



GABRIELLA TOTA

## *Arbitrato e tutela ingiuntiva*

SOMMARIO: 1. Introduzione. La presunta inidoneità della convenzione arbitrale a precludere l'accesso alla tutela monitoria. – 2. Critica all'impostazione giurisprudenziale. L'impossibilità per l'arbitro di emettere provvedimenti sommari... – 3. *Segue*: ...non implica che la relativa «competenza» permanga in capo all'a.g.o. – 4. Il regime di rilevanza dell'incompetenza del giudice adito in via monitoria: applicabilità dell'art. 819-ter c.p.c.? – 5. Il problema della liceità degli accordi compromissori che ammettono, a talune condizioni, il ricorso alla tutela ingiuntiva.

1. *Introduzione. La presunta inidoneità della convenzione arbitrale a precludere l'accesso alla tutela monitoria.* – È opinione generalmente condivisa in giurisprudenza – e di recente ribadita anche dal massimo collegio di legittimità – che l'avvenuta stipulazione di una convenzione arbitrale non precluda al creditore l'accesso alla tutela monitoria e l'emanazione di un decreto ingiuntivo, ma imponga al giudice, in caso di successiva opposizione fondata sull'esistenza dell'accordo compromissorio, la declaratoria di nullità (o, comunque, la revoca) del decreto opposto e la rimessione della controversia al giudizio degli arbitri (in caso di arbitrato rituale), ovvero la dichiarazione di improponibilità della domanda (in caso di arbitrato libero)<sup>1</sup>.

La soluzione è variamente motivata, argomenti (si vedrà a breve quanto fondati) in suo favore traendosi vuoi dall'asserita irrilevanza officiosa, ex art. 819-ter, 1° comma, c.p.c., del difetto di *potestas judicandi* del giudice investito della domanda d'ingiunzione (il quale sarebbe dunque tenuto all'emanazione del provvedimento richiesto pur nella consapevolezza della propria incompetenza)<sup>2</sup>; vuoi dalla presunta insussistenza, nella fase sommaria del procedimento monitorio, di «una controversia caratterizzata dal contraddittorio tra le parti e quindi deferibile alla cognizione degli arbitri»<sup>3</sup>; vuoi, ancora, dalla stessa disciplina del processo arbitrale, che non consentirebbe al giudice laico l'adozione di provvedimenti *inaudita altera parte* o, più in generale, a carattere sommario<sup>4</sup>.

Che nessuno di tali argomenti sia idoneo a supportare l'indirizzo giurisprudenziale ora richiamato è peraltro evidente. Da un lato, infatti, se l'esistenza di una clausola compromissoria consenta o meno l'accesso alla tutela ex artt. 633 ss. c.p.c. è questione la cui soluzione, costituendo un *præius* logico prima ancora che giuridico, non può farsi certamente dipendere dal regime di rilevanza dell'*exceptio compromissi* (che andrà semmai individuato in un momento successivo, una volta appurato che la stipulazione di un accordo arbitrale preclude il ricorso al giudice togato per ottenere un decreto ingiuntivo)<sup>5</sup>. Dall'altro lato, l'aver escluso che gli arbitri siano abilitati a concedere provvedimenti sommari non implica necessariamente<sup>6</sup> che il relativo potere permanga in capo all'a.g.o., occorrendo

<sup>1</sup> In tal senso, nella giurisprudenza di legittimità, v. *ex multis* Cass. s.u. 21 settembre 2018, n. 22433, in motivazione; Cass. 4 marzo 2011, n. 5265; Cass. 28 luglio 1999, n. 8166. V. anche Cass. s.u. 18 settembre 2017, n. 21550, in *Corr. giur.*, 2017, 1602, secondo cui «la clausola di compromesso in arbitrato estero non osta all'emissione di un decreto ingiuntivo, perché il conseguente difetto di giurisdizione attiene alla cognizione di una “controversia” (e, quindi, presuppone il contraddittorio, assente nel procedimento monitorio) e perché l'eccezione di compromesso è facoltativa e non è rilevabile d'ufficio». Per la giurisprudenza di merito v. le note che seguono.

<sup>2</sup> Cass. 28 luglio 1999, n. 8166, cit.; Trib. Imperia 4 febbraio 2019, in *Banca dati Dejure*; Trib. Modena 14 gennaio 2019, in [www.giurisprudenzamodenese.it](http://www.giurisprudenzamodenese.it); Trib. Milano 18 maggio 2018, in [www.giurisprudenzadelleimprese.it](http://www.giurisprudenzadelleimprese.it); Trib. Treviso, 3 novembre 2016, in *Banca dati Pluris*; Trib. Torino 10 febbraio 2016, in *Giur. it.*, 2016, 2216 ss., con nota di CONSOLO-GODIO, *Tralatzij orientamenti sulla sorte del d.i. opposto per clausola arbitrale (rituale)*.

<sup>3</sup> Trib. Modena 14 gennaio 2019, cit.; Trib. Velletri, sez. dist. Anzio, 24 novembre 2009, in *Corr. merito*, 2010, 832 ss., con nota di PERIN, *Il procedimento d'ingiunzione e l'eccezione di clausola arbitrale*.

<sup>4</sup> Cass. s.u. 21 settembre 2018, n. 22433, cit.; App. Reggio Calabria 8 gennaio 2019, in *Banca dati Dejure*; Trib. Milano 18 maggio 2018, cit.; Trib. Roma 15 febbraio 2018, in [www.giurisprudenzadelleimprese.it](http://www.giurisprudenzadelleimprese.it); Trib. Pordenone 16 maggio 2017, in *Banca dati Pluris*.

<sup>5</sup> In tal senso v. infatti BERGAMINI, *Clausola compromissoria e tutela monitoria*, in *Riv. arb.*, 2012, 61 ss., 64, secondo cui «l'asserita non rilevanza d'ufficio del patto compromissorio non dimostra – ma postula – il principio che si intende dimostrare: vale a dire che la clausola compromissoria preclude l'accesso alla tutela ex art. 633 ss. c.p.c.». In senso conforme VILLATA, *Arbitrato e procedimenti sommari*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 889 ss., 891 s.

<sup>6</sup> Se si eccettua il caso dei provvedimenti cautelari, in relazione ai quali è l'art. 669-quinquies c.p.c. a sancire espressamente l'attribuzione



al riguardo anzitutto chiarire se la rinuncia alla giurisdizione statale operata con l'adesione al patto compromissorio riguardi unicamente il processo cognitivo ordinario (nel qual caso soltanto potrebbe ipotizzarsi che il giudice togato resti titolare del potere monitorio) oppure si estenda anche ai procedimenti sommari (il che porterebbe a ulteriormente interrogarsi sulla possibilità che la tutela ingiuntiva sottratta all'autorità giudiziaria sia trasferita, con ogni opportuno adattamento, nella sede arbitrale)<sup>7</sup>.

Ma le incongruenze della tesi in esame non si limitano a quelle appena segnalate.

Può anzitutto osservarsi che, a voler ritenere applicabile nella specie l'art. 819-ter c.p.c., non potrà negarsi<sup>8</sup> – una volta che il giudice dell'opposizione abbia accolto l'eccezione di compromesso sollevata dall'ingiunto – l'operatività del meccanismo di *translatio iudicii* e la conseguente prosecuzione, previa riassunzione, della causa oppositiva davanti agli arbitri<sup>9</sup>. Non si spiega, allora, perché mai gran parte della giurisprudenza séguiti a far discendere dal rilievo della competenza arbitrale (la nullità o la revoca del decreto ingiuntivo e) la chiusura in rito del giudizio di opposizione<sup>10</sup>, pervenendo a un'applicazione «monca» dell'attuale disciplina in tema di rapporti tra arbitrato e processo, oltre che a un risultato del tutto inappagante, nella misura in cui l'ingiunto è onerato dell'opposizione al solo scopo di far valere la carenza (ritenuta insanabile) di un presupposto processuale<sup>11</sup>.

A conclusioni contraddittorie giungono, del resto, anche quanti ammettono che la competenza monitoria permanga in capo al giudice togato pur a fronte di una convenzione arbitrale. Se il compromittente che propone domanda monitoria all'a.g.o. non erra nell'individuazione del giudice «competente», è invero ragionevole ritenere che, nell'accogliere l'eccezione di compromesso sollevata dall'ingiunto, il giudice dell'opposizione non possa revocare il decreto ingiuntivo per incompetenza del giudice che lo ha emesso, ma debba al più limitarsi a dichiarare il proprio difetto di *potestas iudicandi* per poi rimettere la causa agli arbitri<sup>12</sup>. Assai discutibile è, quindi, l'indirizzo giurisprudenziale prevalente, che al rilievo della competenza arbitrale fa immancabilmente seguire la revoca (o la declaratoria di nullità) del decreto opposto e la condanna dell'ingiungente (cui pure nessun errore – per quanto si è

---

del relativo potere al giudice che sarebbe stato competente per il merito in difetto di accordo compromissorio.

<sup>7</sup> Sulle questioni prospettate nel testo v. *infra*, §§ 3 e 5.

<sup>8</sup> Dopo l'intervento di Corte cost. 19 luglio 2013, n. 223 (in *Corr. giur.*, 2013, 1107 ss., con nota di CONSOLO, *Il rapporto arbitri-giudici ricondotto, e giustamente, a questione di competenza con piena translatio fra giurisdizione pubblica e privata e viceversa*, e in *Riv. arb.*, 2014, 81 ss., con note di BOVE, BRIGUGLIO, MENCHINI, SASSANI), che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 819-ter, 2° comma, c.p.c., nella parte in cui esclude l'applicabilità, ai rapporti tra arbitrato e processo, di regole corrispondenti all'art. 50 c.p.c. Quanto alle modalità della riassunzione della causa in sede arbitrale, è noto che, in assenza di qualsivoglia indicazione legislativa sul punto, parte della dottrina ammette l'applicabilità in via analogica dell'art. 59, 2° comma, l. 18 giugno 2009, n. 69, in tema di rapporti tra giudici di diverso ordine. Con la conseguenza che la parte interessata alla prosecuzione dovrà proporre la relativa domanda, nel termine perentorio di tre mesi dal passaggio in giudicato della pronuncia declinatoria della competenza, «con le modalità e secondo le forme previste per il giudizio davanti al giudice adito in relazione al rito applicabile», ossia mediante notificazione all'altra parte di un atto recante (quanto meno) la nomina del proprio arbitro (in tal senso, per tutti, VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*<sup>5</sup>, Torino, 2015, 29). In argomento v. *amplius* IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo. Studio sui rapporti tra arbitrato e giurisdizioni statuali*, Torino, 2013, 160 ss.

<sup>9</sup> Questa è infatti la conclusione cui pervengono CONSOLO-GODIO, *Tralatiizj orientamenti*, cit., 2216.

<sup>10</sup> V. ad es. Trib. Pordenone 16 maggio 2017, cit., e Trib. Torino 10 febbraio 2016, cit. Nel senso che, a séguito della declaratoria di incompetenza dell'autorità giudiziaria, la causa di opposizione possa proseguire in sede arbitrale, v. tuttavia Trib. Milano 18 maggio 2018, cit., e Trib. Treviso, 3 novembre 2016, cit.

<sup>11</sup> È noto che proprio l'esigenza di non imporre all'ingiunto una onerosa costituzione in giudizio solo per far valere la violazione di norme attinenti all'individuazione del giudice», atteso il pregiudizio che, altrimenti, ne deriverebbe in termini di definitiva soccombenza nel merito, ha indotto Corte cost. 3 novembre 2005, n. 410 [in *Giur. it.*, 2006, 1213 ss., con note di TOTA, *La (supposta) irrilevanza d'ufficio dell'incompetenza territoriale «semplice» nel rito monitorio ancora al vaglio della Consulta*, e di CONTE, *Valenza costituzionale dei criteri della competenza e procedimento monitorio*; in *Riv. dir. proc.*, 2006, 1473 ss., con nota di E.F. RICCI, *I poteri del giudice adito con ricorso per decreto ingiuntivo, secondo la Corte costituzionale*] a ritenere che, interpretato in armonia con gli artt. 24 e 111, 2° comma, Cost., l'art. 640 c.p.c. consenta il rilievo officioso dell'incompetenza per territorio del giudice adito in via monitoria anche nei casi non previsti dall'art. 28 c.p.c. Sulla possibilità di estendere alla fattispecie in esame le conclusioni attinte da tale pronuncia, v. *infra*, § 4.

<sup>12</sup> In tal senso v. infatti CONSOLO-GODIO, *Tralatiizj orientamenti*, cit., 2216 ss., i quali, distinguendo a seconda che si verta in materia di arbitrato irrituale ovvero rituale, ritengono che soltanto nel primo caso all'accoglimento dell'eccezione di compromesso possa seguire (la chiusura in rito dell'opposizione e) la revoca del decreto ingiuntivo, mentre nel secondo caso il provvedimento opposto sopravviverebbe alla inevitabile *translatio iudicii* per tutta la durata del giudizio arbitrale.



detto – potrebbe imputarsi nella scelta del giudice) al pagamento delle spese processuali<sup>13</sup>.

La dottrina, dal canto suo, non pare aver raggiunto risultati più certi e stabili. Se per alcuni l'adesione a un accordo compromissorio preclude *tout court* l'accesso alla tutela ingiuntiva innanzi all'a.g.o. (salvo poi stabilire da chi ed entro quale momento il difetto di competenza del giudice sia rilevabile)<sup>14</sup>, altri ritengono invece che la rinuncia alla giurisdizione statale riguardi unicamente l'eventuale fase a cognizione piena ed esauriente (che, in caso di opposizione, andrebbe rimessa agli arbitri, ferma restando la competenza del giudice togato per tutto ciò che attiene al decreto ingiuntivo opposto)<sup>15</sup>. E non è mancato chi, pur con qualche difficoltà, ha prospettato la concedibilità di provvedimenti monitori direttamente dagli arbitri<sup>16</sup>.

Nel tentativo di districarsi in una così vasta e variegata congerie di opinioni, conviene allora muovere proprio dall'indirizzo giurisprudenziale maggioritario sopra richiamato, onde appurare anzitutto se la monolitica affermazione per cui la presenza di una clausola compromissoria non esclude la potestà ingiuntiva del giudice dello Stato sia o meno provvista di un qualche fondamento (eventualmente diverso da quello individuato dalla giurisprudenza).

2. *Critica all'impostazione giurisprudenziale. L'impossibilità per l'arbitro di emettere provvedimenti sommari...* – Su un punto pare potersi senz'altro convenire con l'opinione prevalente: essendo la tutela monitoria (al pari di ogni altra forma di tutela sommaria) prerogativa esclusiva della giurisdizione statale, gli arbitri non sono abilitati a emettere decreti ingiuntivi.

La conclusione – per taluni Autori già suggerita dalla previsione dell'art. 806, 1° comma, c.p.c., che individua il *proprium* dell'attività degli arbitri nel «decidere una controversia», e cioè nello svolgimento di un giudizio in forme equivalenti a quelle tipiche dell'ordinaria cognizione regolata dal Libro II del codice<sup>17</sup> – è avvalorata da plurimi indici normativi.

A venire in rilievo è anzitutto la disciplina della c.d. domanda di arbitrato, quale introdotta dagli artt. 25 e 26 della l. 5 gennaio 1994, n. 25. Nel prevedere che il procedimento arbitrale prenda l'avvio mediante «l'atto notificato con il quale una parte, in presenza di compromesso o clausola compromissoria, dichiara la propria intenzione di promuovere il procedimento arbitrale, propone la domanda e procede, per quanto le spetta, alla nomina degli arbitri», le disposizioni in esame delineano chiaramente un modello processuale nel quale l'instaurazione del contraddittorio è sempre antecedente alla decisione della causa. E benché, in omaggio al principio di libertà delle forme, si ritenga per lo più che la conoscenza della domanda da parte del suo destinatario possa essere garantita anche con modalità diverse da quelle prescritte dalla legge<sup>18</sup>, è innegabile che, mancando la *vocatio in jus* del

<sup>13</sup> Cass. 1° aprile 2019, n. 9035; Trib. Imperia 4 febbraio 2019, cit.; Trib. Milano 18 maggio 2018, cit.; Trib. Torino 10 febbraio 2016. *Contra*, nel senso che la legittimità (o, comunque, la non arbitrarietà) della richiesta di tutela ingiuntiva all'a.g.o. giustifichi, nella successiva fase di opposizione, l'integrale compensazione delle spese di lite, v. tuttavia Trib. Roma 15 febbraio 2018, cit.; Trib. Pordenone 16 maggio 2017, cit.; Trib. Treviso, 3 novembre 2016, cit.; Trib. Velletri, sez. dist. Anzio, 24 novembre 2009, cit.

<sup>14</sup> In tal senso CECHELLA, in *L'arbitrato*, a cura di Cecchella, Torino, 2005, 35 s., 201; BERGAMINI, *Clausola compromissoria e tutela monitoria*, cit., 68 ss.; VILLATA, *Arbitrato e procedimenti sommari*, cit., 896 s., che ammette tuttavia la possibilità di far salva, nel testo della clausola compromissoria, la facoltà per le parti di ricorrere al procedimento ingiuntivo (anche eventualmente in sede arbitrale).

<sup>15</sup> È questa l'opinione di SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 2, Milano, 1971, 234 s., successivamente ripresa da SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*<sup>3</sup>, Milano, 1988, 68 ss., e da PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*<sup>2</sup>, I, Padova, 2012, 404 s., testo e nota 259. Nel senso che la presenza di una clausola compromissoria non impedisca al giudice togato di emettere decreti ingiuntivi, ma che l'eventuale fase processuale a cognizione piena introdotta dall'opposizione possa essere devoluta in arbitrato v. anche VERDE, *Lineamenti*, cit., 78 (a parziale modifica dell'opinione espressa in *Diritto dell'arbitrato*<sup>3</sup>, a cura di Verde, Torino, 2005, 101). Più di recente, la medesima soluzione è stata prospettata da CONSOLO-GODIO, *Tralattizi orientamenti*, cit., 2216 ss.

<sup>16</sup> VILLATA, *Arbitrato e procedimenti sommari*, cit., 904 s.

<sup>17</sup> VERDE, *Lineamenti*, cit., 77 s., e LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*<sup>4</sup>, Milano, 2011, 48 ss. Ma v. già CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile*<sup>5</sup>, Roma, 1956, 65, nel senso che «gli arbitri sono persone a cui le parti d'accordo affidano la composizione d'una lite da pretesa contestata», e che «il processo per arbitri è pertanto un equivalente del processo contenzioso di cognizione», e REDENTI, *Diritto processuale civile*<sup>2</sup>, III, Milano, 1954, 446, secondo cui l'impiego nell'art. 806 c.p.c. del verbo «decidere» allude al conoscere e al pronunciare *per dictum*, con esclusione di qualunque attività di carattere esecutivo *per facta*.

<sup>18</sup> V. per tutti BORGHESI, *Commento agli artt. 1, 25 e 26, l. 25/1994*, in *Arbitrato*<sup>3</sup>, commentario diretto da Carpi, Bologna, 2016, 367 ss.,



convenuto, non soltanto non avrebbero modo di prodursi gli effetti previsti dagli artt. 669-*octies* c.p.c., 2652, 2653, 2690, 2691 e 2943 c.c., ma la stessa costituzione dell'organo giudicante resterebbe in molti casi preclusa<sup>19</sup>.

Non meno significativa, ai fini che qui interessano, è poi la previsione dell'art. 818 c.p.c., che vieta agli arbitri di concedere «sequestri» o «altri provvedimenti cautelari». Quantunque se ne sia da più parti esclusa la diretta applicabilità oltre i confini dei provvedimenti sommari in essa specificamente contemplati<sup>20</sup>, la disposizione *de qua* è invero espressione di un principio – quello, già ricordato, per cui la funzione arbitrale si esaurisce nel conoscere e nel giudicare, in forme equivalenti a quelle proprie della cognizione ordinaria, in vista di una «decisione» su diritti – che ben può essere riferito nella sua sostanza anche ai provvedimenti sommari non cautelari. Potrà, certo, discutersi dell'opportunità di tener fermo nell'attuale contesto un divieto di cognizione sommaria che scaturisce da mere scelte di politica legislativa più che da esigenze connaturate alle caratteristiche e alla funzione dell'arbitrato; ma il sistema è quello che è, e allo stato non consente all'interprete altre soluzioni.

Come, dunque, l'arbitrato non può porsi quale valida alternativa al processo cautelare, «ove non di diritti attualmente si controversi ma di cautela per gli stessi impregiudicata ogni decisione sulla loro esistenza»<sup>21</sup>, allo stesso modo non compete agli arbitri l'emanazione di provvedimenti ingiuntivi, che, per quanto connotati da decisorietà e idoneità al giudicato al pari delle sentenze, si differenziano da queste ultime proprio sotto il profilo della *cognitio* (meramente sommaria e parziale) che ne costituisce il fondamento.

Che la tutela arbitrale sia stata concepita come equivalente della (sola) tutela cognitiva ordinaria si evince, d'altronde, anche dal regime della decisione degli arbitri quale delineato dagli artt. 824-*bis*, 816-*bis*, ult. comma, e 827, ult. comma, c.p.c. Se da un lato, infatti, l'equiparazione *quoad effectum* tra lodo e sentenza impedisce di conferire veste formale di lodo a un provvedimento (qual è quello monitorio) che non esaurisce il potere decisorio arbitrale sul «bene della vita» domandato, né dunque è suscettibile di vincolare l'organo giudicante a quanto in esso statuito (per lo meno allorché la proposizione dell'opposizione apra la via a una nuova decisione, questa volta a cognizione piena ed esauriente, sul medesimo *thema* già oggetto di decisione sommaria)<sup>22</sup>, dall'altro lato neppure può ammettersi

387.

<sup>19</sup> Secondo BERGAMINI, *Clausola compromissoria e tutela monitoria*, cit., 68, nota 22, la circostanza che la costituzione dell'organo giudicante arbitrale postuli il coinvolgimento del convenuto (la cui *vocatio in jus* dovrebbe, dunque, sempre precedere la decisione) non varrebbe a rendere l'arbitrato incompatibile con il procedimento per ingiunzione, dal momento che «le finalità della procedura monitoria non impongono di non avvertire del suo inizio la controparte». In senso conforme VILLATA, *Arbitrato e procedimenti sommari*, cit., 904, nota 45, secondo cui non vi sarebbe «nessuna regola generale che vieti che il procedimento *inaudita altera parte* – ovvero condotto senza dare possibilità alla controparte di interloquire sui presupposti di emanazione del provvedimento – sia preannunciato alla controparte». Non si vede, peraltro, in che modo al convenuto potrebbe impedirsi – una volta che l'attore gli abbia notificato l'atto introduttivo del giudizio, recante tra l'altro l'*editio actionis* – di esercitare il proprio diritto di difesa, producendo documenti a sé favorevoli che il collegio sarebbe tenuto non soltanto a esaminare per valutare la fondatezza della domanda attorea, ma anche a comunicare all'altra parte in doverosa applicazione dell'art. 640, 1° comma, c.p.c. [in tal senso v. infatti VIGNERA, *Considerazioni sul processo d'ingiunzione (rilevi generali e profili funzionali)*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 162 ss., part. 174 s., che in base a tali rilievi esclude la possibilità – pure ammessa da Trib. Bari 21 marzo 1990, in *Foro it.*, 1991, I, 1270 ss., con osservazioni di DE LUCA – di introdurre una qualche forma di contraddittorio nella fase sommaria del procedimento per ingiunzione]; per tacere delle manovre ostruzionistiche che il convenuto potrebbe essere indotto ad attuare al solo scopo di ritardare la costituzione del collegio e l'emanazione della decisione. La tempestiva adozione del provvedimento di condanna finirebbe in tal modo per farsi dipendere in via esclusiva dalla condotta e dalle scelte difensive del destinatario della pretesa monitoria, con un risultato radicalmente incompatibile con le caratteristiche strutturali e con le stesse finalità acceleratorie alle quali la procedura di ingiunzione è nel suo complesso improntata.

<sup>20</sup> Nel senso che non sia consentito desumere un divieto di cognizione sommaria dalla previsione dell'art. 818 c.p.c. v. BERGAMINI, *op. cit.*, 66 (alla cui opinione aderisce VILLATA, *op. cit.*, 897 s.), secondo la quale «regolando autonomamente il potere cautelare, l'art. 818 c.p.c. potrebbe [...] essere interpretato come norma che dà atto dell'eterogeneità dei due poteri [quello cautelare e quello di decidere della controversia ex art. 806 c.p.c., *n.d.r.*] e stabilisce che gli arbitri non possono incidere sulla realtà sostanziale se non quando decidono della lite». *Contra*, nel senso che il divieto di cui all'art. 818 c.p.c. sia espressione di un principio applicabile a tutti i procedimenti speciali di cui al libro IV del codice, v. peraltro AULETTA, in *Diritto dell'arbitrato*<sup>3</sup>, cit., 505; CECHELLA, in *L'arbitrato*, cit., 201; G.F. RICCI, *Commento all'art. 818 c.p.c.*, in *Arbitrato*<sup>3</sup>, cit., 592, che perviene alla conclusione per cui «agli arbitri è in genere vietato ogni provvedimento direttamente incisivo sulla realtà materiale, che non sia fondato su un accertamento pieno»; VANNI, *I controversi rapporti fra arbitrato e opposizione a decreto ingiuntivo* (nota a Trib. Livorno 11 febbraio 2011), in *Riv. arb.*, 2012, 379.

<sup>21</sup> Così LA CHINA, *L'arbitrato*<sup>4</sup>, cit., 50.

<sup>22</sup> In tal senso BERGAMINI, *Clausola compromissoria e tutela monitoria*, cit., 77, la quale rileva che il presidente del tribunale, investito della



che l'ingiunzione *de qua* assuma la forma dell'ordinanza, i cui caratteri di revocabilità e non soggezione a deposito appaiono scarsamente compatibili con una decisione, sia pure sommaria e potenzialmente provvisoria, su diritti<sup>23</sup>.

Se a ciò si aggiunge l'impossibilità di trasporre nell'arbitrato – stante la ben nota carenza di poteri coercitivi e cautelari in capo al giudice laico – la disciplina in tema di concessione e sospensione dell'efficacia esecutiva del decreto ingiuntivo (artt. 642, 648 e 649 c.p.c.)<sup>24</sup>, non resta che concludere nel senso che gli arbitri non siano abilitati a concedere provvedimenti monitori: soluzione che, seppur non imposta – come si è osservato – da alcuna «ragione logico-sistematica, norma inderogabile o principio di ordine pubblico»<sup>25</sup>, non appare allo stato superabile se non a costo di una significativa deviazione dalla struttura tipica del processo arbitrale, che nessun apprezzabile beneficio potrebbe oltretutto apportare al creditore in termini di anticipazione della tutela esecutiva.

3. Segue: *...non implica che la relativa «competenza» permanga in capo all'a.g.o.* – L'aver escluso che al giudice laico competa l'emaneazione di provvedimenti di natura ingiuntiva non implica peraltro – ed è questo il primo profilo di perplessità che la giurisprudenza sopra richiamata solleva – che il relativo potere permanga in capo al giudice togato *ad instar* di quanto previsto dall'art. 669-*quinquies* c.p.c. per i provvedimenti cautelari.

Beninteso, ad altra conclusione potrebbe pervenirsi ove si ammettesse che, nel sottoscrivere l'accordo compromissorio, le parti rinuncino alla giustizia dello Stato unicamente per ciò che concerne la tutela cognitiva ordinaria, e che, dunque, la tutela sommaria resti liberamente erogabile dall'a.g.o. in quanto non ricompresa nell'oggetto del mandato decisorio conferito agli arbitri<sup>26</sup>.

Tale distinguo, tuttavia, non pare in alcun modo suffragato dalla disciplina positiva, che non soltanto non pone altro limite all'arbitrato se non quello dell'indisponibilità dei diritti che ne formano oggetto, ma chiarisce altresì – col prevedere che «le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte» (art. 806 c.p.c.) – che l'opzione per la risoluzione arbitrale della lite, nella misura in cui implica rinuncia alla «decisione» del giudice togato, preclude *qualunque* intervento giurisdizionale di tipo dichiarativo, sia esso realizzato nelle forme del Libro II del codice di procedura civile ovvero in quelle di uno dei procedimenti speciali di cui al Libro IV<sup>27</sup>.

---

domanda di *exequatur* ai sensi dell'art. 825 c.p.c., potrebbe «rifiutare di dichiarare esecutivo il provvedimento ritenendo che esso non sia "lodo"». Secondo VILLATA, *Arbitrato e procedimenti sommari*, cit., 904, testo e nota 46, l'obiezione di cui al testo sarebbe superabile ritenendo che il solo provvedimento suscettibile di *exequatur* sia il lodo (definitivo) mediante il quale gli arbitri diano atto del mancato promovimento (ovvero della successiva estinzione) del giudizio di «opposizione» arbitrale esperibile avverso il provvedimento monitorio (che non potrebbe, dal canto suo, essere munito di esecutorietà provvisoria *ex* art. 642 c.p.c.). Non è chiaro però quale forma tale «provvedimento monitorio» arbitrale debba assumere: esclusa l'ordinanza, compatibile unicamente con pronunce a carattere ordinatorio o istruttorio (vertenti cioè su questioni suscettibili di riesame durante l'intero corso del giudizio e la cui soluzione non è mai idonea a pregiudicare la successiva decisione), ed escluso altresì il lodo interlocutorio, che appare idoneo alla definizione di quelle sole questioni (pregiudiziali di rito, preliminari di merito o di merito aventi carattere preliminare) che, se diversamente risolte, determinerebbero la chiusura della lite (arg. *ex* art. 827, u.c., c.p.c.; sul regime formale dei provvedimenti arbitrali ci si permette di rinviare a TOTA, *Commento all'art. 816-bis c.p.c.*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di Briguglio e Capponi, III, 2, Padova, 2009, 706 ss., anche per ulteriori riferimenti), non resta che il lodo parziale di merito. Della compatibilità di tale provvedimento (pure adombrata da CARPI, *L'arbitrato rituale fra autonomia e aiuto giudiziario*, in *Contr. e impr.*, 1990, 901 ss., part. 926 ss.) con un'ipotetica ingiunzione arbitrale può tuttavia dubitarsi, e tanto per la già indicata ragione che il lodo parzialmente definitivo consuma, sia pure relativamente ad una o ad alcune soltanto delle domande cumulativamente proposte, il potere decisorio degli arbitri, laddove ciò non avviene nel caso del provvedimento monitorio.

<sup>23</sup> CECHELLA, in *L'arbitrato*, cit., 201, secondo cui l'art. 816 (oggi 816-*bis*), u.c., c.p.c. «fa divieto di provvedimenti incidentali a rilevanza esterna, imponendo agli arbitri di pronunciare ordinanze non soggette a deposito, alle quali perciò non è mai data forza esecutiva o idoneità alla trascrizione o iscrizione (ciò che priva di basi normative, non solo provvedimenti cautelari intrinsecamente esecutivi, ma anche altri provvedimenti anticipatori non cautelari, come quelli monitori o misure incidentali – artt. 186-*bis* e 186-*ter* c.p.c. – che tendono mediante accertamento sommario alla anticipazione degli effetti di un titolo esecutivo)».

<sup>24</sup> Sul punto v. *amplius infra*, § 5.

<sup>25</sup> Così BERGAMINI, *op. cit.*, 64.

<sup>26</sup> È questa l'opinione di PUNZI, *Disegno sistematico*<sup>2</sup>, cit., I, 397 ss., che, muovendo dalla pretesa «incompromettibilità *quoad officium*» della controversia in tutti i casi in cui la legge consenta alla parte di avviare l'azione giurisdizionale attraverso forme di tutela sommaria non cautelare (come tali precluse agli arbitri), perviene alla conclusione secondo cui l'esistenza di una clausola compromissoria sottrarrebbe all'autorità giudiziaria esclusivamente la cognizione piena, mentre la tutela sommaria resterebbe liberamente erogabile dai giudici dello Stato. Per una efficace critica a tale tesi v. CECHELLA, in *L'arbitrato*, cit., 35 s.

<sup>27</sup> BERGAMINI, *Clausola compromissoria e tutela monitoria*, cit., 68 ss., alla cui opinione aderisce VILLATA, *Arbitrato e procedimenti sommari*, cit.,



Quante volte la situazione sostanziale lesa abbia natura disponibile, insomma, a nulla rileva che essa sia tutelabile in via giurisdizionale anche mediante procedimenti sommari e speciali: a fronte di una convenzione arbitrale, la richiesta di tutela andrà comunque rivolta agli arbitri, che – conformemente alle caratteristiche del mandato ad essi conferito – potranno unicamente «conoscere e pronunciare *per dictum*»<sup>28</sup>, in forme equivalenti a quelle proprie di un processo di ordinaria cognizione.

Si è sostenuto<sup>29</sup> che escludere l'ammissibilità della tutela monitoria innanzi all'autorità giudiziaria lascerebbe emergere un vuoto di tutela non altrimenti colmabile, oltre che una assai poco giustificabile (e, dunque, di dubbia compatibilità con il principio di cui all'art. 3 Cost.) disparità di trattamento ai danni del creditore che, avendo stipulato un patto compromissorio, si veda per ciò solo preclusa la rapida formazione di un titolo esecutivo e, così, l'immediata soddisfazione del proprio diritto (subordinata all'ottenimento di un lodo di condanna successivamente munito di *exequatur*).

Tali obiezioni sono peraltro agevolmente superabili vuoi sul riflesso della *volontarietà* dell'opzione per l'arbitrato, alla quale consegue la piena legittimità della rinuncia operata dai compromittenti a talune delle prerogative e delle tutele proprie della giurisdizione statale<sup>30</sup>; vuoi in base alla considerazione che la violazione del canone costituzionale di uguaglianza sussiste soltanto qualora situazioni sostanzialmente identiche siano disciplinate in modo ingiustificatamente diverso, e non anche quando alla diversità di disciplina corrispondano (come tipicamente avviene nei rapporti tra arbitrato e processo giurisdizionale) situazioni non assimilabili<sup>31</sup>.

A quanto precede può infine aggiungersi che, diversamente da quella cautelare, la tutela ingiuntiva (al pari delle altre forme di tutela sommaria non cautelare) non gode di alcuna copertura costituzionale, essendo preordinata unicamente a consentire una più rapida attuazione di taluni diritti. Se, dunque, ben può ammettersi che il giudice togato sospenda – nelle more della costituzione del collegio – l'efficacia di una delibera societaria impugnata in sede arbitrale<sup>32</sup>, l'intervento cautelare dell'a.g.o. essendo in tal caso motivato dall'esigenza (di rango costituzionale) di evitare alla parte un danno irreparabile, non altrettanto è a dirsi per l'esercizio del potere di ingiunzione, dalla legge previsto in funzione di un'esigenza<sup>33</sup> (anticipare gli effetti del titolo esecutivo, assicurando al creditore una maggiore

---

896, 903, testo e nota 43. Si aggiunga che la nozione di «controversie» emergente dagli artt. 806 ss. c.p.c. è talmente ampia e generica da non consentire distinzioni fondate sulla differente «qualità» della cognizione (sommara piuttosto che piena ed esauriente) demandata all'organo giudicante; distinzioni che, del resto, si porrebbero in insanabile contrasto con lo stesso criterio ermeneutico di cui all'art. 808-*quater* c.p.c., a mente del quale «nel dubbio, la convenzione d'arbitrato si interpreta nel senso che la competenza arbitrale *si estende a tutte le controversie* che derivano dal contratto o dal rapporto cui la convenzione si riferisce».

<sup>28</sup> Secondo la formula già richiamata di REDENTI, *Diritto processuale civile*<sup>2</sup>, cit., III, 446.

<sup>29</sup> CONSOLO-GODIO, *Trattato orientamenti*, cit., 2218.

<sup>30</sup> CECHELLA, in *L'arbitrato*, cit., 36.

<sup>31</sup> Per tali affermazioni v. ad es. Corte cost. 30 gennaio 2018, n. 13.

<sup>32</sup> Come è noto, in merito alla competenza a disporre la sospensione «cautelare» dell'efficacia di delibere assembleari la cui impugnazione sia devoluta in arbitrato ai sensi dell'art. 34, d.lgs. 5/2003, si ritiene comunemente che all'autorità giudiziaria spetti una potestà sospensiva «residuale», esercitabile fin quando l'organo arbitrale non sia venuto ad esistenza e non sia concretamente in grado di operare: essendosi in tal modo inteso colmare il divario esistente tra la posizione dell'impugnante in sede arbitrale, sulla cui richiesta di sospensiva non vi sarebbe altrimenti alcun giudice competente a provvedere fino al momento in cui l'ufficio non sia costituito, e la posizione di colui che promuova analogo impugnativa innanzi all'a.g.o., il quale potrebbe invece contare – prima della designazione del giudice istruttore e «in caso di eccezionale e motivata urgenza» (art. 2378, 3° comma, c.c.) – sull'intervento cautelare *inaudita altera parte* del presidente del tribunale. V. per tutti LUISO, *Appunti sull'arbitrato societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 724 s.; BOVE, *L'arbitrato societario tra disciplina speciale e (nuova) disciplina di diritto comune*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 952; RUFFINI, *Il nuovo arbitrato per le controversie societarie*, in *Riv. trim.*, 2004, 529 s.; MOTTO, *Esperienze del nuovo arbitrato societario*, in *Riv. arb.*, 2006, 590 s. In giurisprudenza, da ultimo, Trib. Roma 22 aprile 2018, in *Riv. arb.*, 2019, 99 ss., con nota di TOTA, *Impugnazione in sede arbitrale di deliberazioni assembleari e riparto di potestà cautelare ex art. 35, comma 5, D.Lgs. n. 5/2003*.

<sup>33</sup> Esigenza che è verosimilmente alla base del d.d.l. 755/2018, recante «Modifiche al procedimento monitorio ed esecutivo per la effettiva realizzazione del credito», che prevede l'introduzione – negli artt. da 656-*bis* a 656-*quinqies* c.p.c. – di un procedimento di ingiunzione semplificato, caratterizzato dall'attribuzione all'avvocato del potere di emettere, su richiesta del proprio assistito, «un atto di ingiunzione di pagamento con cui ingiunge all'altra parte di pagare la somma dovuta nel termine di venti giorni, con l'espresso avvertimento che nello stesso termine può essere fatta opposizione [...] e che, in mancanza di opposizione, si procederà a esecuzione forzata». Per un primo commento al disegno di legge v. A.D. DE SANTIS, *Osservazioni de lege ferenda sul procedimento monitorio semplificato*, in *Rass. esec. for.*, 2019, 301 ss.



rapidità ed effettività di tutela) che non soltanto non ha rilievo costituzionale, ma risulta nell'arbitrato in qualche misura ridimensionata, «dacché il controllo dei tempi di durata della procedura saldamente in capo alle parti non giustificerebbe deroghe in nome dell'effettività e della sollecitudine»<sup>34</sup>.

Nessuna violazione delle garanzie di cui agli artt. 3, 24 e 111 Cost. può dunque ravvisarsi nella prospettata preclusione dell'accesso alla tutela monitoria.

4. *Il regime di rilevanza dell'incompetenza del giudice adito in via monitoria: applicabilità dell'art. 819-ter c.p.c.?* – Preso atto dell'impossibilità per l'a.g.o. di emettere decreti ingiuntivi in deroga al mandato decisorio conferito agli arbitri, occorre allora chiedersi da chi (ed entro quale momento) sia rilevabile il difetto di *potestas judicandi* del giudice, adito in via monitoria nonostante la stipulazione di una convenzione d'arbitrato.

Anche a tale quesito la giurisprudenza offre una risposta contraddittoria, giacché, pur ammettendo l'operatività dell'art. 819-ter c.p.c. e, così, la necessità che l'eccezione di compromesso sia sollevata dall'ingiunto con il suo primo atto difensivo (ossia ai sensi dell'art. 645 c.p.c.), essa esclude per lo più che al rilievo dell'«incompetenza» del giudice togato possa seguire la trasmigrazione della causa dinanzi agli arbitri<sup>35</sup>. L'opposizione dell'ingiunto non avrebbe in tal modo altra finalità che quella di provocare la revoca del decreto ingiuntivo e la chiusura in rito del processo, con un risultato del tutto insoddisfacente sul piano dell'effettività della tutela giurisdizionale, oltre che (almeno in apparenza) incompatibile con le recenti affermazioni del Giudice delle Leggi<sup>36</sup> in punto di rapporti tra arbitrato e processo statale.

Ciò premesso, è nondimeno assai dubbio – alla luce dell'affermata incompatibilità tra arbitrato e procedimento per ingiunzione – che il meccanismo di cui all'art. 50 c.p.c. possa essere utilmente invocato nella fattispecie che ci occupa.

Invero, se si nega che gli aderenti a un accordo compromissorio possano beneficiare della tutela monitoria erogata dall'a.g.o., deve poi parimenti e logicamente escludersi che l'opposizione a decreto ingiuntivo con la quale si deduca la violazione di tale limite possa avere un esito diverso dalla mera *absolutio ab instantia*. Quello a cui il creditore rinuncia mediante la stipulazione di una convenzione arbitrale non è, semplicemente, la pronuncia di un decreto di condanna, ma, più in generale, la possibilità di accedere a un procedimento che si articola tanto in una fase sommaria, quanto in una successiva (ed eventuale) fase a cognizione piena ed esauriente; sicché sarebbe contraddittorio ammettere il debitore a opporsi all'illegittima emanazione del decreto ingiuntivo e, al tempo stesso, consentire che il giudizio occasionato da tale opposizione prosegua – dopo l'inevitabile caducazione del provvedimento censurato – fino a una decisione di merito<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> Così AULETTA, in *Diritto dell'arbitrato*<sup>3</sup>, cit., 505. In senso conforme LA CHINA, *L'arbitrato*<sup>4</sup>, cit., 37.

<sup>35</sup> Si rinvia in proposito alle pronunce citate nella nota 10.

<sup>36</sup> Corte cost. 19 luglio 2013, n. 223, cit., che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 819-ter, 2° comma, c.p.c., nella parte in cui esclude l'applicabilità, nei rapporti tra arbitrato e processo, di regole corrispondenti alle previsioni dell'art. 50 c.p.c., ferma la parte restante dello stesso art. 819-ter.

<sup>37</sup> A ben vedere, a una conclusione diversa da quella prospettata nel testo potrebbe pervenirsi unicamente postulando l'assoluta autonomia del giudizio di opposizione rispetto alla fase ingiuntiva in senso stretto e, così, ammettendo che il giudice dell'opposizione possa addentrarsi nell'esame del merito anche quando le condizioni per l'accesso alla tutela speciale difettino totalmente. Tale soluzione risulta tuttavia incompatibile con la disciplina positiva, che costruisce l'opposizione non già quale giudizio cognitivo autonomo, bensì come strumento deputato (anche) al controllo di un provvedimento che non viene rimosso dal semplice esperimento dell'opposizione, ma che è suscettibile di acquisire efficacia esecutiva (o di conservare l'esecutività di cui sia stato *ab origine* munito: cfr. artt. 642 e 648 c.p.c.) in pendenza del giudizio oppositivo, così come di stabilizzarsi tanto in conseguenza della decadenza dall'opposizione o del suo rigetto, quanto all'esito di altre vicende processuali (estinzione, conciliazione, ecc.) aventi l'effetto di precludere la pronuncia di merito [in tal senso CAPPONI, *Revoca del decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo e opposizione all'esecuzione per difetto sopravvenuto di titolo esecutivo* (nota a Cass. 28 maggio 1999, n. 5192), in *Riv. esec. forz.*, 2000, 307; STORTO, *La giurisdizione e la competenza*, in *Il procedimento d'ingiunzione*<sup>1</sup>, a cura di Capponi, Bologna, 2005, 186; MINOTTO, *Sugli effetti della incompetenza del giudice che ha emesso il decreto ingiuntivo* (nota ad App. Milano 11 luglio 1995), in *Riv. dir. proc.*, 1997, 623, nota 17, la quale rileva che «la opposizione, trovandosi di fronte ad un provvedimento giurisdizionale e non risolvendolo *in vim citationis*, può avere solo il valore di impugnazione, volta ad aggredirlo e rimuoverlo»; TOTA, *La (supposta) irrilevanza d'ufficio*, cit., 1217]. Quanto precede, se non vale a configurare il rimedio *ex art. 645 c.p.c.* quale mera «impugnazione» del decreto ingiuntivo, pure è sufficiente a escluderne l'assoluta autonomia dalla precedente fase sommaria, confermando che il procedimento per ingiunzione e il



Potrebbe obiettarsi che è proprio l'art. 819-ter c.p.c. (nella formulazione risultante dalla declaratoria di incostituzionalità del 2013) ad ammettere la possibilità di una prosecuzione del giudizio oppositivo dinanzi agli arbitri dopo l'accoglimento dell'eccezione di compromesso; ma tale rilievo non terrebbe conto delle differenze esistenti tra l'ipotesi al nostro esame e quella – regolata dalla disposizione ora citata – in relazione alla quale la Corte costituzionale ha infine ammesso «l'applicabilità [...] di regole corrispondenti all'art. 50 c.p.c.».

Basti in proposito osservare che, mentre la previsione dell'art. 819-ter c.p.c. postula una situazione nella quale entrambi i giudici (togato e laico) sono astrattamente titolari della *potestas judicandi* rispetto all'azione promossa<sup>38</sup>, sicché il problema consiste unicamente nello stabilire quale dei due debba essere concretamente investito della controversia, nella fattispecie in esame non v'è alcun giudice in grado di pronunciarsi sulla richiesta di tutela della parte, non essendo il potere di ingiunzione esercitabile né dal giudice statale, cui la decisione è preclusa dall'esistenza della convenzione d'arbitrato, né tanto meno dagli arbitri, stante il divieto di cognizione sommaria su di essi gravante.

Solamente nel primo caso, dunque, il vizio dedotto dal convenuto con la comparsa di risposta è correttamente inquadrabile nel «difetto di competenza»<sup>39</sup> del giudice adito, con conseguente possibilità che all'accoglimento dell'eccezione di compromesso faccia séguito la «riassunzione» della causa innanzi al collegio arbitrale e la decisione nel merito. Non così nel secondo caso, nel quale la contestazione sollevata dall'ingiunto ai sensi dell'art. 645 c.p.c. ha carattere ben più radicale, concernendo non già la mera individuazione del giudice competente a provvedere, bensì – a monte – la stessa concedibilità della misura giurisdizionale richiesta, ossia un presupposto processuale generale la cui mancanza non è suscettibile di sanatoria mediante *translatio iudicii*<sup>40</sup>.

Escluso – alla luce di quanto precede – che l'emanazione di un decreto ingiuntivo in presenza di accordo arbitrale costituisca materia di eccezione in senso stretto (e poi di declinatoria di competenza) ai sensi dell'art. 819-ter c.p.c., nulla osta, allora, a che il vizio in esame sia rilevato d'ufficio dallo stesso giudice della fase sommaria (il quale, accertata la mancanza di un presupposto non integrabile *ex art.* 640 c.p.c., non potrà che rigettare il ricorso monitorio con decreto motivato). Mentre, in difetto di tale rilievo officioso, sarà il giudice dell'opposizione – d'ufficio o su «eccezione» dell'ingiunto – a dover revocare il provvedimento di condanna già emesso e dichiarare la chiusura in rito del processo. Ferma ovviamente, nell'uno come nell'altro caso, la riproponibilità senza limiti della domanda nelle forme «ordinarie» di cui agli artt. 806 ss. c.p.c.

Resta soltanto da aggiungere che la correttezza della conclusione attinta risulta indirettamente confermata anche

---

successivo giudizio di opposizione altro non sono che due fasi distinte di un processo unitario, alla cui base vi è un'unica azione di condanna [per tale impostazione v., senza pretesa di completezza, BALBI, *Ingiunzione (procedimento di)*, voce dell'*Enc. giur.*, XVII, Roma, 1997, 3; CALAMANDREI, *Il procedimento monitorio nella legislazione italiana*, Milano, 1926, 37 ss.; GARBAGNATI, *Il procedimento d'ingiunzione*<sup>1</sup>, Milano, 1991, 28 ss.; SCIACCHITANO, *Ingiunzione (dir. proc. civ.)*, voce dell'*Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 508; VIGNERA, *La relazione strutturale tra procedimento monitorio e giudizio di opposizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 720 ss., part. 741-751].

<sup>38</sup> Tanto si desume chiaramente sia dalla previsione per cui «la competenza degli arbitri non è esclusa dalla pendenza della stessa causa davanti al giudice», ove il riferimento alla «stessa» causa presuppone appunto che entrambi i giudici – laico e togato – siano titolari, per lo meno in astratto, del potere decisorio; sia dall'inciso per cui «la mancata proposizione dell'eccezione esclude la competenza arbitrale limitatamente alla controversia decisa in quel giudizio», che dà ancora una volta per scontata la «degittimazione» dell'uno e dell'altro giudicante.

<sup>39</sup> Vizio che, seppur nella lata e «atecnica» accezione (sulla quale si rinvia all'analisi svolta da CAPPONI, *Commento all'art. 819-ter c.p.c.*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, cit., III, 2, 873 ss., e da RUFFINI, *Commento all'art. 819-ter c.p.c.*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di Menchini, Padova, 2010, 364 ss.) che esso assume nei rapporti tra arbitri e giudici togati, si caratterizza per il fatto che il potere decisorio è ripartito tra diversi giudici, fra i quali occorre individuare quello concretamente tenuto alla decisione. Nel senso che la nozione della competenza come «frazione» sia applicabile non soltanto alla giurisdizione, ma, più in generale, a qualunque tipo di potere o potestà, anche non giurisdizionale, sicché l'essenza della competenza va appunto ravvisata nell'esistenza di più persone titolari della medesima potestà e nella conseguente necessità di distribuire il lavoro tra esse, v. SEGRÈ, *Premesse sulla competenza*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da Allorio, I, 1, Torino, 1973, 97.

<sup>40</sup> Salvo, ancora una volta, ammettere che sia possibile scindere le sorti della fase a cognizione piena ed esauriente da quelle della fase sommaria che l'ha preceduta, e, così, ritenere che il giudizio occasionato dall'opposizione (ma con essa ormai non più identificabile, stante la revoca del decreto ingiuntivo opposto) possa proseguire, ancorché in una diversa sede, anche quando il giudice abbia accertato l'inesistenza dei presupposti per l'accesso alla tutela speciale. Si rinvia sul punto a quanto già osservato *retro*, nota 37.





dai *dicta* della Corte costituzionale sull'art. 637 c.p.c.<sup>41</sup>, potendo al riguardo osservarsi che le ragioni sottese alla qui prospettata rilevanza officiosa dell'esistenza di un accordo compromissorio non divergono, nella sostanza, da quelle invocate dal Giudice delle Leggi a sostegno dell'affermata rilevanza *ex officio* dell'incompetenza territoriale «semplice» nel rito monitorio. Nell'uno come nell'altro caso, si tratta a ben vedere di «non imporre all'ingiunto una onerosa costituzione in giudizio [pena, in mancanza, la definitiva soccombenza nel merito] solo per far valere la violazione di norme attinenti all'individuazione del giudice»<sup>42</sup> o altri impedimenti processuali<sup>43</sup>; esigenza, questa, tanto più avvertita e meritevole di tutela allorché – come nel caso di specie – l'iniziativa del destinatario del decreto di condanna sia funzionale alla mera chiusura in rito del processo e, dunque, a un risultato conseguibile ben più agevolmente, e con costi assai inferiori per l'amministrazione della giustizia, mediante l'esercizio dei poteri di rilievo officioso.

5. *Il problema della liceità degli accordi compromissori che ammettono, a talune condizioni, il ricorso alla tutela ingiuntiva.* – Appurato che l'opzione per l'arbitrato preclude normalmente l'accesso alla tutela monitoria, occorre a questo punto chiedersi se le parti possano, mediante un'accorta formulazione della clausola compromissoria, far salva la facoltà di ricorrere al procedimento per ingiunzione, affidando entrambe le fasi in cui esso si articola alla competenza degli arbitri o, in alternativa, a quella del giudice statale, oppure demandando all'autorità giudiziaria l'emanazione del solo decreto ingiuntivo, ferma la necessità di ricorrere all'arbitrato ove si intenda proporre opposizione.

Delle ragioni che rendono impraticabile (o, comunque, scarsamente proficua) un'ipotetica riserva della tutela ingiuntiva agli arbitri già si è detto in apertura del presente lavoro<sup>44</sup>: se scopo del procedimento di cui agli artt. 633 ss. c.p.c. è quello di assicurare al creditore un più rapido accesso all'esecuzione forzata, è assai dubbio che un siffatto obiettivo sia conseguibile mediante l'attribuzione della competenza monitoria agli arbitri.

Da un lato, infatti, le modalità di attivazione del giudizio privato sono tali da precludere, nella generalità dei casi, l'emanazione di provvedimenti *inaudita altera parte*, non potendo escludersi che il debitore, ritualmente evocato in giudizio, ponga in atto iniziative difensive di cui il collegio dovrebbe poi tener conto in vista della decisione.

---

<sup>41</sup> Corte cost. 3 novembre 2005, n. 410, cit., la quale rileva che, se gli «abusi applicativi» occasionati dalla deliberata proposizione della domanda a giudice territorialmente incompetente non paiono qualitativamente differenziabili sulla base del rito (speciale ovvero ordinario) con cui la domanda sia stata proposta, ben potendo il destinatario della medesima – in un caso come nell'altro – optare per la contumacia a fronte dei costi da sopportare per difendersi in una sede disagiata, per altro verso la posizione dell'ingiunto è certamente peggiore rispetto a quella del convenuto con il rito ordinario sotto il diverso profilo degli esiti legislativamente correlati alla contumacia. Nel procedimento speciale, infatti, al mancato esperimento dell'opposizione consegue la stabilizzazione degli effetti del provvedimento monitorio e, dunque, la soccombenza nel merito della parte che abbia rinunciato a difendersi; laddove nel processo ordinario la mancata tempestiva costituzione del convenuto comporta unicamente il radicamento della competenza innanzi al giudice erroneamente adito, nessuna conseguenza pregiudizievole potendo discendere, con riguardo al merito, dalla rinuncia ad esercitare il diritto di difesa. Tale constatazione induce la Corte a distinguere le due situazioni quanto alla disciplina dell'incompetenza, il cui rilievo dovrà nel primo caso (e non nel secondo) essere consentito anche all'ufficio onde evitare che l'ingiunto – il quale intenda sottrarsi con l'opposizione agli effetti dell'irretrattabilità della condanna monitoria – sia costretto a subire la competenza funzionale di un giudice arbitrariamente individuato dall'altra parte.

<sup>42</sup> Così ancora Corte cost. 3 novembre 2005, n. 410, cit.

<sup>43</sup> Nel senso che l'inapplicabilità dell'art. 819-ter c.p.c. al procedimento monitorio trovi conferma nella richiamata decisione della Consulta, v. BERGAMINI, *Clausola compromissoria e tutela monitoria*, cit., 71 s.; VILLATA, *Arbitrato e procedimenti sommari*, cit., 893 s., il quale, nel richiamare la conforme opinione di E.F. RICCI, *I poteri del giudice adito con ricorso per decreto ingiuntivo*, cit., 1477, rileva che il ragionamento della Corte costituzionale «si presta ad essere esteso anche agli altri impedimenti processuali oggetto di eccezione in senso stretto». Per verità, l'assimilazione della fattispecie in esame a quella oggetto della pronuncia della Consulta non è da tutti condivisa, essendosi osservato che, se l'esigenza tutelata dalla sentenza n. 410/2005 è quella di evitare che il ricorrente scelga, per agire in via monitoria, una sede disagiata per l'ingiunto, confidando che costui opti per la contumacia a fronte degli elevati costi processuali da sopportare per difendersi, «non si intravede alcun profilo per ritenere quelle coordinate applicabili anche al caso in cui vi sia un'ipotesi di “incompetenza” derivante da convenzione di arbitrato, salvo ovviamente che il rivolgersi all'autorità giudiziaria ordinaria – anziché all'arbitro – non integri anche una deroga alla competenza territoriale c.d. semplice, tale da compromettere il diritto di difesa dell'ingiunto» (così PERIN, *Il procedimento d'ingiunzione e l'eccezione di clausola arbitrale*, cit., 837). L'osservazione non coglie tuttavia nel segno, non tenendo conto del fatto che, quando si considerino gli effetti che discendono *ex lege* dal mancato esercizio del diritto di difesa, la posizione dell'ingiunto risulta *sempre* (e, dunque, a prescindere dal fatto che la domanda monitoria sia stata proposta dal creditore dinanzi a una sede giudiziaria «disagiata») peggiore rispetto a quella del convenuto nel processo ordinario; il che è all'evidenza sufficiente a giustificare l'assimilazione proposta nel testo.

<sup>44</sup> *Supra*, § 2.



Dall'altro lato, l'inidoneità di un'eventuale «ingiunzione» arbitrale a consumare il potere decisorio dell'organo giudicante impedisce di attribuire veste formale di lodo a tale provvedimento, che non potrebbe dunque aprire la via all'esecuzione forzata se non una volta decorso il termine per opporsi, ovvero in esito al rigetto dell'opposizione<sup>45</sup>. Il tutto con buona pace delle esigenze acceleratorie e anticipatorie che sono alla base della tutela monitoria.

Perplessità non minori suscita, del resto, l'eventualità di un'attribuzione agli arbitri del solo giudizio di opposizione, ferma restando la competenza dell'a.g.o. per l'emanazione del decreto di condanna<sup>46</sup>. Di lato l'evidente incongruenza di un «meccanismo che scinde il procedimento monitorio dalla successiva fase di opposizione»<sup>47</sup> senza tener conto dell'unitarietà e comunanza d'azione delle due fasi, non è chiaro in che modo la decisione arbitrale sull'opposizione possa riverberare i propri effetti sul decreto ingiuntivo opposto, e, prima ancora, a chi spetti l'adozione dei provvedimenti sull'esecuzione provvisoria di cui agli artt. 648 e 649 c.p.c.

Escluso che agli arbitri competa il potere di incidere direttamente sull'efficacia del decreto ingiuntivo, occorrerebbe ipotizzare l'attivazione ai sensi dell'art. 645 c.p.c. di due distinti, ancorché coordinati, giudizi: l'uno, da promuoversi in sede arbitrale, avente ad oggetto il credito dedotto in via monitoria; l'altro (quello propriamente qualificabile come di opposizione a decreto ingiuntivo) di competenza del giudice togato e destinato unicamente alla pronuncia sulle eventuali istanze *ex* artt. 648 e 649 c.p.c., oltre che all'emanazione dei provvedimenti conseguenti all'accertamento dell'esistenza o dell'inesistenza del credito<sup>48</sup>. Salvo ritenere, in alternativa, che le parti, pur tenute a promuovere l'opposizione innanzi agli arbitri, serbino la facoltà di rivolgersi al giudice statale per tutto ciò che attiene all'esecutività del provvedimento monitorio.

Nessuna delle soluzioni ora cennate è peraltro convincente: non la seconda, che appare allo stato sfornita di qualsivoglia appiglio normativo; né tanto meno la prima, che all'anomalia di un duplice giudizio di opposizione pendente in due sedi affianca una vistosa alterazione dei connotati strutturali e funzionali tipici del rimedio *ex* art. 645 c.p.c., trasformato da giudizio (anche) sul credito in mero strumento di controllo dell'efficacia esecutiva del decreto ingiuntivo<sup>49</sup>.

<sup>45</sup> Più precisamente, in caso di mancata opposizione il titolo esecutivo sarebbe costituito dal lodo (munito di *exequatur*) con il quale gli arbitri diano atto dell'intervenuta irretrattabilità del provvedimento monitorio precedentemente emesso; mentre in caso di rigetto, totale o parziale, dell'opposizione l'esecuzione forzata potrebbe essere avviata sulla base del lodo (reso esecutivo) che abbia definito il giudizio *ex* art. 645 c.p.c. (VILLATA, *op. cit.*, 904 s.). V. pure BERGAMINI, *op. cit.*, 77, la quale rileva che, quand'anche si ritenesse di poter attribuire forma di lodo al provvedimento monitorio arbitrale, la sua esecutività «sarebbe slegata dai presupposti previsti dall'art. 642 c.p.c. ed unicamente soggetta a un controllo di regolarità formale *ex* art. 825 c.p.c.»; mentre «l'«amministrazione» dell'efficacia esecutiva dovrebbe avvenire attraverso il reclamo *ex* art. 825 c.p.c. [...] o *ex* art. 830, comma 3, c.p.c., vale a dire attraverso meccanismi del tutto inadeguati, per presupposti e ambito di attivabilità, a surrogare lo strumento dell'art. 649 c.p.c.».

<sup>46</sup> Soluzione (fatta propria dagli Autori citati nella nota 15) alla quale non osta la circostanza che il giudizio di opposizione verrebbe in tal modo sottratto alla competenza inderogabile prevista dall'art. 645 c.p.c., essendosi in proposito osservato che «il problema della «inderogabilità della competenza» o della attribuzione della competenza *ratione materiae* si pone nei rapporti interni tra giudici ordinari, ma non può in alcun modo rilevare come causa di esclusione della compromettibilità delle singole controversie per arbitri» [così PUNZI, *Disegno sistematico*<sup>2</sup>, cit., I, 405 s.; in senso conforme, con specifico riferimento al procedimento per convalida di sfratto, v. M. DI MARZIO, *Arbitrato e procedimento per convalida: una relazione difficile* (nota a Trib. Modena 19 marzo 2007), in *Giur. merito*, 2007, 2823 ss., part. 2828 s.]

<sup>47</sup> VILLATA, *Arbitrato e procedimenti sommari*, cit., 906.

<sup>48</sup> È questa la soluzione prescelta, sul presupposto che nel giudizio di opposizione sia ravvisabile un cumulo di cause (l'una relativa al decreto ingiuntivo opposto; l'altra vertente sul credito dedotto in via monitoria) scindibili e, dunque, decidibili in tempi diversi, da CONSOLO-GODIO, *Tralattizi orientamenti*, cit., 2218 ss., i quali coerentemente ritengono che, adottati gli eventuali provvedimenti *ex* artt. 648 e 649 c.p.c., il giudice togato debba sospendere la causa innanzi a sé pendente in attesa dell'esito del giudizio arbitrale sul credito, onde poter poi assumere i provvedimenti necessari in relazione al decreto ingiuntivo opposto.

<sup>49</sup> Cfr., per analoghe perplessità, BERGAMINI, *Clausola compromissoria e tutela monitoria*, cit., 73, e VILLATA, *Arbitrato e procedimenti sommari*, cit., 906 s. È noto che, proprio al fine di superare i problemi applicativi prospettati nel testo, la commissione ministeriale presieduta dal prof. Romano Vaccarella (costituita con d.m. 28 giugno-4 luglio 2013 al fine di elaborare proposte di interventi in materia di processo civile e mediazione), nel proporre la modifica degli artt. 633 e 645 c.p.c. al fine di consentire l'accesso alla tutela ingiuntiva anche in presenza di una convenzione arbitrale, aveva previsto l'aggiunta nell'art. 645 c.p.c. di tre nuovi commi, a mente dei quali: «III. Ove la competenza spetti all'arbitro, il giudice, *dopo aver pronunciato sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione*, cancella la causa dal ruolo con ordinanza se sulla competenza arbitrale non sorgono contestazioni; altrimenti provvede con sentenza. IV. Il giudizio di opposizione si estingue se nessuna delle parti propone domanda di arbitrato nel termine di tre mesi dalla cancellazione della causa dal ruolo o dal momento in cui diviene definitiva la sentenza che dichiara la competenza dell'arbitro. V. Qualora la causa sia riassunta dinanzi all'arbitro,



Non resta, dunque, che l'ultimo dei tre prospettati modelli di convenzione arbitrale, mediante il quale le parti prevedano che talune tipologie di controversie debbano o, a seconda dei casi, possano essere decise nelle forme di cui agli artt. 633 ss. c.p.c., demandando alla competenza dell'autorità giudiziaria tanto la fase ingiuntiva in senso stretto, quanto quella a cognizione piena ed esauriente.

Alla configurabilità di siffatti accordi compromissori si è opposto che, consentendo alle parti (non soltanto di sottrarre talune liti alla decisione arbitrale, ma anche) di selezionare il rito applicabile alla controversia ove devoluta al giudice statale, essi rientrerebbero a pieno titolo «tra gli accordi processuali atipici, la cui efficacia processuale è, *de jure condito*, dubbia»<sup>50</sup>. Inoltre, stante l'efficacia generalmente riconosciuta al decreto ingiuntivo<sup>51</sup>, non potrebbe scongiurarsi il rischio che la decisione resa dal giudice togato faccia stato, oltre che sul credito azionato in via monitoria, anche sull'esistenza e sulla validità del rapporto giuridico sottostante, che resterebbe dunque attratto nell'orbita della giurisdizione nonostante la diversa volontà espressa dalle parti nell'accordo arbitrale<sup>52</sup>. Accordo della cui validità ed efficacia potrebbe, d'altronde, finanche dubitarsi, per lo meno nei casi in cui esso preveda la semplice *facoltà* – e non l'obbligo – per il creditore di ricorrere al procedimento monitorio, risolvendosi così in un mero patto preliminare di convenzione arbitrale o, se si preferisce, in una clausola compromissoria unilaterale<sup>53</sup>.

Benché meritevoli della massima considerazione, gli argomenti ora richiamati non paiono peraltro insuperabili.

Quanto al primo, non è dubbio – e di ciò si trae conferma *a contrario* dallo stesso disposto dell'art. 808-*quater* c.p.c. – che le parti possano circoscrivere l'ambito oggettivo della clausola compromissoria, devolvendo in arbitrato solamente alcune delle controversie derivanti dal rapporto giuridico al quale la clausola accede. Nessun problema pone dunque, in linea di principio, una convenzione arbitrale con la quale si preveda che la tutela di taluni dei crediti<sup>54</sup> nascenti dal contratto o rapporto sia demandata all'autorità statale anziché agli arbitri, a tal fine richiedendosi unicamente che il dettato negoziale sia chiaro e inequivoco nel riservare alla giurisdizione una parte delle liti che, altrimenti, sarebbe «naturalmente» ricompresa<sup>55</sup> nell'ambito di operatività dell'arbitrato.

Tanto premesso, l'«atipicità» delle clausole compromissorie in esame rispetto alla fattispecie regolata dalla legge va piuttosto ravvisata in ciò, che all'opzione per la via statale di risoluzione di taluni conflitti esse affiancano la scelta di uno specifico modello (quello monitorio) di trattazione della causa. Ma tale peculiarità non rende certamente illeciti simili accordi, ove solo si consideri che l'opzione per un rito sommario in alternativa a quello ordinario non è che una manifestazione del diritto di azione spettante alle parti<sup>56</sup>, alle quali nulla vieta di esercitare

---

spetta a questi la pronuncia dei provvedimenti previsti dall'art. 653» (enfasi aggiunta). La lettera del Presidente della commissione, che invia al Guardasigilli Cancellieri l'elaborato finale, comprensivo di un ampio articolato, è del 3 dicembre 2013. Il testo dell'articolato e della relativa relazione illustrativa si legge in [www.judicium.it](http://www.judicium.it).

<sup>50</sup> Così BERGAMINI, *op. cit.*, 74.

<sup>51</sup> Che, ove non opposto, acquista – secondo la prevalente giurisprudenza (cfr., tra le più recenti, Cass. 28 novembre 2017, n. 28318, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 1390 ss., con nota giustamente critica di LOLLI, *Decreto ingiuntivo non opposto e limiti oggettivi del «giudicato»*) – efficacia di giudicato non soltanto in ordine al credito azionato, ma anche in relazione al titolo posto a fondamento dello stesso, precludendo in tal modo ogni ulteriore esame delle ragioni addotte a giustificazione della relativa domanda in altro giudizio. Per un diverso indirizzo v. tuttavia Cass. 25 novembre 2010, n. 23918, la quale ha affermato che, quando il giudicato si sia formato per effetto di mancata opposizione a decreto ingiuntivo recante condanna al pagamento di un credito con carattere di periodicità, il debitore non può più contestare il proprio obbligo relativamente al periodo indicato nel ricorso monitorio, ma – in mancanza di esplicita motivazione sulle questioni di diritto nel provvedimento monitorio – non gli è inibito contestarlo per le periodicità successive (principio ribadito da Cass. 20 marzo 2014, n. 6543); Cass. 3 luglio 2008, n. 18205, secondo cui al debitore convenuto nel giudizio ordinario non è inibito eccepire la falsità della propria sottoscrizione sui documenti comprovanti il credito azionato, a nulla rilevando che sulla base dei medesimi documenti sia stato precedentemente emesso un decreto ingiuntivo divenuto irrevocabile.

<sup>52</sup> V. ancora BERGAMINI, *op. cit.*, 74 s.

<sup>53</sup> *Ibidem*.

<sup>54</sup> Crediti che potranno essere individuati secondo i criteri più disparati: ad es. quello del valore della controversia o del tipo di prestazione di cui si chiede l'esecuzione (BERGAMINI, *op. loc. ult. cit.*), oppure quello temporale (VILLATA, *Arbitrato e procedimenti sommari*, cit., 909, nota 58).

<sup>55</sup> Alla luce del già richiamato criterio ermeneutico di cui all'art. 808-*quater* c.p.c., in forza del quale «*in dubio... pro arbitrato*». Sui problemi che possono sorgere in sede di interpretazione di una convenzione d'arbitrato e sulle possibili soluzioni si rinvia all'analisi svolta da ZUCCONI GALLI FONSECA, *Commento all'art. 808-*quater* c.p.c.*, in *Arbitrato*<sup>3</sup>, cit., 225 ss.

<sup>56</sup> T.M. PEZZANI, *Il regime convenzionale delle prove*, Milano, 2009, part. 70 ss., alla cui opinione aderisce VILLATA, *op. cit.*, 909.



detta scelta in via preventiva, in sede di stipulazione di una convenzione d'arbitrato, ove ciò esse reputino opportuno ai fini di una più efficace tutela delle proprie situazioni soggettive<sup>57</sup>.

Non meno ingiustificati appaiono, per altro verso, i dubbi circa la configurabilità di patti compromissori mediante i quali le parti manifestino la propria disponibilità a derogare alla «competenza» arbitrale in favore di una risoluzione giurisdizionale della lite nelle forme di cui agli artt. 633 ss. c.p.c., demandando al creditore la determinazione finale sul punto<sup>58</sup>. E invero, la sola peculiarità di tale secondo modello rispetto a quello appena esaminato si rinviene nel fatto che la scelta in ordine al giudice da adire (e al rito applicabile) è rimessa ad uno soltanto dei compromittenti<sup>59</sup> e rinviata al momento in cui la controversia sia effettivamente insorta. Il che non pone peraltro particolari problemi, per lo meno allorché la clausola sia «chiara nel consentire all'attore di percorrere la via arbitrale senza necessità di un ulteriore accordo con il convenuto, e nel collegare l'impegno della parte alla scelta del meccanismo di soluzione delle liti a fattori oggettivi»<sup>60</sup>, oltre che formulata in modo tale da prevenire possibili abusi ad opera del titolare della facoltà di scelta in danno dell'altra parte<sup>61</sup>.

Come anticipato, altro è semmai il vero rischio collegato alla stipulazione di siffatti accordi: e cioè che, vuoi in forza dell'efficacia generalmente riconosciuta al decreto ingiuntivo non opposto<sup>62</sup>, vuoi in conseguenza dell'eventuale attivazione del giudizio *ex art.* 645 c.p.c. da parte dell'ingiunto, la decisione del giudice togato finisca

<sup>57</sup> Nel senso della configurabilità di accordi processuali atipici, sul presupposto che il diritto processuale civile non esaurisca il complesso delle norme giuridiche mediante le quali l'ordinamento garantisce la tutela dei diritti, ben potendo quest'ultima essere assicurata anche tramite atti di autonomia privata, v. in particolare CAPONI, *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*, in Quaderni della Riv. trim., n. 11, 2008, 99 ss., spec. 107 ss.; T.M. PEZZANI, *op. cit., passim*; CHIZZINI, *Konventionalprozess e poteri delle parti*, in Riv. dir. proc., 2015, 45 ss.; CABRAL, *Accordi processuali nel diritto brasiliano*, *ivi*, 2016, 773 ss. *Contra*, nel senso che accordi a contenuto processuale siano consentiti soltanto nei casi e nei modi previsti dalla legge, v. tuttavia GIUSSANI, *Autonomia privata e presupposti processuali: note per un inventario*, in Riv. trim., 2010, 235 ss., spec. 239 s.

<sup>58</sup> Il modello di accordo individuato nel testo – talora qualificato come «opzione di arbitrato» o anche clausola compromissoria unilaterale – si caratterizza per il fatto che solamente una delle parti si vincola all'arbitrato, mentre l'altra resta libera di adire, una volta insorta la controversia e qualora lo ritenga opportuno, l'autorità giudiziaria ordinaria. Senza poter approfondire in questa sede l'esame dell'istituto (sul quale v. per tutti, e anche per ulteriori riferimenti, FESTI, *La clausola compromissoria*, Milano, 2001, 20 ss.; FRIGNANI, *Libertà delle parti e clausole patologiche nell'arbitrato internazionale*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, I, Milano, 2008, 957 ss.; VERDE, in *Diritto dell'arbitrato*<sup>3</sup>, cit., 107 s.; NARDULLI-GIAMPIERI, *L'«opzione di arbitrato» nell'esperienza statunitense ed italiana*, in Riv. arb., 1994, 193 ss., part. 393 ss.), basti ricordare che, mentre la giurisprudenza (a partire dalle risalenti Cass. 19 ottobre 1960, n. 2837, in *Giust. civ.*, 1960, I, 1897, e Cass. 22 ottobre 1970, n. 2096, in *Giust. civ.*, Mass. 1970, 1103) tende per lo più a ritenere validi ed efficaci siffatti accordi, sul presupposto che la natura processuale della clausola compromissoria non sia di ostacolo all'applicazione della disciplina *ex art.* 1331 c.c. in tema di opzione, e neppure impedisca alle parti di disporre dei propri diritti «processuali» analogamente a quanto avviene per i patti finalizzati a determinare in via preventiva il foro territorialmente competente, la dottrina è – di contro – prevalentemente restia ad ammetterne la configurabilità. In particolare, si è sostenuto che: a) l'art. 1331 c.c. si applica unicamente agli accordi di tipo contrattuale, e non anche agli accordi a contenuto processuale qual è la clausola compromissoria; b) l'accordo in esame integrerebbe una condizione meramente potestativa, come tale nulla *ex art.* 1355 c.c., essendo la via arbitrale subordinata alla mera volontà della parte che si è riservata la scelta; c) la parte che ha concesso l'opzione verrebbe a trovarsi in una situazione di assoluta incertezza, restando soggetta *sine die* alle decisioni che assumerà l'opzionario. Come già da altri chiarito (per tutti VERDE, *op. loc. ult. cit.*), peraltro, nessuno degli argomenti sopra richiamati appare decisivo, potendo in proposito anzitutto osservarsi che la convenzione arbitrale è un contratto (il cui oggetto non ha consistenza meramente processuale: per tutti IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 89 ss., part. 96 ss.) cui si applicano le norme sui contratti, sicché nulla osta all'applicazione dell'art. 1331 c.c. anche *in subiecta materia*. L'operatività della disciplina in tema di opzione, poi, «consente di ritenere ammissibili obblighi per una sola parte, che versa in uno stato di soggezione, non potendo opporsi alla scelta effettuata dall'opzionario» (VERDE, *op. loc. ult. cit.*). Mentre la situazione di incertezza che viene in tal modo a determinarsi non è priva di rimedi, sia perché l'opzionario deve esercitare il diritto attribuitogli «nei limiti ed alle condizioni previsti nell'accordo», oltre che «nel rispetto del principio dell'esecuzione del contratto secondo buona fede (art. 1375 c.c.)» (NARDULLI-GIAMPIERI, *op. cit.*, 399); sia perché lo stesso art. 1331, 2° comma, c.c. dà al concedente la possibilità di ricorrere al giudice per ottenere che sia fissato un termine entro il quale la controparte dovrà esercitare l'opzione.

<sup>59</sup> Ma nulla esclude che la facoltà di scelta sia attribuita ad ambedue le parti, per lo meno nei casi in cui entrambe possano assumere tanto la posizione di creditore, quanto quella di debitore.

<sup>60</sup> Così BERGAMINI, *Clausola compromissoria e tutela monitoria*, cit., 76, che ritiene in tal modo superabili le obiezioni circa il carattere non immediatamente vincolante della clausola compromissoria in esame e la sua nullità ai sensi dell'art. 1355 c.c.

<sup>61</sup> Prevedendo ad esempio che, sorta la controversia, l'opzionario debba effettuare la scelta tra l'arbitrato e il procedimento per ingiunzione, su richiesta del concedente, entro un breve termine fissato a pena di decadenza dall'opzione.

<sup>62</sup> Ma si veda, contro l'opinione prevalente, la giurisprudenza richiamata a nota 51.



per «coprire» anche questioni (*in primis* quella relativa all'esistenza e alla validità del rapporto dal quale scaturisce il credito azionato in via monitoria) che le parti avevano inteso devolvere in arbitrato. Così come non può scongiurarsi – stante l'impossibilità di realizzazione del *simultaneus processus* – l'eventualità che sorgano problemi di coordinamento tra giudizi ogni volta che gli arbitri siano chiamati a pronunciare su domande connesse con quelle oggetto di decisione in sede giurisdizionale<sup>63</sup>.

Di tali possibili inconvenienti – che, se pure non infirmano la validità dell'accordo arbitrale, certo ne riducono di molto la concreta operatività – è bene tener conto nel momento in cui si sottoscrivono clausole compromissorie dal contenuto più o meno difforme da quello *standard*.

Così come occorre essere consapevoli che, a dispetto dell'affermata fungibilità piena tra arbitrato e processo<sup>64</sup>, non sempre l'opzione per il giudizio privato si rivela più vantaggiosa per le parti, né ogni controversia si presta a essere efficacemente risolta nelle forme di cui agli artt. 806 ss. c.p.c.: e ciò tanto più quando alle esigenze di celerità e semplificazione della procedura si affianchino altri interessi – come quello al più rapido conseguimento di un titolo esecutivo in caso di inerzia del debitore – che meglio potrebbero essere soddisfatti mediante ricorso alla tutela giurisdizionale sommaria.

---

<sup>63</sup> Il problema è segnalato da VILLATA, *Arbitrato e procedimenti sommari*, cit., 910 s. V. anche BERGAMINI, *op. cit.*, 74, nota 45, la quale rileva che, in tutti i casi in cui l'accesso alla giurisdizione risulti ancorato al valore della controversia (*i.e.*, all'ammontare del credito dedotto in giudizio), «il rischio evidente è quello del “frazionamento” del credito da parte dell'attore che voglia sottrarsi all'arbitrato».

<sup>64</sup> Su cui v., da ultimo, RUFFINI, *L'arbitrato come equivalente della giurisdizione statale: linee evolutive*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 1 ss.