

INDICE

INTRODUZIONE	1
--------------	---

CAPITOLO 1

I RAPPORTI TRA ARBITRATO E GIURISDIZIONE STATALE. IL QUADRO NORMATIVO

SEZIONE PRIMA

LA NORMATIVA VIGENTE SUI RAPPORTI TRA ARBITRATO E GIURISDIZIONE ORDINARIA	12
--	----

1. La riforma dell'arbitrato introdotta dal d.lgs. n. 40 del 2006. Lineamenti generali [12]. – 2. L'art. 817 c.p.c. e il problema del conflitto arbitro-*giudice dalla prospettiva dell'arbitro* [17]. – 3. L'art. 819 *ter* c.p.c. e il problema del conflitto arbitro-*giudice dalla prospettiva del giudice statale* [41]. – 4. L'art. 829 c.p.c. e il conflitto arbitro-*giudice in sede di impugnazione* [58]. – 5. Altre disposizioni rilevanti per la tematica del rapporto tra arbitrato e giudizio statale [68]. – 5.1. La nuova formulazione dell'art. 819 c.p.c. e la generalizzazione del potere di cognizione incidentale degli arbitri [68]. – 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 [77]. – 5.3. L'art. 819 *bis* c.p.c. e la sospensione del procedimento arbitrale [83].

SEZIONE SECONDA

L' <i>EQUIPARAZIONE</i> NORMATIVA DEGLI EFFETTI DEL LODO A QUELLI DELLA SENTENZA STATALE E LA CONTROVERSA QUALIFICAZIONE DEI RAPPORTI TRA ARBITRATO E GIURISDIZIONE ORDINARIA	92
--	----

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 [92]. – 6.1. Il pluridecennale dibattito sulla natura giuridica del

fenomeno arbitrale: dal codice di rito del 1865 alla riforma del 2006 [99]. – 6.1.1. Le diverse teorie sulla natura giuridica dell'arbitrato nell'ambito dei codici del 1865 e del 1940 [99]. – 6.1.2. Il lodo e i suoi effetti nella novella del 1983 e nella riforma del 1994 [107]. – 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 [114]. – 6.2. La riforma del 2006 e le successive fondamentali pronunce del 2013 della Corte costituzionale n. 223 e delle Sezioni Unite n. 24153 [123]. – 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 [127]. – 6.4. Alcune riflessioni sugli effetti del lodo arbitrale [148]. – 7. La riforma del 2006 e il tutt'ora problematico inquadramento teorico dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione ordinaria [175]. – 7.1. Il dibattito relativo alla qualificazione giuridica e agli effetti dell'*exceptio compromissi* nel regime pre-2006 [176]. – 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” [178]. – 7.1.2. La “svolta negoziale” delle Sezioni Unite con la decisione n. 527 del 2000 [188]. – 7.2. La riforma del 2006, il controverso utilizzo normativo della nozione di “competenza” e il tutt'ora non sopito dibattito dottrinale sul punto [196]. – 7.3. Riflessioni conclusive sull'inquadramento dell'*exceptio compromissi* [217].

CAPITOLO 2

IL PROBLEMA DEI CONFLITTI (POSITIVI E NEGATIVI) DI *POTESTAS IUDICANDI* TRA ARBITRATO E GIURISDIZIONE STATALE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO. LE SOLUZIONI ELABORATE NEL REGIME PRE-RIFORMA 2006

Introduzione [226].

SEZIONE PRIMA

IL SISTEMA DELLE “VIE PARALLELE” QUALE ORIENTAMENTO DOMINANTE NEL REGIME PRE-2006

231

1. Premessa [231]. – 2. L'assenza di norme specifiche disciplinanti il tema dei conflitti arbitro-giudice nei codici del 1865 e del 1940 e la tendenziale ininfluenza, sulla primazia del sistema delle “vie parallele”, delle diverse teorie sulla natura giuridica del fenomeno arbitrale e sull'inquadramento teorico dei suoi rapporti con l'autorità giudiziaria [236]. – 3. “Vie parallele” e tesi della giurisdizionalizzazione *ex post* [239]. – 4. La persistente prevalenza del sistema delle “vie parallele” anche a seguito della no-

vella del 1983 e della riforma del 1994 [246]. – 5. “Vie parallele” e “svolta negoziale” delle Sezioni Unite (pronuncia n. 527 del 2000) [251]. – 6. I principi salienti del sistema delle “vie parallele” tradizionalmente inteso [254]. – 6.1. Il principio *Kompetenz Kompetenz* come principio regolatore dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale e i conflitti (negativi e positivi) di competenza [254]. – 6.2. L’inapplicabilità, ai rapporti arbitro-giudice, dell’istituto della litispendenza [270]. – 6.3. L’inapplicabilità, ai rapporti arbitro-giudice, dell’istituto della *translatio iudicii* [275]. – 6.4. La non vincolatività, nei confronti dell’arbitro, della decisione della Cassazione regolatrice della ‘competenza’ e l’assenza, nei rapporti *orizzontali* arbitro-giudice, di un vincolo reciproco alla rispettiva decisione sulla ‘competenza’ [281]. – 6.5. La non impugnabilità, mediante il regolamento di competenza, del lodo, affermativo o declinatorio della ‘competenza’ degli arbitri [290]. – 6.6. Il *conflitto negativo di competenza* e i suoi effetti, tra perdita degli effetti sostanziali e processuali della domanda e diniego di giustizia [293]. – 6.7. Il *conflitto positivo di competenza* e i suoi effetti, tra parallelismo di procedure e conflitto di giudicati [295]. – 7. La giurisprudenza arbitrale e il sistema delle “vie parallele” [304].

SEZIONE SECONDA

LA TESI DELLA C.D. “LITISPENDENZA UNILATERALE” O “ZOPPA”

306

8. Introduzione [306]. – 9. Le decisioni della Suprema Corte nei casi *Montedison* (1996) e *Mascheroni* (1997) [307]. – 10. I punti salienti della tesi della “litispendenza unilaterale”. La critica alla tesi delle “vie parallele” e la necessità di una soluzione *ad hoc* per il caso di previa costituzione del collegio arbitrale [309]. – 11. Le principali aporie ricostruttive della soluzione adottata dalla Suprema Corte nei casi *Montedison* e *Mascheroni* [313]. – 12. L’andamento ondivago della giurisprudenza immediatamente successiva alle decisioni della Suprema Corte nei casi *Montedison* e *Mascheroni* [322].

SEZIONE TERZA

LA TESI DELL’APPLICABILITÀ ANALOGICA, AI RAPPORTI ARBITRO-GIUDICE, DELL’ISTITUTO DELLA LITISPENDENZA

326

13. Introduzione [326]. – 14. Le ragioni in favore di un’applicabilità in via analogica dell’istituto della litispendenza: la riforma del 1994 e le modifiche apportate alla fase introduttiva del procedimento arbitrale, con la configurabilità di una vera e propria “domanda di arbitrato” [327]. – 15. ... segue: l’asserita pacifica equiparazione, *quoad effectum*, del lodo arbitrale alla sentenza del giudice ordinario [331]. – 16. ... segue: la critica alla tesi della risoluzione della questione di litispendenza in una questione di

competenza [334]. – 17. ... segue: l'asserita infondatezza del rischio di "paralizzare" l'arbitrato e i rimedi contro i possibili abusi [335]. – 18. ... segue: l'asserita irrilevanza dell'ostacolo derivante dalla necessità di qualificare gli arbitri come giudici statali [338]. – 18.1. ... nel contesto della tesi in favore dell'applicabilità analogica del regime *ex art. 39 c.p.c.* [338]. – 18.2. ... nel contesto della tesi in favore dell'applicabilità analogica del regime *ex art. 7, l. n. 218 del 1995 c.p.c.* [340].

SEZIONE QUARTA

ALCUNE RICOSTRUZIONI MINORI.

LA LITISPENDENZA TRA PROCEDIMENTI ARBITRALI 344

19. Introduzione [344]. – 20. La risoluzione dei conflitti arbitro-giudice alla luce della tesi dell'*exceptio compromissi* come carenza di interesse ad agire [344]. – 21. L'estensione analogica della normativa sulla connessione; il ricorso all'art. 700 c.p.c.; la valutazione discrezionale caso per caso [348]. – 22. La litispendenza tra procedimenti arbitrali [350].

CAPITOLO 3

LA RIFORMA DEL 2006

E IL DIBATTITO DOTTRINALE E GIURISPRUDENZIALE

Introduzione [354].

SEZIONE PRIMA

IL REGIME "GENERALE" CHE GOVERNA

I RAPPORTI ARBITRO-GIUDICE

NEL CONTESTO NORMATIVO POST-2006 361

1. L'esatta portata del comma 2, prima parte dell'art. 817 c.p.c., alla luce dei commi 1 e 3 dell'art. 819 *ter* c.p.c.: "vie parallele", litispendenza "a senso unico" o litispendenza "pura"? [361].

SEZIONE SECONDA

PROBLEMATICHE TEORICHE E PRATICO-APPLICATIVE DEI

RAPPORTI ARBITRO-GIUDICE 386

2. Gli effetti, solo endoprocessuali o anche extraprocessuali, della mancata o intempestiva proposizione dell'eccezione di carenza di *potestas iudicandi*, rispettivamente,

degli arbitri (art. 817, commi 2 e 3 c.p.c.) e del giudice statale (art. 819 *ter*, comma 1 c.p.c.) [386]. – 2.1. La mancata proposizione dell'eccezione di carenza di *potestas iudicandi* in sede arbitrale [388]. – 2.2. La mancata proposizione dell'eccezione di carenza di *potestas iudicandi* in sede giudiziale [392]. – 2.3. Il divieto del *venire contra factum proprium* [398]. – 3. La portata sistematica del comma 2 dell'art. 819 *ter* c.p.c. nell'ambito dei rapporti arbitro-giudice, e l'impatto, su di essi, della decisione della Corte costituzionale n. 223 del 2013 [400]. – 3.1. L'inapplicabilità, ai rapporti arbitro-giudice, di regole corrispondenti agli artt. 44, 45, 48, 50 e 295 c.p.c. [401]. – 3.2. L'ordinanza delle Sezioni Unite del 6 dicembre 2012, n. 22002 e la decisione della Corte costituzionale del 19 luglio 2013, n. 223 [409]. – 3.3. Le questioni aperte dopo l'intervento della Consulta [416]. – 3.3.1. L'impatto e le ricadute sistematici della riconosciuta trasmigrabilità della causa sui rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale [416]. – 3.3.2. Le modalità con cui debba avvenire la trasmigrazione della causa dal giudice all'arbitro (e viceversa), al fine di preservare gli effetti sostanziali e processuali prodotti dalla domanda originaria [421]. – 4. L'inquadramento teorico e le ricadute pratiche della decisione degli arbitri sulla propria competenza e, specularmente, di quella del giudice ordinario sulla medesima questione [427]. – 4.1. Premessa [427]. – 4.2. La decisione, del giudice e degli arbitri, sulla *potestas iudicandi* arbitrale, alla luce della portata sistematica della norma di cui all'art. 819 *ter*, comma 3 c.p.c. Introduzione [428]. – 4.2.1. La *vexata quaestio* della proponibilità di una domanda giudiziale avente ad oggetto l'invalidità o l'inefficacia della convenzione di arbitrato nel regime pre-2006 [433]. – 4.2.1.1. L'orientamento prevalente in dottrina e in giurisprudenza, contrario all'ammissibilità di una domanda giudiziale autonoma sulla convenzione arbitrale [433]. – 4.2.1.2. Le ragioni dell'orientamento minoritario, favorevole all'ammissibilità di una domanda giudiziale autonoma sulla convenzione arbitrale [439]. – 4.3. Portata, contenuto ed effetti dell'istituto di cui all'art. 819 *ter*, comma 3 c.p.c., introdotto dalla riforma del 2006 [445]. – 4.3.1. I profili ricostruttivi dell'istituto su cui si registra una generale convergenza in dottrina e in giurisprudenza [446]. – 4.3.2. I profili ricostruttivi *controversi* dell'istituto [450]. – 4.3.3. L'inquadramento dogmatico e sistematico dell'istituto, in relazione al tema della qualificazione dell'oggetto delle decisioni, del giudice e dell'arbitro, rese sulla *potestas iudicandi* arbitrale, nell'ambito di un giudizio sul merito della lite (e della loro efficacia) [459]. – 4.4. Gli effetti delle decisioni, del giudice e dell'arbitro, sulla *potestas iudicandi* arbitrale, pronunciate nell'ambito di un giudizio vertente sul "merito" di una disputa sostanziale. [463]. – 4.4.1. Effetti del lodo e della sentenza *definitivi* sulla *potestas iudicandi* arbitrale [465]. – 4.4.1.1. L'orientamento contrario ad ammettere qualsivoglia efficacia extraprocessuale e vincolante alle decisioni, del giudice e dell'arbitro, rese sulla *potestas iudicandi* arbitrale [465]. – 4.4.1.2. Gli autori contrari ad ammettere un'efficacia extraprocessuale generalizzata per tutte le decisioni, del giudice e dell'arbitro, rese sulla *potestas iudicandi* arbitrale [467]. – 4.4.1.3. L'orientamento prevalente in giurisprudenza, contrario ad ammettere qualsivoglia efficacia extraprocessuale e vincolante alle decisioni, del giudice e

dell'arbitro, rese sulla *potestas iudicandi* arbitrale [474]. – 4.4.1.4. L'orientamento favorevole ad attribuire efficacia extraprocessuale e vincolante alle decisioni, del giudice e dell'arbitro, rese sulla *potestas iudicandi* arbitrale [476]. – 4.4.1.4.1. L'inquadramento *lato sensu* “meritale” dell'oggetto delle decisioni, giudiziali e arbitrali, sulla *potestas iudicandi* arbitrale [476]. – 4.4.1.4.2. L'inquadramento in termini processualistici dell'oggetto delle decisioni, giudiziali e arbitrali, sulla *potestas iudicandi* arbitrale: le tesi dell'antecedente logico necessario; dell'unitarietà degli effetti del giudicato; del motivo portante della decisione; dell'applicazione analogica dell'art. 59, l. n. 69 del 2009; delle insuperabili esigenze di funzionalità del sistema delle “vie parallele” [486]. – 5. Il problema dell'impugnabilità del lodo arbitrale che abbia pronunciato, solo o anche, sulla *potestas iudicandi* arbitrale, affermandola o negandola (a fronte della pacifica impugnabilità, con il regolamento di competenza, della decisione del giudice statale sul medesimo oggetto) [496]. – 5.1. L'orientamento maggioritario contrario all'esperibilità del regolamento di competenza e le ragioni dei fautori dell'esperibilità, anche avverso il lodo che abbia pronunciato sulla *potestas iudicandi* arbitrale del regolamento di competenza [499]. — 5.2. Il tema della distinzione tra lodo parziale (immediatamente impugnabile) e lodo non definitivo (impugnabile solo insieme al lodo definitivo) [503]. – 6. Il sindacato della Corte d'appello, in sede di impugnazione per nullità, sui vizi del lodo attinenti alla carenza di *potestas iudicandi* degli arbitri. [510]. — 6.1. L'esito del giudizio di impugnazione per nullità del lodo e le sue ricadute sulla definizione della questione della *potestas iudicandi* arbitrale, tra giudizio meramente rescindente e giudizio rescissorio [514]. — 7. Riflessioni conclusive [523].

CAPITOLO 4

LE SOLUZIONI AL PROBLEMA DEI CONFLITTI DI *POTESTAS IUDICANDI* TRA ARBITRATO E GIURISDIZIONE STATALE IN UNA PROSPETTIVA COMPARATA

SEZIONE PRIMA

L'ORDINAMENTO TEDESCO

527

1. Premessa [527]. – 2. Il conflitto di *potestas iudicandi* tra arbitrato e giurisdizione statale nel contesto normativo precedente alla riforma del 1998 [529]. – 2.1. L'orientamento di gran lunga maggioritario: la tesi delle “vie parallele” [529]. – 2.2. Alcune posizioni eterodosse della dottrina (le tesi di Reichel, Beitzke, Bloch) [531]. – 2.3. Il tema, pacifico, dell'efficacia extraprocessuale e vincolante della decisione giudiziale sulla *potestas iudicandi* arbitrale e quello, controverso, dell'efficacia extraprocessuale e vincolante del lodo che avesse pronunciato (solo o anche) sulla *potestas iudicandi* arbitrale e della sua immediata impugnabilità (la tesi di Schlosser) [540]. – 2.4. L'istituto

della c.d. *Kompetenz Kompetenz Klausel* [544]. – 3. Il conflitto di *potestas iudicandi* tra arbitrato e giurisdizione statale a seguito della riforma del 1998 e la conferma del sistema delle “vie parallele”. Sguardo d’insieme [547]. – 4. Il problema dei conflitti di *potestas iudicandi* tra arbitrato e giurisdizione statale *dalla prospettiva del giudizio arbitrale* (Sezione 1040 ZPO) [549]. – 4.1. L’impatto delle condotte (omissive o “abusivive”) delle parti in arbitrato sulla definizione della questione della *potestas iudicandi* arbitrale: presupposti, portata ed effetti [551]. – 4.2. La pronuncia *separata* dell’arbitro sulla propria “competenza” e la sua immediata impugnabilità [554]. – 4.3. Il problema dell’impugnabilità del lodo declinatorio [559]. – 4.4. L’efficacia “esterna” e vincolante del lodo sulla competenza [562]. – 4.5. L’impugnazione per nullità del lodo arbitrale (Sezione 1059 ZPO) e l’inammissibilità, nel nuovo contesto normativo, della c.d. *Kompetenz Kompetenz Klausel* [565]. – 5. Il problema dei conflitti di *potestas iudicandi* tra arbitrato e giurisdizione statale *dalla prospettiva del giudice statale* (Sezione 1032 ZPO) [572]. – 5.1. L’efficacia della decisione del giudice statale sull’eccezione di patto arbitrale [575]. – 5.2. L’ammissibilità di una domanda giudiziale vertente esclusivamente sull’ammissibilità o inammissibilità della via arbitrale (Sezione 1032 (2) ZPO). Vari scenari [577]. – 6. La contemporanea pendenza di un procedimento arbitrale e di un giudizio statale sulla medesima causa (Sezione 1032 (3) ZPO) e i conflitti di *potestas iudicandi* arbitro-giudice in una prospettiva “dinamica” [585].

SEZIONE SECONDA

L’ORDINAMENTO AUSTRIACO

593

7. Premessa [593]. – 8. Il conflitto di competenza tra arbitrato e giurisdizione statale nell’ordinamento austriaco nel contesto normativo precedente alla riforma del 2006 [593]. – 9. Il conflitto di competenza tra arbitrato e giurisdizione statale a seguito della riforma del 2006. Un regime normativo “complesso” [596]. – 10. L’articolata disciplina dei rapporti arbitro-giudice *dalla prospettiva del giudice statale* (Art. 584 ZPO) [597]. – 10.1. Il peculiare regime dell’*exceptio compromissi* tra istanza di parte e rilievo officioso del giudice [597]. – 10.2. L’adozione (con temperamenti) della soluzione della “litispendenza zoppa”, i.e. solo in favore dell’arbitrato. Vari scenari [604]. – 10.3. Gli effetti della declinatoria arbitrale non ancora divenuta definitiva e l’opzione alternativa, per la parte, di impugnarla o di adire il giudice statale. Vari scenari [610]. – 10.4. L’espressa previsione di una *trasmigrazione della causa bilaterale* tra arbitrato e giurisdizione statale [615]. – 10.5. Il divieto di *venire contra factum proprium* [617]. – 10.6. Alcune peculiarità della disciplina *dalla prospettiva del giudizio arbitrale* (Art. 592 ZPO). La pronuncia separata dell’arbitro sulla propria competenza e la sua impugnabilità immediata. Vari scenari [618]. – 10.7. L’impugnazione del lodo per motivi attinenti alla *potestas iudicandi* dell’arbitro [622].

SEZIONE TERZA

L'ORDINAMENTO FRANCESE

624

11. La disciplina dei conflitti di *potestas iudicandi* tra arbitrato e giurisdizione statale nell'ordinamento francese sino alla riforma del 2011 [624]. – 12. La riforma della legge arbitrale francese (Décret N. 2011-48 del 13 gennaio 2011) e l'effetto negativo del principio *Kompetenz Kompetenz* [627]. – 13. L'impugnabilità immediata del lodo che pronunci sulla competenza arbitrale e la possibilità, per le parti, di rinunciarvi preventivamente [634]. – 14. I conflitti positivi e negativi di competenza nell'ambito del sistema francese governato dall'effetto negativo del principio *Kompetenz Kompetenz* [638].

SEZIONE QUARTA

L'ORDINAMENTO SVIZZERO

641

15. Premessa. L'ordinamento svizzero, ovvero una giurisdizione spiccatamente *arbitration friendly* [641]. – 16. Convergenze e divergenze tra le discipline dell'arbitrato domestico e dell'arbitrato internazionale in tema di conflitti di *potestas iudicandi* tra arbitrato e giurisdizione statale: *la prospettiva del giudizio arbitrale* [644]. – 17. L'immediata impugnabilità del lodo arbitrale sulla *potestas iudicandi* dell'arbitro e gli effetti della decisione del Tribunale Federale sull'impugnazione [649]. – 18. La questione dei conflitti di *potestas iudicandi* tra arbitrato e giurisdizione statale *dalla prospettiva del giudice statale*. La diversa intensità della cognizione giudiziale sull'*exceptio compromissi* a seconda che si tratti di patto per arbitrato *domestico* o *estero* e l'accoglimento dell'effetto negativo del principio *Kompetenz Kompetenz* [656]. – 19. L'efficacia "variabile" delle decisioni dell'arbitro e del giudice sulla propria *potestas iudicandi* in presenza di una convenzione arbitrale. Vari scenari [666]. – 20. I controversi orientamenti del Tribunale Federale svizzero in tema di *parallel proceedings* tra arbitrato e giurisdizione statale, dimensione domestica e dimensione internazionale. Il nuovo art. 186, 1 *bis* LDIP [672]. – 21. L'inammissibilità di un'azione giudiziale di mero accertamento vertente esclusivamente sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale [678].

SEZIONE QUINTA

L'ORDINAMENTO INGLESE

680

22. Premessa [680]. – 23. I rapporti arbitro-giudice statale prima dell'introduzione dell'*English Arbitration Act*: le oscillazioni interpretative sul principio *Kompetenz Kompetenz* e la generalizzata interferenza delle corti statali [681]. – 24. Le norme e la prassi sui conflitti di competenza arbitro-giudice nel contesto dell'*English Arbitration Act* [686]. – 25. Il conflitto di competenza *dalla prospettiva dell'arbitro*

[687]. – 26. Il conflitto di competenza *dalla prospettiva del giudice statale* [690]. – 26.1. La determinazione giudiziale su un *preliminary point of jurisdiction* pendente l'arbitrato, ai sensi della *Section 32 EAA* [692]. – 26.2. La *Section 9 EAA* e la sospensione del giudizio statale in ragione dell'esistenza di una convenzione arbitrale [696]. – 26.3. L'impugnazione di una pronuncia dell'arbitro sulla *substantive jurisdiction* ai sensi del combinato disposto delle *Sections 30 e 67 EAA* [709]. – 26.4. L'indagine giudiziale sulla *substantive jurisdiction* arbitrale in sede di esecuzione dei lodi, ai sensi della *Section 66* e delle *Sections 100 ss. EAA* [719]. – 26.5. L'indagine giudiziale sulla *substantive jurisdiction* arbitrale nell'ambito di un giudizio *ex Section 72 EAA* (tutela dei diritti del soggetto che non abbia preso parte al procedimento arbitrale) [721]. – 26.6. L'istituto dell'*anti-suit* (o *anti-arbitration injunction*) come rimedio ai conflitti di *potestas iudicandi* tra arbitrato e giurisdizione statale [723]. – 26.7. Altre circostanze in cui il giudice statale è chiamato a confrontarsi con la questione della *substantive jurisdiction* del tribunale arbitrale [732]. – 27. Il conflitto positivo di competenza e il conseguente parallelismo di procedure nell'ordinamento inglese [733]. – 28. L'efficacia di accertamento di un lodo arbitrale e di una decisione giudiziale sulla *substantive jurisdiction* dell'arbitro [735].

CAPITOLO 5

LE TESI ELABORATE IN DOTTRINA E GIURISPRUDENZA E NOSTRA PROPOSTA RICOSTRUTTIVA

SEZIONE PRIMA

ANALISI CRITICA

740

1. Premessa [740]. – 2. Incompatibilità, con l'attuale quadro normativo, della tesi dell'applicabilità analogica, ai rapporti arbitro-giudice, del regime domestico della litispendenza, applicabile ai rapporti tra giudici ordinari (art. 39 c.p.c.) [747]. – 3. Incompatibilità, con l'attuale quadro normativo, della tesi dell'applicabilità analogica, ai rapporti arbitro-giudice, del regime sulla litispendenza applicabile ai rapporti tra giudice italiano e giudice straniero (gli artt. 4 e 7 della l. n. 218 del 1995 e non solo) [759]. – 4. In ogni caso, critiche alla tesi dell'applicabilità analogica di meccanismi di coordinamento dei rapporti arbitro-giudice basati sul criterio della prevenzione (sia rigido che attenuato) [773]. – 4.1. In particolare: il mancato apprezzamento della *specificità* dei rapporti arbitro-giudice e la non sovrapponibilità, al caso *de quo*, del regime applicabile ai rapporti fra giudici statali [774]. – 4.2. In particolare: il pregiudizio delle aspettative delle parti e il rischio di abusi processuali [779]. – 4.3. L'inadeguatezza, in ogni caso, dell'istituto della litispendenza a risolvere il problema dei conflitti (positivi e/o negativi) di "competenza", *in assenza di un meccanismo di coordinamento reciproco*

delle decisioni, rispettivamente del giudice e dell'arbitro, sulla propria *potestas iudicandi* [781]. – 4.4. L'inefficacia del possibile rimedio della responsabilità aggravata [787]. – 5. Incompatibilità della tesi della litispendenza c.d. “unilaterale”, “a senso unico” o “zoppa” con l'attuale quadro normativo (in particolare con il combinato disposto degli artt. 817 e 819 *ter* c.p.c.) [788]. – 5.1. In ogni caso, critiche alla soluzione della c.d. litispendenza “unilaterale” o “a senso unico” [796]. – 5.1.1. L'inadeguatezza teorico-sistematica e pratico-applicativa della versione adottata dalle Sezioni Unite nelle decisioni Montedison e Mascheroni e richiamata dalla dottrina post-2006 [797]. – 5.1.1.1. Confutazione dell'asserita irreversibilità del contrasto tra giudicati e dell'asserita sua maggior gravità nel caso di *previa costituzione del collegio arbitrale*. Critica al *favor arbitratus* non supportato dal dato normativo [797]. – 5.1.1.2. Le lacune “strutturali” nel sistema della litispendenza “unilaterale” [802]. – 5.1.1.3. Il problema del regime di rilevabilità dell'*exceptio compromissi* [804]. – 5.1.1.4. I correttivi della dottrina per preservare lo “spirito” della litispendenza c.d. “zoppa” e “migliorare” il funzionamento del sistema delle “vie parallele” [806]. – 5.1.2. L'inadeguatezza teorico-sistematica e pratico-applicativa della soluzione che attribuisce priorità alla via arbitrale (i.e. l'effetto negativo del principio *Kompetenz Kompetenz*) nella versione francese (ma anche, parzialmente, inglese, austriaca e svizzera) e della Convenzione Europea del 1961 [807]. – 5.2. Ineludibilità di un coordinamento reciproco delle decisioni, rispettivamente del giudice e dell'arbitro, sulla propria *potestas iudicandi* in presenza di una convenzione arbitrale, onde assicurare il giusto bilanciamento e la maggior efficienza al funzionamento del sistema arbitrato-giurisdizione statale nel suo complesso [814]. – 6. Incongruenze teoriche e inconvenienti pratico-applicativi del sistema delle “vie parallele” *puro*, privo cioè di meccanismi di coordinamento preventivo [815]. – 6.1. Premessa [815]. – 6.2. Incongruenze di carattere teorico-sistematico [816]. – 6.3. Inconvenienti pratico-applicativi [820]. – 6.4. In particolare: l'assenza, nel sistema delle “vie parallele” delineato dal legislatore del 2006, di meccanismi per impedire i conflitti positivi (e il conseguente parallelismo di procedure) e i conflitti negativi (e il rischio di un diniego di giustizia) [827]. – 6.4.1. Inidoneità delle condotte omissive delle parti, in sede arbitrale e giudiziale, a fungere da strumento di coordinamento preventivo tra due procedure sulla medesima causa [827]. – 6.4.1.1. L'art. 817, commi 2 e 3 c.p.c. e l'efficacia *meramente endoprocessuale* delle condotte omissive delle parti, nell'ambito del giudizio arbitrale, quanto alla determinazione della *potestas iudicandi* dell'arbitro [831]. – 6.4.1.2. L'art. 819 *ter*, comma 1 c.p.c. e l'efficacia *meramente endoprocessuale* delle condotte omissive delle parti, nell'ambito del giudizio statale, quanto alla determinazione della *potestas iudicandi* dell'arbitro [848]. – 6.4.2. Inadeguatezza dell'istituto *ex art. 819 ter*, comma 3 c.p.c. quale correttivo al meccanismo “puro” del sistema delle “vie parallele”, nell'ottica del coordinamento preventivo tra procedura arbitrale e giudizio statale [859]. – 6.4.3. Non configurabilità di un'azione di mero accertamento della esistenza, validità ed efficacia della convenzione arbitrale *in sede arbitrale* [863]. – 6.4.4. Inadeguatezza della trasmigrabilità bilaterale della causa tra arbitrato e processo statale, riconosciuta dalla decisione della Corte costituzionale n. 223

del 2013, a fungere da correttivo al sistema delle “vie parallele” “*puro*”, ossia privo di meccanismi di coordinamento preventivo. Le questioni irrisolte [864]. – 6.4.5. Assenza di altri meccanismi idonei a fungere da coordinamento preventivo nei rapporti arbitro-giudice. In particolare, la controversia ammissibilità e, in ogni caso, l’inefficacia, ai fini del suddetto coordinamento, dello strumento rappresentato dalla domanda giudiziale, proposta *in via condizionata* all’eventuale dichiarazione di incompetenza degli arbitri investiti della stessa causa: la decisione della Cassazione n. 6950 del 1997 [868]. – 6.4.5.1. Il tradizionale divieto concernente l’apposizione di condizioni alla domanda giudiziale [870]. – 6.4.5.2. La configurabilità di forme di litispendenza “attenuata” e gli esempi ricavabili dall’ordinamento tedesco [873]. – 6.4.5.3. Gli spunti ricavabili dalle riflessioni della dottrina tedesca in tema di *prozessualer Streitgegenstand* [876]. – 6.4.5.4. Problematiche applicative nel caso di ritenuta ammissibilità di una domanda giudiziale proposta *in via condizionata* [879]. – 6.4.5.5. In particolare: l’allungamento dei tempi processuali per pervenire ad una composizione della questione della *potestas iudicandi* arbitrale [881]. – 6.4.5.6. Il problema del vincolo apposto all’esercizio e al contenuto del potere decisorio del giudice statale e la non funzionalità dell’istituto a risolvere i conflitti negativi di competenza [882]. – 6.4.5.7. Conclusione: improponibilità di una tale azione giudiziale nel contesto normativo post-riforma del 2006 [883].

SEZIONE SECONDA

LA NOSTRA PROPOSTA RICOSTRUTTIVA.

L’ECCEZIONE DI PATTO ARBITRALE COME

ECCEZIONE DI “CARENZA DI COMPETENZA GIURISDIZIONALE”

E EFFICACIA EXTRAPROCESSUALE DELLE DECISIONI DI RITO 884

7. Premessa [884]. – 8. L’arbitrato come meccanismo di risoluzione delle controversie *sostanzialmente giurisdizionale*, integralmente sostitutivo e fungibile rispetto alla giurisdizione statale [886]. – 8.1. Compatibilità di tale inquadramento del fenomeno arbitrale con i principi costituzionali [887]. – 8.2. L’arbitrato come meccanismo di risoluzione delle controversie *radicalmente alternativo* rispetto alla giurisdizione statale [889]. – 9. L’eccezione di patto arbitrale come eccezione *eminentemente processuale, di rito* [891]. – 9.1. Qualificazione dell’eccezione di patto arbitrale come *eccezione di “carenza di competenza giurisdizionale”* [894]. – 10. Necessità teorico-sistemica e pratica di risolvere in via preventiva i conflitti, positivi e negativi, di *potestas iudicandi* tra arbitrato e giurisdizione statale [897]. – 10.1. Necessità teorico-sistemica discendente dal carattere sostitutivo e fungibile dell’arbitrato rispetto alla giurisdizione statale [897]. – 10.2. Necessità pratica discendente dalla non applicabilità di altri istituti nei rapporti arbitro-giudice (né il meccanismo della prevenzione di cui all’art. 39 c.p.c., né la *translatio iudicii* di cui agli artt. 44 e 45 c.p.c.) [898]. – 11. Fondamento teorico-dogmatico dell’attribuzione di un’efficacia *extraprocessuale e reciproca-*

mente vincolante all'accertamento contenuto nella decisione (positiva o negativa) (anche o solo) sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale, pronunciata dal giudice statale e dall'arbitro, come strumento *per consentire un coordinamento in via preventiva dei conflitti tra arbitro e giudice statale* [903]. – 11.1. Premessa. La tradizionale esclusione di qualsivoglia efficacia extraprocessuale e vincolante alle decisioni su questioni di rito nell'ordinamento italiano [904]. – 11.2. Spunti derivanti dall'ordinamento tedesco (sentenza sul processo come sentenza sull'*Anspruch*; estensione analogica della disciplina del giudicato materiale; la natura "meritale" di talune decisioni di rito; le tesi sul "doppio oggetto del processo"). La ripresa della teoria del doppio oggetto del processo da parte della dottrina italiana [906]. – 11.3. La tesi dell'unitarietà degli effetti del giudicato e la replica ai tradizionali argomenti contrari ad attribuire efficacia extraprocessuale e vincolante alle decisioni su questioni di rito. Recenti significative evoluzioni sul piano interno e internazionale [913]. – 11.4. L'importanza sistematica della norma di cui all'art. 819 *ter* comma 3 c.p.c. [925]. – 11.5. Considerazioni conclusive sul fondamento dell'efficacia extraprocessuale dell'accertamento contenuto nella decisione (del giudice e dell'arbitro) sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale [926].

SEZIONE TERZA

LE CONDIZIONI DI OPERATIVITÀ DEL VINCOLO

EXTRAPROCESSUALE DELL'ACCERTAMENTO

SULLA QUESTIONE DELLA *POTESTAS IUDICANDI* ARBITRALE 928

12. Premessa [928]. – 13. Le decisioni dell'arbitro e del giudice statale sulla *potestas iudicandi* arbitrale idonee ad acquisire un'efficacia extraprocessuale e vincolante [929]. – 14. Accertamento vincolante e necessaria domanda di parte [936]. – 15. Il momento a partire dal quale le decisioni dell'arbitro e del giudice statale sulla *potestas iudicandi* arbitrale producono effetti extraprocessuali e vincolanti [940]. – 15.1. Il problema del passaggio in giudicato formale delle decisioni dell'arbitro e del giudice statale sulla *potestas iudicandi* arbitrale: il tema dell'impugnabilità *immediata* delle rispettive decisioni e del rimedio esperibile [943]. – 15.1.1. L'impugnabilità *immediata* della decisione del giudice statale sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale [943]. – 15.1.1.1. Oggetto ed estensione della cognizione del giudice dell'impugnazione [952]. – 15.1.1.2. Effetti della decisione resa in sede di impugnazione avverso la decisione del giudice statale sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale [956]. – 15.1.2. Il problema dell'impugnabilità del lodo arbitrale che pronunci sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale [959]. – 15.1.2.1. Nostra tesi: impugnabilità immediata del lodo che pronunci, esclusivamente ed insensu affermativo, sulla *potestas iudicandi* arbitrale [964]. – 15.1.2.2. Nostra tesi: l'utilizzo (concorrente) del rimedio impugnatorio del regolamento di competenza avverso la decisione non definitiva dell'arbitro sulla propria *potestas iudicandi* [977]. – 15.1.2.3. Problemi di co-

ordinamento tra l'esperibilità del regolamento di competenza ed i motivi di impugnazione per nullità del lodo di cui all'art. 829 c.p.c. [984]. – 15.1.2.4. Effetti dei giudizi impugnatori avverso il lodo che pronunci (solo o anche) sulla *potestas iudicandi* arbitrale (regolamento o impugnazione per nullità) e il problema dell'impugnazione della decisione resa dalla Corte d'appello adita *ex art.* 827 c.p.c. [989]. – 16. Il problema del regime applicabile alla spendita, in un giudizio, della decisione definitiva sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale formatasi nell'altro. Premessa e rinvio [1001]. – 17. Il regime applicabile alla spendita, in un giudizio, della decisione *di merito definitiva*, formatasi nell'altro giudizio sulla medesima causa [1003]. – 17.1. Introduzione [1003]. – 17.2. La spendita del giudicato statale nel giudizio arbitrale: condizioni, regime di rilevabilità e conseguenze del mancato rilievo del precedente “giudicato” [1008]. – 17.3. La spendita del *lodo arbitrale non più impugnabile* nel giudizio statale: condizioni, regime di rilevabilità e conseguenze del mancato rilievo del precedente “giudicato” [1017]. – 17.4. Il problema del conflitto tra un “giudicato” arbitrale e un giudicato statale sulla medesima causa [1022]. – 18. Il problema dell'applicabilità dell'art. 829, comma 1, n. 8 c.p.c. alla spendita, nel giudizio arbitrale sul merito della lite, dell'accertamento (giudiziale o arbitrale definitivo) sul rapporto “condizionante” (i.e. la questione della *potestas iudicandi* arbitrale), il rapporto con le preclusioni processuali di cui all'art. 817 c.p.c. e le conseguenze del mancato rilievo nelle fasi di impugnazione del lodo [1025]. – 19. Il regime di rilevabilità applicabile alla spendita, in un giudizio statale, di un lodo non più impugnabile sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale [1030]. – 20. Effetti del lodo e della sentenza, non ancora divenuti definitivi, sulla *potestas iudicandi* arbitrale [1034]. – 20.1. La possibilità di riferire “l'autorità” di cui all'art. 337, comma 2 c.p.c. ad un lodo arbitrale, avverso il quale sia stata proposta impugnazione [1037]. – 20.2. La possibilità di riferire “l'autorità” di cui all'art. 337, comma 2 c.p.c., oltre che ad una decisione (giudiziale o arbitrale) pregiudiziale sotto il profilo sostanziale, altresì ad una decisione (giudiziale o arbitrale) sulla *potestas iudicandi* arbitrale [1038].