

GIUDIZIO ARBITRALE E DECISIONE SULLA COMPETENZA ALLO STATO DEGLI ATTI

LAURA SALVANESCHI
Professore ordinario
nell'Università di Milano

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il quadro normativo. – 3. L'autonomia delle regole sulla competenza arbitrale. – 4. La competenza arbitrale come questione afferente alla validità e al contenuto della convenzione di arbitrato. – 5. Rilievi conclusivi.

1. – Inutile spendere parole sulla rilevanza, nell'ambito della disciplina dell'arbitrato, delle norme che regolano la competenza dei giudici privati e i rapporti tra arbitri e giudice statale.

Si tratta di una rilevanza sistemica, atteso che la risposta a quesiti di portata generale, anche rispetto alla natura dell'istituto arbitrale e ai suoi principali snodi procedurali, è ricavabile proprio alla luce delle norme in questione¹.

Si tratta, inoltre, di una rilevanza pratica, atteso che, considerata l'origine privata del giudizio arbitrale, e quindi le specifiche verifiche da svolgere rispetto alla sussistenza della *potestas iudicandi* alla luce della convenzione di arbitrato, accade in molti casi che la parte convenuta in arbitrato sollevi eccezione di incompetenza *in limine litis*.

Tra i problemi interpretativi che possono scaturire in relazione alla questione della competenza arbitrale, e che non risulta essere stato esaminato *ex professo* dagli interpreti – ancorché senz'altro possa assumere rilievo rispetto al giudizio privato e alla sua conduzione da parte degli arbitri² –, vi è quello della latitudine dei loro poteri istruttori in relazione alle

¹ Si rinvia a SALVANESCHI, *Arbitrato*, Bologna, 2014, 553 ss.; EAD., *Confini e interferenze tra arbitrato e processo ordinario*, in SALVANESCHI, GRAZIOSI (a cura di), *L'arbitrato*, Milano, 2020, 457 ss.

² Queste stesse riflessioni sono originate da un caso pratico, nel quale il collegio arbitrale, a fronte dell'eccezione di incompetenza sollevata da parte del convenuto, ha emesso ordinanza con la quale ha ritenuto di disporre l'espletamento di consulenza tecnica d'ufficio anche in relazione alla questione di competenza (venendo nella specie in questione una complessa verifica di natura patrimoniale, relativa a un soggetto sottoposto a procedura concorsuale), e tale pronuncia è stata contestata dal convenuto stesso alla luce delle regole mutuabili dalla normativa del processo ordinario (delle quali si dirà subito *infra*, nel testo).

questioni insorte *in limine litis* rispetto alla sussistenza della competenza arbitrale a decidere la controversia.

Nel processo statuale, il presupposto processuale della competenza trova una specifica regolamentazione, per quanto concerne l'istruttoria sulla relativa questione, nel comma 4 dell'art. 38 c.p.c., il quale prevede che "le questioni di cui ai commi precedenti"³ siano "decise, ai soli fini della competenza, in base a quello che risulta dagli atti e, quando sia reso necessario dall'eccezione del convenuto o dal rilievo del giudice, assunte sommarie informazioni"⁴; previsione che riecheggia quanto dispone, rispetto alla competenza per valore, l'art. 14, comma 2, c.p.c., ai sensi del quale – posto che, nelle cause relative a somme di danaro o a beni mobili, il valore della lite si determina in base alla somma indicata o al valore dichiarato dall'attore e, in mancanza di indicazione o dichiarazione, la causa si presume di competenza del giudice adito – "il convenuto può contestare, ma soltanto nella prima difesa, il valore come sopra dichiarato o presunto" e "in tal caso il giudice decide, ai soli fini della competenza, in base a quello che risulta dagli atti e senza apposita istruzione"⁵.

Si pone allora la questione se tali disposizioni, laddove prevedono l'assunzione di una decisione allo stato degli atti, siano da ritenersi applicabili anche al giudizio arbitrale. Il tutto ovviamente a condizione che si acceda all'orientamento, invalso nella giurisprudenza, secondo il quale il giudice statuale debba assumere la sua decisione sulla competenza appunto "in base a quello che risulta dagli atti", e non già alla luce dell'eventuale istruttoria sul merito, considerando così la previsione dell'art. 38, comma 4, c.p.c. uno snodo procedimentale al quale il giudice dovrebbe

³ E quindi le questioni di competenza per materia, valore e territorio (cfr. il comma 1 dello stesso art. 38 c.p.c.).

⁴ Sul tale disposizione, anche con riferimento al problematico profilo dell'istruttoria relativa ai fatti rilevanti anche per il merito, cfr. per tutti LUIO, sub art. 4, in CONSOLO-LUIO-SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, 1991, 18 ss.; ARIETA, *La sentenza sulla competenza*, Padova, 1990, 220 ss., 237 ss.

⁵ Nello stesso senso, anche il comma 3 dell'art. 15, il quale prevede che "se per l'immobile all'atto della proposizione della domanda non risulta il reddito dominicale o la rendita catastale, il giudice determina il valore della causa secondo quanto emerge dagli atti, e se questi non offrono elementi per la stima, ritiene la causa di valore indeterminabile" (ancorché la norma, dopo la scomparsa del pretore, debba ritenersi implicitamente abrogata: così TARZIA-DANOVI, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, 5ª ed., Milano, 2014, 76, nota 17). Sul rapporto tra l'art. 38, comma 4, e l'art. 14, comma 2, c.p.c. cfr. anche VIANELLO, *Competenza nel diritto processuale civile*, in *Digesto on-line*, Milano, 2014, par. VI.

necessariamente attenersi in caso di eccezione di incompetenza sollevata dalla parte convenuta *in limine litis*⁶.

2. – Le norme che, nella disciplina dell'arbitrato, regolano le questioni di competenza, non contengono nessuna previsione rispetto allo specifico aspetto della relativa istruttoria.

In particolare, l'art. 817 c.p.c. si limita a disporre, per quanto qui rileva, 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", precisando che "questa disposizione si applica anche se i poteri degli arbitri sono contestati in qualsiasi sede per qualsiasi ragione sopravvenuta nel corso del procedimento"⁷.

L'art. 819-ter c.p.c. prevede, a sua volta, sempre per quanto qui rileva, che "nei rapporti tra arbitrato e processo non si applicano regole corrispondenti agli articoli 44, 45, 48, 50 e 295"⁸.

Da un lato, quindi, le norme relative al giudizio arbitrale non contengono previsioni circa l'istruttoria sulla questione di competenza;

⁶ In questo senso, *ex pluribus*, Cass., 21 maggio 2010, n. 12455: "L'eccezione di incompetenza territoriale da parte del convenuto non introduce nel processo un tema che necessiti di istruzione con possibilità di assunzione di prove costituenti, ma va decisa sulla base delle prove costituite già acquisite agli atti, senza che possa indurre a diverse conclusioni il riferimento del novellato art. 38 c.p.c., a 'sommarie informazioni' eventualmente da assumersi da parte del giudice, posto che tale riferimento va inteso come limitato a chiarire il contenuto delle prove costituite o comunque ad accertare circostanze agevolmente rilevabili o documentabili. Quindi la questione della competenza va decisa sulla base delle risultanze processuali disponibili (v. Cass. civ. (Ord.), Sez. 3ª, 20/10/2006, n. 22524; Cass. ordinanza n. 16842 del 27/11/2002), dovendo tenersi distinte le questioni concernenti il merito della causa, da decidersi all'esito dell'istruttoria da quelle relative alla competenza, da decidersi allo stato degli atti"; Cass., 13 settembre 2016, n. 17989: "Le obbligazioni pecuniarie da adempiersi al domicilio del creditore, secondo il disposto dell'art. 1182, comma 3, c.c., sono – agli effetti sia della mora *ex art.* 1219, comma 2 n. 3, c.c., sia della determinazione del *forum destinatae solutionis* ai sensi dell'art. 20, ultima parte, c.p.c. – esclusivamente quelle liquide, delle quali, cioè, il titolo determini l'ammontare, oppure indichi i criteri per determinarlo senza lasciare alcun margine di scelta discrezionale, e i presupposti della liquidità sono accertati dal giudice, ai fini della competenza, allo stato degli atti secondo quanto dispone l'art. 38, ultimo comma, c.p.c.". Sul disposto dell'art. 38, comma 4, c.p.c., v. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 2017, 122; TARZIA-DANOVI, *op. cit.*, 75 ss.

⁷ Per l'analisi di tale norma si rinvia ancora a SALVANESCHI, *op. loc. cit.*

⁸ Dovendosi ovviamente precisare che la Corte costituzionale, con la sentenza 19 luglio 2013, n. 223, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma, nella parte in cui "esclude l'applicabilità, ai rapporti tra arbitrato e processo, di regole corrispondenti all'articolo 50 del codice di procedura civile".

dall'altro lato, l'art. 38 c.p.c. non è contemplato tra le previsioni la cui applicazione è espressamente esclusa allorché vengano in questione i rapporti tra arbitrato e processo ordinario.

Nel silenzio della legge, sarebbe peraltro affrettato, e a mio avviso non corretto, prospettare che, davanti agli arbitri, siano applicabili le regole sull'istruttoria *in limine litis* di cui al processo ordinario, e ciò per plurime e concorrenti ragioni.

3. – In primo luogo, proprio gli stessi artt. 817 e 819-ter c.p.c. contengono, per l'ipotesi di giudizio arbitrale, una disciplina autonoma in relazione alla questione di competenza.

Sebbene nella giurisprudenza più recente si registrino decisioni che inquadrano nuovamente la questione del riparto dei poteri tra giudice e arbitro nell'ambito della competenza⁹, in sintonia con la convinzione che il lodo arbitrale abbia efficacia di sentenza, le questioni di competenza sono regolate in modo del tutto peculiare in caso di procedimento *apud arbitros* e sono soggette alla disciplina propria dettata dagli artt. 817 e 819-ter c.p.c., e non dalle norme che regolano la competenza del giudice statale.

In particolare, e per quanto qui rileva, la disciplina relativa al giudizio arbitrale riprende solo in parte quella ordinaria di cui all'art. 38 c.p.c., e soltanto con riferimento alle regole dettate dal primo comma di quest'ultimo articolo (laddove, disponendo che "l'eccezione di incompetenza del giudice in ragione della convenzione di arbitrato deve essere proposta, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta", l'art. 819-ter regola il tempo e il modo di proposizione dell'eccezione di incompetenza del giudice a favore dell'arbitro). La previsione è però applicabile all'arbitrato proprio perché espressamente ripresa dall'art. 819-ter c.p.c., e non certo perché al giudizio

⁹ Cfr. da ultimo Cass., Sez. Un., 26 ottobre 2020, n. 23418: "L'attività degli arbitri rituali, anche alla stregua della disciplina complessivamente ricavabile dalla l. n. 25 del 1994 e dal d.lgs. n. 40 del 2006, ha natura giurisdizionale e sostitutiva della funzione del giudice ordinario, sicché lo stabilire se una controversia spetti alla cognizione dei primi o del secondo si configura come questione di competenza, mentre il sancire se una lite appartenga alla competenza giurisdizionale del giudice ordinario e, in tale ambito, a quella sostitutiva degli arbitri rituali, ovvero a quella del giudice amministrativo o contabile, dà luogo ad una questione di giurisdizione; pertanto la questione circa l'eventuale non compromettibilità ad arbitri della controversia, per essere la stessa riservata alla giurisdizione del giudice amministrativo, integra una questione di giurisdizione che, ove venga in rilievo, il giudice dell'impugnazione del lodo arbitrale è tenuto ad esaminare e decidere anche d'ufficio".

privato si applichi in via diretta l'art. 38 c.p.c., che disciplina esclusivamente i profili procedurali della competenza del giudice dello Stato¹⁰.

Per il resto, la questione di competenza nei rapporti tra arbitrato e giudizio ordinario è disciplinata dagli artt. 817 e 819-ter c.p.c. in modo del tutto peculiare, con l'espressa esclusione dell'applicabilità delle disposizioni di cui agli artt. 44, 45, 48 e 295 c.p.c., che caratterizzano la materia della competenza in senso proprio, e con una regolamentazione autonoma dell'eccezione di incompetenza dell'arbitro a favore del giudice (che segue regole proprie dell'art. 817 c.p.c.¹¹) e la significativa sottrazione della pronuncia degli arbitri sulla loro competenza all'istituto del regolamento necessario di competenza.

4. – Né certo la circostanza che l'art. 38, comma 4, c.p.c. non rientri tra le disposizioni la cui applicazione è espressamente esclusa in caso di arbitrato significa che esso possa essere applicato davanti agli arbitri, e ciò in quanto la disciplina specifica degli artt. 817 e 819-ter c.p.c. non richiama tale previsione e non limita in alcun modo la facoltà degli arbitri di disporre mezzi istruttori anche al fine di decidere sulla loro competenza.

E, occorre sottolineare, è del tutto naturale che sia così, perché la ripartizione del potere decisorio tra arbitro e giudice non è tracciata da norme di legge che ripartiscano il potere stesso in base a criteri oggettivi e preordinati, come avviene nel caso della ripartizione della competenza tra giudici precostituiti, ma è affidata a una clausola di natura contrattuale, qual è la convenzione di arbitrato. Sia gli arbitri che il giudice, quando sono chiamati a valutare la rispettiva competenza in ragione di un patto compromissorio, devono quindi valutarne il contenuto e interpretarlo. La decisione sulla *potestas iudicandi* degli arbitri è dunque sempre una decisione di accertamento della validità, contenuto e ampiezza della convenzione di

¹⁰ Qualche diversa riflessione si potrebbe fare con riferimento al solo secondo comma dell'art. 38 c.p.c., laddove prevede l'adesione delle parti costituite all'indicazione di un diverso giudice, situazione quest'ultima che ben può verificarsi anche nei rapporti tra giudice e arbitro quando, a fronte dell'eccezione del convenuto, l'attore invece che contestarla aderisca all'indicazione circa la *potestas iudicandi* dell'arbitro. Sul tema si vedano gli interessanti rilievi di DE GIORGIS, *L'applicabilità dell'art. 38, comma 2, c.p.c. nei rapporti tra giudici statali e arbitri rituali*, in corso di pubblicazione sull'ultimo fascicolo di *Riv. arb.*, 2020.

¹¹ Che contiene, oltre alle previsioni già richiamate nel testo, anche quelle, tipiche dell'arbitrato, per cui "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", e "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".

arbitrato – com'è reso evidente dal primo comma dell'art. 817 c.p.c.¹² –, e per questo ricorre a tutt'oggi la qualificazione dell'eccezione di incompetenza del giudice in ragione di una convenzione di arbitrato in termini di eccezione di merito, e non di rito¹³, dovendosi pur sempre valutare e interpretare, rispetto alla decisione al riguardo, un patto contrattuale.

5. – La conclusione è quella per cui la decisione che gli arbitri devono assumere in punto di competenza segue le regole procedurali proprie dell'arbitrato, e non quelle tipiche del giudizio ordinario.

Rileverà quindi il disposto dell'art. 816-*bis* c.p.c., secondo il quale la disciplina procedimentale rilevante è, in difetto di previsione pattizia (“le parti possono stabilire nella convenzione d'arbitrato, o con atto scritto separato, purché anteriore all'inizio del giudizio arbitrale, le norme che gli arbitri debbono osservare nel procedimento”), quella fissata dagli stessi arbitri: “in mancanza di tali norme gli arbitri hanno facoltà di regolare lo svolgimento del giudizio [...] nel modo che ritengono più opportuno”.

Sarà da ritenersi applicabile anche l'ultimo comma dell'art. 816-*bis* c.p.c., ai sensi del quale “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”. Tale previsione va letta “nel senso che gli arbitri decidono con ordinanza revocabile su tutte le questioni che si presentano nel corso del procedimento, salvo che non ritengano che vi sono questioni pregiudiziali o preliminari” – e quindi anche la questione di competenza – “idonee a definire il giudizio che preferiscono decidere separatamente con lodo”; con la conseguenza che “la scelta degli arbitri di provvedere con lodo non definitivo andrà dunque riferita all'opzione tra decidere immediatamente la questione, pronunciando un lodo che sarà non definitivo solo in caso di rigetto della questione insorta, mentre sarà necessariamente definitivo in caso di suo accoglimento, oppure

¹² “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”.

¹³ Cfr., da ultimo, Cass., 24 novembre 2020, n. 26696: “L'eccezione di compromesso sollevata innanzi al giudice ordinario, adito nonostante che la controversia sia stata deferita ad arbitri, pone una questione che attiene al merito” (ancorché nell'ambito della lettura per cui “i rapporti tra giudici ed arbitri non si pongono sul piano della ripartizione del potere giurisdizionale tra giudici, e l'effetto della clausola compromissoria consiste proprio nella rinuncia alla giurisdizione ed all'azione giudiziaria”).

riservarne la decisione al prosieguito del procedimento con ordinanza che ne disponga la continuazione”¹⁴.

Va quindi ascritta agli arbitri, in forza del sistema normativo ricavabile dagli artt. 816-*bis*, 817 e 819-*ter* c.p.c., la piena autonomia nel determinare lo svolgimento del giudizio anche ai fini della soluzione della questione relativa alla loro competenza.

Abstract

**ARBITRATION PROCEEDINGS AND PRIMA FACIE DECISION ON
ARBITRAL JURISDICTION**

Lo scritto esamina il problema del rapporto tra la decisione sulla competenza allo stato degli atti, prevista nel processo ordinario di cognizione, e l'arbitrato. L'indagine evidenzia che gli arbitri non sono tenuti a una decisione *in limine litis* allo stato degli atti, ma al contrario sono liberi di regolare lo svolgimento del giudizio nel modo che ritengano più opportuno anche ai fini della soluzione della questione di competenza.

The paper examines the power of the court to make a prima facie decision on his own jurisdiction, comparing it to arbitration. The Author underlines that the arbitral tribunal does not have to rule on his own jurisdiction at the beginning of the arbitral proceedings, having a high degree of flexibility on how to conduct arbitral proceedings also with regard to decide if the dispute is subject to arbitration.

¹⁴ E che ovviamente “sarà sempre revocabile, ben potendo l'organo arbitrale rivalutare anche la propria decisione in ordine alla decisione immediata della questione, oppure al suo differimento insieme con il lodo definitivo”: SALVANESCHI, *op. cit.*, 422 (ove anche il virgolettato nel testo).