



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

*Facoltà di Giurisprudenza*

*Pubblicazioni del Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale*

---

**ALBERT HENKE**

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



**G. Giappichelli Editore**

## INTRODUZIONE

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## CAPITOLO 1

# I RAPPORTI TRA ARBITRATO E GIURISDIZIONE STATALE. IL QUADRO NORMATIVO

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

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

## SEZIONE PRIMA

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

La riforma del diritto dell'arbitrato del 2006, attuata con il d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40<sup>1</sup>, ha introdotto una serie di norme rilevanti per disciplinare alcuni tra i principali nodi problematici relativi ai rapporti *e conflitti* tra arbitrato e giurisdizione ordinaria, che, per decenni, in ragione soprattutto del precedente vuoto legislativo (salva qualche sporadica eccezione<sup>2</sup>), avevano alimentato un acceso dibattito in dottrina e giurisprudenza<sup>3</sup>. Invero, in conformità all'ampio mandato conferitogli dalla legge-delega del 14 maggio 2005, n. 80<sup>4</sup>, il legislatore è intervenuto su pressoché la totalità delle norme del Titolo VIII del Libro IV del codice di rito, introducendo numerose e significative novità.

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

---

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

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

<sup>3</sup> Di cui daremo conto nel secondo capitolo.

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

<sup>5</sup> Le norme sono state introdotte in ossequio al mandato ricevuto dal legislatore delegato dalla

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

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

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

Il riferimento è, *in primis*, all'art. 824 *bis* c.p.c. ("*Efficacia del lodo*"), che, nell'attribuire espressamente al lodo *gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria*, ha inteso soprattutto superare l'orientamento "negozialista" inaugurato con la celebre decisione delle Sezioni Unite n. 527 del 2000<sup>7</sup> (che nell'arbitrato vedeva un fenomeno esclusivamente privatistico, attribuendo al lodo un'efficacia meramente *negoziale*). La norma, tuttavia, non è risolutiva dei molteplici

---

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

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

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

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

Meritevole di menzione è altresì l’art. 819 c.p.c. (“*Questioni incidentali*”), che ha rivoluzionato il sistema previgente in tema di cognizione arbitrale sulle questioni incidentali (in particolare sulle *questioni pregiudiziali di merito*), di fatto equiparando i poteri degli arbitri a quelli dei giudici statali. Invero, se il precedente sistema si fondava su uno sbilanciamento dei rispettivi poteri<sup>8</sup>, la riforma consente oggi anche all’arbitro di conoscere in via incidentale di tutte le questioni rilevanti per la decisione della controversia, *anche se vertenti su materie non compromettibili*, con l’unico limite rappresentato dalla necessità che queste vengano decise con efficacia di giudicato.

Importanza sistematica riveste altresì la norma di cui all’art. 819 *bis* c.p.c. (“*Sospensione del procedimento arbitrale*”), sia considerata nel suo complesso (nella misura in cui rafforza l’autonomia del procedimento arbitrale rispetto a quello statale, rendendolo, rispetto a prima, molto più impermeabile ad episodi e/o accadimenti esterni<sup>9</sup>), sia con particolare riferimento al motivo di sospensione di cui al comma 1, n. 3 che, legittimando gli arbitri, sulla scia della nota decisione della Consulta del 28 novembre 2001 n. 376<sup>10</sup>, a rimettere alla Corte costituzio-

---

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

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

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

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

Ancora, l'art. 817 *bis* c.p.c. ("*Compensazione*") disciplina un'ipotesi particolare di questione pregiudiziale, che il summenzionato art. 819 c.p.c. omette di regolare espressamente<sup>13</sup>, estendendo il potere di cognizione dell'arbitro su un controcredito opposto da una parte in compensazione, *pur se non compreso nell'ambito della convenzione di arbitrato*. Come osservato da autorevole dottrina, tale norma si colloca: "(...) *all'interno di quel sistema c.d. a doppio binario, che si è visto regolare il possibile concorso, anche in via sincronica, tra un giudizio ordinario e un giudizio arbitrale sullo stesso oggetto e che è reso in particolare possibile dalla disposizione del successivo art. 819-ter cod. proc. civ.*"<sup>14</sup>.

In tema di impugnazione per nullità del lodo arbitrale, infine, la *ratio* che sottende la nuova formulazione degli artt. 829 ss. c.p.c., con cui si è avuta una razionalizzazione dei motivi di impugnazione e una più analitica disciplina delle ipotesi di pronuncia rescissoria da parte della Corte d'appello, è quella di *accrescere la stabilità del lodo*, limitando il controllo su di esso da parte del giudice dello Stato<sup>15</sup>, rafforzando così, anche per questa via, l'autonomia del meccanismo arbitrale.

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

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

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

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

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

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

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



matica: dalla questione del regime di impugnabilità del lodo che abbia deciso (anche o solo) sulla *potestas iudicandi* arbitrale, al tema dell'efficacia (solo endoprocessuale o anche *esterna*) del lodo arbitrale e della decisione giudiziale sulla *potestas iudicandi* arbitrale nei confronti, rispettivamente, del giudice statale e dell'arbitro<sup>16</sup>.

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

Nella seconda Sezione ci soffermeremo, invece, sulla portata sistematica dell'art. 824 *bis* c.p.c., che, come detto, ha sancito per via normativa l'equiparazione degli effetti del lodo arbitrale, dalla data della sua sottoscrizione, a quelli della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria. Tale norma, introdotta con l'intento di superare le ambiguità del previgente art. 823, ultimo comma, c.p.c. (per il quale: "*Il lodo ha efficacia vincolante tra le parti dalla data della sua ultima sottoscrizione*") e di contrapporsi alla "svolta negoziale" inaugurata dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 527 del 2000<sup>17</sup>, non ha tuttavia sopito il secolare dibattito (soprattutto) dottrinale – di cui daremo conto nei paragrafi 6.1. ss. – sul tema, *in generale*, della natura giuridica del fenomeno arbitrale e, *in particolare*, del lodo arbitrale. Aspetti questi che, in ragione della loro stretta interconnessione con istituti quali la litispendenza, la continenza, i limiti oggettivi e soggettivi del giudicato, il conflitto fra giudicati, sono idonei a riverberarsi, in maniera più o meno intensa, sul tema dei rapporti e conflitti tra arbitrato e giurisdizione statale.

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

---

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

<sup>17</sup> Come già detto, sulla decisione ritorneremo ampiamente nel prosieguo della trattazione.

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

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

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

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

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

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

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

---

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

*leitmotiv* della riforma del 2006, ravvisabile nell'intenzione del legislatore di parificare, per quanto possibile, la vicenda processuale svolgentesi in sede arbitrale rispetto a quella che ha luogo dinanzi al giudice statale<sup>19</sup>.

Per cominciare, l'art. 817 c.p.c. condensa, in soli tre commi, quattro diversi tipi di contestazione alla *potestas iudicandi* arbitrale, per quanto l'art. 829, comma 1, n. 4, c.p.c., nel consentire l'impugnabilità del lodo se esso abbia: "(...) *pronunciato fuori dei limiti della convenzione di arbitrato (...)*", faccia erroneamente riferimento ad un *inesistente* comma 4 ("*... ferma la disposizione dell'art. 817, 4° comma (...)*")<sup>20</sup>. Nel tentativo di coordinare le disposizioni della norma in esame con il disposto di cui all'art. 829, comma 1, n. 4, c.p.c., la dottrina prevalente<sup>21</sup> suggerisce di leggere la norma in questione *come se si riferisse a quattro, anziché a tre, commi*<sup>22</sup>. I rinvii operati dal n. 1) (che contiene l'inciso: "(...) *ferma la disposizione dell'articolo 817, terzo comma*") e dal n. 4) (che contiene l'inciso: "(...) *ferma la disposizione dell'articolo 817, quarto comma*") dell'art. 829, comma 1, andrebbero dunque interpretati *come se si riferissero*, il primo, alla seconda parte del comma 2<sup>23</sup> e, il secondo, al comma 3 dell'art. 817<sup>24</sup>.

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

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

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

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

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

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

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

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