ss.

Cass., *1re civ.*, 11 luglio 2006, n. 04-14950 disponibile sul sito della Cassazione francese.

Cass., *1re civ.*, 4 luglio 2006, n. 05-17460 disponibile sul sito della Cassazione francese.

Cass., *1re civ.*, 7 giugno 2006, *SARL Daso c/ SAS Prodim* : *Bull. civ.* 2006, I, n. 281.

Cass., *1re civ.*, 7 giugno 2006, *Copropriété maritime Jules Vernes c/ Sté ABS American Bureau of Shipping*: *Bull. civ.* 2006, I, n. 287.

- Cass., *1re civ.*, 4 luglio 2006, *Sté Prodim c/ Époux X* : *Bull. civ.* 2006, I, n. 338.
- Cass., *1re civ.*, 30 ottobre 2006, *Sté Ventiv Health et SCP Becheret-Thierry c/ Sté CL Innovation santé*, *Bull. civ.*, 2006, I, n. 443.
- Cass., *1re*, 28 novembre 2006, *So Good International c/ Laiterie de Saint-Denis de l' Hotel*, in *Rev. arb.*, 2006, 1089 ss.
- Cass., *1re*, 7 giugno 2006, *Copropriété maritime Jules Verne c/ American Bureau of Shipping*, in *JDI* 2006, 1384 ss.
- Cass., *1re*, 25 aprile 2006, *Société DMN Machinefabriek BV c/ société Tripette et Renaud*, in *Bull. civ.*, 2006, I, 196.
- Cass., *1re civ.*, 16 ottobre 2001, *Société Quatro Children's Books Limited c/ Editions du Seuil et autre*, in *Rev. arb.*, 2002, 920.
- Cass., *1re civ.*, 5 gennaio 1999, *Zanzi c/ De Koninck*, in *Rev. arb.*, 1999, 260 ss. con nota di Fouchard.
- Corte d'Appello di Parigi, 7 dicembre, 1994, V 20000 (già *Jaguar France*) *v. Renault*, con nota di JARROSSON, in *Rev. arb.*, 1996, 245.
- Cass., *1re civ.*, 20 dicembre 1993, *Municipalité de Khoms El Mergeb c. Société Dalico*, in *Journ. dr. int.*, 1994, 432 ss., con nota di E. Gaillard.

Regno Unito

- Five Oceans Salvage Ltd v Wenzhou Timber Group Co* [2012] I Lloyd's Rep 289.
- British Telecommunications plc v SAE Group Inc* [2009] BLR 231.
- High Court of Justice, Chancery division, Albon (t/a N A Carriage Co) v Naza Motor Trading SDN BHD & Anor* [2007] EWHC 665 (Ch), in *WestLaw*.
- Film Finance Inc v. Royal Bank of Scotland* [2007] I Lloyd's Rep 382; *Elektrim SA v. Vivendi Universal SA* [2007] 1 Lloyd's Rep 693.
- Esso Exploration & Production UK Ltd v. Electricity Supply Board* [2004] EWHC 723 (926).

Vee Networks Ltd v. Econet Wireless International Ltd [2004] EWHC 2909 (Comm.). [2005] 1 Lloyd's Rep 192.

Ronly Holding v. JSC Zestafin G Nikoladze Ferroalloy Plant [2004] EWHC 1354 (Comm).

Westland Helicopters Ltd v. Sheikh Salah Al-Hejailan [2004] 2 Lloyd's Rep 523.

Minermet Spa Milan v. Luckyfield Shipping Corporation SA [2004] 2 Lloyd's Rep 348.

Fleming and Wendeln GmbH v. Sanoi SA/AG [2003] 2 Lloyd's Rep 473.

Azov Shipping Co v Baltic Shipping Co (No 1) [1999] 1 Lloyd's Rep 68.

Petroships Pte Ltd of Singapore v. Petec Trading & Investment Corporation [2001] 2 Lloyd's Rep 523.

Al-Naimi v Islamic Press Agency Inc [2000] 1 Lloyd's Rep 522.

Vale do Rio Doce Navegação SA v Shanghai Bao Steel Ocean Shipping Co Ltd [2000].

XL Insurance Ltd v Owens Corning [2000] 2 Lloyd's Rep 500.

ABB Lummus Global Ltd v. Keppel Fels Ltd [1999] 2 Lloyd's Rep 24;

Harbour Assurance Co Ltd v. Kansa General International Insurance Co Ltd, [1992] 1 Lloyd's Rep. 81 (Q.B. (Com. Ct.) 1991).

Doleman & Sons v. Osset Corporation [1912] 3 KB 257, in POWELL-SMITH-FURMSTON, *Building Contract Casebook*, Wiley-Blackwell, 207-208.