

Rapporti tra arbitri e autorità giudiziaria: arriva la piena *translatio*

CORTE COSTITUZIONALE, sentenza 19 luglio 2013, n. 223 - Pres. Gallo - Rel. Mazzella

È costituzionalmente illegittimo l'art. 819-ter, comma 2, c.p.c., nella parte in cui esclude l'applicabilità, ai 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.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Si v. Cass. 6 dicembre 2012, n. 22002

....*Omissis*....

Considerato in diritto

1. - Il Tribunale ordinario di Catania e l'arbitro di Bologna dubitano, in riferimento agli artt. 3, 24 e 111 Cost., della legittimità costituzionale dell'art. 819-ter, comma 2, c.p.c., nella parte in cui prevede che nei rapporti tra arbitrato e processo non si applicano regole corrispondenti all'art. 50 dello stesso codice.

Ad avviso di entrambi i rimettenti, la norma censurata contrasterebbe con i menzionati parametri costituzionali perché, irragionevolmente e in disarmonia con la vigente disciplina del codice di rito relativa ai rapporti tra i giudici ordinari e tra questi e quelli speciali, violando il diritto di difesa e i principi del giusto processo, determina, in caso di pronuncia del giudice ordinario di diniego della propria competenza a favore di quella dell'arbitro, l'impossibilità di far salvi gli effetti sostanziali e processuali dell'originaria domanda proposta dall'attore davanti al giudice ordinario.

2. - In ragione dell'identità delle questioni sollevate, i giudizi debbono essere riuniti per essere definiti con unica decisione.

3. - Successivamente alla pronuncia dell'ordinanza di remissione, la giurisprudenza di legittimità si è espressa, con una isolata pronuncia, nel senso che l'art. 819-ter, comma 2, c.p.c., laddove afferma che «nei rapporti tra arbitrato e processo» non si applica l'art. 50 c.p.c., riguarderebbe solo il caso in cui siano gli arbitri ad escludere la loro competenza ed a riconoscere quella del giudice ordinario; allorché, invece (come nel caso dei giudizi *a quibus*), sia il giudice togato a dichiarare la propria incompetenza a beneficio di quella degli arbitri, sarebbe possibile la riassunzione dinanzi agli arbitri nel termine fissato o, in mancanza, in quello previsto dall'art. 50, con salvezza degli effetti sostanziali della domanda (ordinanza n. 22002 del 2012).

Una simile interpretazione della norma censurata - che non costituisce diritto vivente - si basa, però, su argomentazioni fragili, fondandosi esclusivamente sulla constatazione che il comma 2 dell'art. 819-ter menziona i rapporti «fra arbitrato e processo» e non anche quelli «fra processo e arbitrato». È evidente la debolezza dell'argomento: l'espressione utilizzata dalla norma è tale da comprendere, in generale, qualsiasi tipo di rapporto che può

intercorrere, rispetto ad una stessa causa, tra arbitri e giudici. Del resto, i giudici di legittimità non hanno chiarito quale sarebbe la *ratio* della diversità di trattamento che discende dall'interpretazione della norma da essi fatta propria e, cioè, per quale motivo la causa potrebbe proseguire davanti all'arbitro se è il giudice a dichiarare la propria incompetenza e invece dovrebbe essere riproposta *ex novo* davanti al giudice ove fosse l'arbitro a dichiararsi incompetente.

L'interpretazione fornita dalla Corte di cassazione è smentita, poi, da inequivoci elementi letterali. Primo fra tutti, la rubrica della norma, intitolata, anch'essa, ai «Rapporti tra arbitri e autorità giudiziaria»; volendo seguire il ragionamento della citata ordinanza n. 22002 del 2012, da una simile indicazione si dovrebbe dedurre che l'intero art. 819-ter sia dedicato al caso in cui è l'arbitro a dichiarare la propria incompetenza. Al contrario, dal primo comma dell'articolo emerge chiaramente che esso tratta di aspetti relativi in generale ai rapporti tra i due soggetti e, anzi, dedica due specifiche disposizioni (il secondo ed il terzo periodo) al caso in cui è il giudice a dichiararsi incompetente. Ne deriva che il successivo secondo comma, nell'escludere l'applicabilità di una serie di norme del codice di rito in tema di competenza, ha sicuramente riguardo anche alle ipotesi in cui, appunto, la causa sia stata originariamente proposta davanti al giudice che si sia poi dichiarato incompetente. E ciò senza considerare che l'eccezione di incompetenza dell'arbitro è disciplinata specificamente dall'art. 817 c.p.c., onde, se davvero la norma espressa dal comma 2 dell'art. 819-ter avesse ad oggetto esclusivamente il caso in cui l'arbitro si dichiarasse incompetente, sarebbe stato più logico il suo inserimento nel citato art. 817.

Si deve dunque concludere nel senso che l'art. 819-ter, comma 2, c.p.c., inibisce l'applicazione di regole corrispondenti a quelle enunciate dall'art. 50 c.p.c., tanto nel caso in cui sia l'arbitro a dichiararsi incompetente a favore del giudice statale, quanto nell'ipotesi inversa.

4. - Nel merito, la questione sollevata dall'arbitro di Bologna è ammissibile e fondata.

Come già riconosciuto da questa Corte (sentenza n. 77 del 2007) gli artt. 24 e 111 Cost. attribuiscono all'intero sistema giurisdizionale la funzione di assicurare la tutela, attraverso il giudizio, dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi ed impongono che la disciplina dei rapporti

tra giudici appartenenti ad ordini diversi si ispiri al principio secondo cui l'individuazione del giudice munito di giurisdizione non deve sacrificare il diritto delle parti ad ottenere una risposta, affermativa o negativa, in ordine al bene della vita oggetto della loro contesa. Da tale constatazione discende, tra l'altro, la conseguenza della necessità della conservazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda nel caso in cui la parte erri nell'individuazione del giudice munito della giurisdizione.

Tali principi si impongono anche nei rapporti tra arbitri e giudici, perché la possibilità che le parti affidino la risoluzione delle loro controversie a privati invece che a giudici è la conseguenza di specifiche previsioni dell'ordinamento.

Questa Corte, al fine di verificare la sussistenza della legittimazione degli arbitri a sollevare questioni di legittimità costituzionale, ha riconosciuto che «l'arbitrato costituisce un procedimento previsto e disciplinato dal codice di procedura civile per l'applicazione obiettiva del diritto nel caso concreto, ai fini della risoluzione di una controversia, con le garanzie di contraddittorio e di imparzialità tipiche della giurisdizione civile ordinaria. Sotto l'aspetto considerato, il giudizio arbitrale non si differenzia da quello che si svolge davanti agli organi statali della giurisdizione, anche per quanto riguarda la ricerca e l'interpretazione delle norme applicabili alla fattispecie» e ha affermato che il giudizio degli arbitri «è potenzialmente fungibile con quello degli organi della giurisdizione» (sentenza n. 376 del 2001).

Sul piano della disciplina positiva dell'arbitrato, poi, è indubbio che, con la riforma attuata con il decreto legislativo 2 febbraio 2006, n. 40 (Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica e di arbitrato, a norma dell'articolo 1, comma 2, della legge 14 maggio 2005, n. 80), il legislatore ha introdotto una serie di norme che confermano l'attribuzione alla giustizia arbitrale di una funzione sostitutiva della giustizia pubblica. Anche se l'arbitrato rituale resta un fenomeno che comporta una rinuncia alla giurisdizione pubblica, esso mutua da quest'ultima alcuni meccanismi al fine di pervenire ad un risultato di efficacia sostanzialmente analoga a quella del *dictum* del giudice statale.

Rilevano, al riguardo: l'art. 816-*quinquies* (sull'ammissibilità dell'intervento volontario di terzi nel giudizio arbitrale e sull'applicabilità allo stesso dell'art. 111 c.p.c. in tema di successione a titolo particolare nel diritto controverso), l'art. 819-*bis* (nella parte in cui presuppone la possibilità per gli arbitri di sollevare questioni di legittimità costituzionale), l'art. 824-*bis* (che ricollega al lodo, fin dalla sua sottoscrizione, gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria).

Anche dall'esame della disciplina sostanziale emerge che, sotto molti aspetti, l'ordinamento attribuisce alla promozione del giudizio arbitrale conseguenze analoghe a quelle dell'instaurazione della causa davanti al giudice. Infatti, il codice civile, sia in materia di prescrizione (artt. 2943 e 2945), sia in materia di trascrizione (artt. 2652, 2653, 2690, 2691), equipara espressamente alla do-

manda giudiziale l'atto con il quale la parte promuove il procedimento arbitrale.

Pertanto, nell'ambito di un ordinamento che riconosce espressamente che le parti possano tutelare i propri diritti anche ricorrendo agli arbitri la cui decisione (ove assunta nel rispetto delle norme del codice di procedura civile) ha l'efficacia propria delle sentenze dei giudici, l'effettivo compimento dall'attore nell'individuare come competente il giudice piuttosto che l'arbitro non deve pregiudicare la sua possibilità di ottenere, dall'organo effettivamente competente, una decisione sul merito della lite.

Se, quindi, il legislatore, nell'esercizio della propria discrezionalità in materia, struttura l'ordinamento processuale in maniera tale da configurare l'arbitrato come una modalità di risoluzione delle controversie alternativa a quella giudiziale, è necessario che l'ordinamento giuridico preveda anche misure idonee ad evitare che tale scelta abbia ricadute negative per i diritti oggetto delle controversie stesse.

Una di queste misure è sicuramente quella diretta a conservare gli effetti sostanziali e processuali prodotti dalla domanda proposta davanti al giudice o all'arbitro incompetenti, la cui necessità ai sensi dell'art. 24 Cost. sembra porsi alla stessa maniera, tanto se la parte abbia errato nello scegliere tra giudice ordinario e giudice speciale, quanto se essa abbia sbagliato nello scegliere tra giudice e arbitro. Ed invece la norma censurata, non consentendo l'applicabilità dell'art. 50 c.p.c., impedisce che la causa possa proseguire davanti all'arbitro o al giudice competenti e, conseguentemente, preclude la conservazione degli effetti processuali e sostanziali della domanda.

Deve essere dichiarata, pertanto, l'illegittimità costituzionale dell'art. 819-*ter*, secondo comma 2, c.p.c., nella parte in cui esclude l'applicabilità, ai 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*.

...*Omissis*...

Il rapporto arbitri-giudici ricondotto, e giustamente, a questione di competenza con piena *translatio* fra giurisdizione pubblica e privata e viceversa

di Claudio Consolo

La Consulta accoglie in pieno due ordinanze di rimessione e incide sul comma secondo dell'art. 819-ter c.p.c., frutto della Novella del 2006, e radica l'art. 50 c.p.c. e la classica *translatio iudicii* nei rapporti di "competenza" fra arbitri e giurisdizioni statali sì che una unica domanda, ed un solo rapporto processuale, possano condurre al giudicato sostanziale, senza problemi di prescrizione o decadenza sostanziale, pur quando sia dubbia la validità dell'accordo arbitrale o la arbitrabilità della lite, come accade in varie occasioni ed esemplarmente nel settore della impugnazione delle delibere societarie. La nota affronta la natura innovativa di questa sentenza, i suoi effetti ed i progressi rispetto alla normativa di sette anni fa e alla sua lettura ad opera della Cassazione.

1. - Con questa limpida e concisa, nella parte motivata, decisione di accoglimento, la Consulta sceglie la via più dritta e sicura per garantire la pienezza del diritto di azione, e più comprensivamente un tassello primario del "giusto" processo nel suo complesso, anche nei tormentati rapporti fra arbitri, intesi come giudici di designazione e natura privata, e giudici statali (civili o amministrativi), gli uni e gli altri esercenti il servizio giurisdizionale.

2. - A prescindere da quella formulazione un po' inaccorta del comma 2 dell'art. 819-ter («nei rapporti tra arbitrato e processo non si applicano regole corrispondenti agli articoli 44, 45, 48, 50 e 295», là dove non aggiunge, prima del "non", ma forse pleonasticamente nel suo datato costrutto logico, "e viceversa"), avanti al quale si era bloccata una recente pronuncia di Cassazione (la n. 22002/2012, della sez VI, molto criticata nel suo "letteralismo sintattico": v. Fornaciari, in *Judicium*, con corredo di qualche bibliografia), il problema è risolto. E lo è giordianamente recidendo ogni retaggio con antiche dottrine e con condizionamenti anche psicologici, in forza degli artt. 24 e 111 Cost.: le due ordinanze di rimessione vengono giustamente così accolte: sia quella di un arbitro (rituale) bolognese sia quella del Tribunale catanese (in *Riv. dir. proc.*, 2012, 467 ss. con commento di Boccagna, il quale già si mostrava persuaso della fondatezza della questione, pur se l'ordinanza di rimessione si sarebbe forse potuta rivelare inammissibile sotto diversi profili: inammissibilità non colta - meglio: non valorizzata - dalla Consulta, che non si è così sottratta al compito demandato).

Entrambi i giudicanti (laico e togato) si erano infatti trovati di fronte a clausole arbitrali statutarie in presenza di liti di dubbia arbitrabilità (come non di rado accade specie in materia societaria oppure, ad esempio, di conseguenze civili dei reati); altre volte

la questione è piuttosto quella della civilistica validità dell'accordo arbitrale; ma pur sempre con la conseguenza, finora sperimentata, che, in questo ed altri classici casi, l'errore dell'attore spesso è opinabile eppure, se ravvisato, imponeva il rigetto in rito della azione, specie poi di quelle di impugnativa di una delibera societaria soggette a termini stringenti di decadenza (evenienza in cui le questioni di arbitrabilità sono appunto ardue e frequenti: v. per una recente analisi, peraltro con liberali conclusioni, Consolo-Marinucci, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 217 ss., ivi ampia bibliografia). Ed il rigetto in rito, ormai per larga convinzione, al pari della estinzione del giudizio, conduce al mancato impedimento della decadenza che solo una azione tempestiva (e alla fine fruttuosa) può generare. Con compromissione irreversibile, in tali casi, del diritto o del potere della parte attrice.

Gravi, ma meno letali (e per una duplice ragione), le conseguenze allorché l'effetto di diritto sostanziale coinvolto sia l'interruzione della prescrizione (l'effetto interruttivo rimane in vita fino alla definitività della declinatoria in rito - secondo la Cassazione e la più convincente dottrina, nei cui riguardi spezza ora una lancia Luiso - e comunque può essere conseguito anche stragiudizialmente allorché si tratti di un diritto di credito anziché reale parziario: in arg. v. le ns. *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, Torino, 2012, 121 ss.); oppure allorché vengano in esame altri fra i plurimi effetti sostanziali della domanda giudiziale, secondo le illuminanti classificazioni offerte dalla dottrina in questi trenta anni, a muovere da quelle di Cerino Canova.

3. - Poiché la violazione costituzionale dipende dalla mutua irrilevanza delle azioni e così dalla non "conservazione", a fronte della declinatoria (togata o arbitrale), degli effetti della domanda, a noi par chiaro che sia il problema che doveva affrontarsi sia

la odierna innovativa soluzione attengono di necessità al solo campo dell'arbitrato *rituale*. Di quell'arbitrato, dunque, che ad ogni effetto costituisce (oggettivamente) un pieno e doverosamente affidabile "equipollente giurisdizionale" (come confermato, nel 2006, dall'art. 824-bis c.p.c. e da varie altre disposizioni consentanee, con alcune deroghe, fra cui quella oggi infine rimossa).

Rimane allora a parte il campo dell'arbitrato libero, la cui introduzione neppure è frutto di esercizio del potere di agire in giudizio in senso tecnico, e cui si accede con un atto che non appartiene al *genus* domanda giudiziale (almeno se a tale tipologia di arbitrato, dal 2006 solo semi-normata ed *olim* pretoria, si voglia dare una propria autonoma e proficua e così non snaturante configurazione, essa sì tutta e solo privatistica).

4. - Per altro verso, assai ampio risulta l'effetto normativo innovatore di questa benvenuta decisione di parziale incostituzionalità della detta disposizione codicistica, frutto della (timida) riforma del 2006 - antitetica sì, ma non frontalmente, rispetto alla famosa dottrina negozialistica abbracciata dalla Casazione dal 2000 in avanti anche per l'arbitrato *rituale* - . Ed infatti la caduta della esclusione di applicabilità dell'art. 50 c.p.c. (alla lettera di norme corrispondenti ad esso, come attentamente recita il comma 2 dello art. 819-ter), nei rapporti bilaterali arbitri-giudici statali, comporterà l'operare di una identica disciplina rispetto a quella della riassunzione dopo la declinatoria di competenza, appunto ex art. 50, e dunque della vera *translatio iudicii*. In sintesi, così, della sopravvivenza ed evoluzione, al di là del crinale pubblico/privato, di un unico rapporto giuridico processuale, sia pure per così dire "transfrontaliero", denotando così la crescente marginalità della contrapposizione pubblico/privato nel campo giurisdizionale.

Per questa ragione la decisione ha carattere storico, forse più ancora di quella del 2001 (n. 376 su cui Fornaciari, in questa *Rivista*, 2002, 8, 1009) sulla legittimazione degli arbitri rituali a sollevare questioni di costituzionalità (che invertì, a differenza della n. 500 del 2000 delle Sezioni unite, un ciclo lungo e compromissorio e contribuisce a dare oggi questo frutto).

5. - Poiché diffusa è la paura, o il disagio tradizionale, nel trarre constatazioni di questo genere quanto al ruolo dell'arbitrato totale equipollente giurisdizionale (del resto suggerite indirettamente, da lustri, e cioè dal 1995, dalla nuova disciplina della litispendenza internazionale e del riconoscimento di decisioni straniere, per tacere dei prepotenti svilup-

pi del diritto europeo), non è da escludere di rivedere all'opera nei prossimi mesi una equivoca tentazione degli interpreti, affiorata già nel famigeratamente scombinato intreccio di commi dell'art. 59 L. n. 69/2009, e nel gelosamente autonomista art. 11 codice del processo amministrativo e così anche in sede legislativa (tale norma è quella più recente e scritta di proposito in un modo che sembra proprio non ammettere la *translatio*, a favore invece della riproposizione della domanda con mera retrodatazione dei suoi effetti, quasi la *translatio* vera e schietta fosse la avanguardia della omologazione ordinamentale o della giurisdizione unica ... preoccupazione che la sentenza in rassegna vieppiù smentisce). Il tentativo che è a prevedersi sarà, cioè, quello pur qui di escludere la possibile operatività della *translatio* vera e propria (alla quale consegue la sopravvivenza non solo della medesima azione: si v. così e fin qui il denso saggio di Glendi, *Oggetto del processo e "translatio iurisdictionis"*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2013, 69 e ss.; ma anche dell'unitario dipanarsi di un rapporto processuale a doppia campagna: al riguardo, si vis ex multis il ns. *Translatio, regolamento, ragionevole durata e disciplina (anch'essa ragionevole) delle "liti" sulla giurisdizione*, in questa *Rivista*, 2011, 3, 351 ss.).

E di limitarsi, allora, in chiave minimalistica, a ravvisare la previsione di effetti solo convenientemente retroattivi della nuova proposizione, nella sede corretta (arbitrale o statale, della domanda giudiziale con un nuovo rapporto processuale (come proprio la Consulta aveva fatto, in dissociazione dalle sezioni unite, in relazione al passaggio da una giurisdizione statale all'altra: sent. n. 77/2007).

Tentativo da cui si discosta chi, con soluzione certo innovativa, ha ravvisato nell'art. 59 L. n. 69/2009 la coesistenza di entrambi i meccanismi richiamati: quello della riassunzione (se interviene prima del passaggio in giudicato della declinatoria di giurisdizione), e quello della riproposizione della domanda con retrodatazione degli effetti (se il giudice *ad quem* viene adito dopo il passaggio in giudicato della declinatoria di giurisdizione, ma prima del decorso del termine di tre mesi): così, Ruffini (in *Giur. it.*, 2013, 214 ss., che riprende ed ulteriormente sviluppa una tesi già esposta da Verde, in *Riv. arb.*, 2009, 129 ss.), con una impostazione che potrà certo orientare, *de iure condendo* future scelte del legislatore, ma che, allo stato, ci pare si rivela via non percorribile (per una serie di ragioni su cui qui non occorre ora dilungarsi, vedile, si vis, nel ns. *La questione di giurisdizione tra rilievo officioso in primo grado e translatio*, in *Aa. Vv.*, *Il Codice del processo amministrativo, dalla giuri-*

la odierna innovativa soluzione attengono di necessità al solo campo dell'arbitrato *rituale*. Di quell'arbitrato, dunque, che ad ogni effetto costituisce (oggettivamente) un pieno e doverosamente affidabile "equipollente giurisdizionale" (come confermato, nel 2006, dall'art. 824-bis c.p.c. e da varie altre disposizioni consentanee, con alcune deroghe, fra cui quella oggi infine rimossa).

Rimane allora a parte il campo dell'arbitrato libero, la cui introduzione neppure è frutto di esercizio del potere di agire in giudizio in senso tecnico, e cui si accede con un atto che non appartiene al *genus* domanda giudiziale (almeno se a tale tipologia di arbitrato, dal 2006 solo semi-normata ed *olim* pretoria, si voglia dare una propria autonoma e proficua e così non snaturante configurazione, essa sì tutta e solo privatistica).

4. - Per altro verso, assai ampio risulta l'effetto normativo innovatore di questa benvenuta decisione di parziale incostituzionalità della detta disposizione codicistica, frutto della (timida) riforma del 2006 - antitetica sì, ma non frontalmente, rispetto alla famosa dottrina negozialistica abbracciata dalla Cassazione dal 2000 in avanti anche per l'arbitrato rituale - . Ed infatti la caduta della esclusione di applicabilità dell'art. 50 c.p.c. (alla lettera di norme corrispondenti ad esso, come attentamente recita il comma 2 dello art. 819-ter), nei rapporti bilaterali arbitri-giudici statali, comporterà l'operare di una identica disciplina rispetto a quella della riassunzione dopo la declinatoria di competenza, appunto ex art. 50; e dunque della vera *translatio iudicij*. In sintesi, così, della sopravvivenza ed evoluzione, al di là del crinale pubblico/privato, di un unico rapporto giuridico processuale, sia pure per così dire "transfrontaliero", denotando così la crescente marginalità della contrapposizione pubblico/privato nel campo giurisdizionale.

Per questa ragione la decisione ha carattere storico, forse più ancora di quella del 2001 (n. 376 su cui Fornaciari, in questa *Rivista*, 2002, 8, 1009) sulla legittimazione degli arbitri rituali a sollevare questioni di costituzionalità (che invertì, a differenza della n. 500 del 2000 delle Sezioni unite, un ciclo lungo e compromissorio e contribuisce a dare oggi questo frutto).

5. - Poiché diffusa è la paura, o il disagio tradizionale, nel trarre constatazioni di questo genere quanto al ruolo dell'arbitrato totale equipollente giurisdizionale (del resto suggerite indirettamente, da lustri, e cioè dal 1995, dalla nuova disciplina della litispendenza internazionale e del riconoscimento di decisioni straniere, per tacere dei prepotenti svilup-

pi del diritto europeo), non è da escludere di rivedere all'opera nei prossimi mesi una equivoca tentazione degli interpreti, affiorata già nel famigeratamente scombinato intreccio di commi dell'art. 59 L. n. 69/2009, e nel gelosamente autonomista art. 11 codice del processo amministrativo e così anche in sede legislativa (tale norma è quella più recente e scritta di proposito in un modo che sembra proprio non ammettere la *translatio*, a favore invece della riproposizione della domanda con mera retrodatazione dei suoi effetti, quasi la *translatio* vera e schietta fosse la avanguardia della omologazione ordinamentale o della giurisdizione unica ... preoccupazione che la sentenza in rassegna vieppiù smentisce). Il tentativo che è a prevedersi sarà, cioè, quello pur qui di escludere la possibile operatività della *translatio* vera e propria (alla quale consegue la sopravvivenza non solo della medesima azione: si v. così e fin qui il denso saggio di Glendi, *Oggetto del processo e "translatio iurisdictionis"*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2013, 69 e ss.; ma anche dell'unitario dipanarsi di un rapporto processuale a doppia campagna: al riguardo, si vis ex multis il ns. *Translatio, regolamento, ragionevole durata e disciplina (anch'essa ragionevole) delle "liti" sulla giurisdizione*, in questa *Rivista*, 2011, 3, 351 ss.).

E di limitarsi, allora, in chiave minimalistica, a ravvisare la previsione di effetti solo convenientemente retroattivi della nuova proposizione, nella sede corretta (arbitrale o statale, della domanda giudiziale con un nuovo rapporto processuale (come proprio la Consulta aveva fatto, in dissociazione dalle sezioni unite, in relazione al passaggio da una giurisdizione statale all'altra: sent. n. 77/2007).

Tentativo da cui si discosta chi, con soluzione certo innovativa, ha ravvisato nell'art. 59 L. n. 69/2009 la coesistenza di entrambi i meccanismi richiamati: quello della riassunzione (se interviene prima del passaggio in giudicato della declinatoria di giurisdizione), e quello della riproposizione della domanda con retrodatazione degli effetti (se il giudice *ad quem* viene adito dopo il passaggio in giudicato della declinatoria di giurisdizione, ma prima del decorso del termine di tre mesi): così, Ruffini (in *Giur. it.*, 2013, 214 ss., che riprende ed ulteriormente sviluppa una tesi già esposta da Verde, in *Riv. arb.*, 2009, 129 ss.), con una impostazione che potrà certo orientare, *de iure condendo* future scelte del legislatore, ma che, allo stato, ci pare si rivela via non percorribile (per una serie di ragioni su cui qui non occorre ora dilungarsi, vedile, si vis, nel ns. *La questione di giurisdizione tra rilievo officioso in primo grado e translatio*, in *Aa. Vv.*, *Il Codice del processo amministrativo, dalla giuri-*

sdizione amministrativa al processo amministrativo, Torino, 2012, spec. 335 e ss.)

6. - Sia come sia, tornando all'arbitrato, l'intervento della Consulta non ci paia ammetta dubbi di sorta, per come è nettamente concepito (ah *la clarté!*). La sentenza che a caldo chiosiamo, infatti, non è né una interpretativa né una manipolativa ma neppure, a ben vedere, una pronuncia di puro annullamento parziale; diremmo piuttosto si atteggi come una decisione additiva. Mi spiego meglio: la sentenza non crea semplicemente un vuoto nella disposizione incisa, sì da togliere la esclusione della applicabilità dell'art. 50 c.p.c. (o testualmente di regole ad esso corrispondenti), senza nulla dire ulteriormente, in positivo o in negativo a tal riguardo; essa invece introduce una norma nella disciplina arbitrale che innesta un rinvio operativo al *modus procedendi* e al senso, appunto semplice, del detto art. 50. Poteva immaginarsi una soluzione diversa? Forse sì, magari proprio del tipo *illo tempore* congegnata per il difetto di giurisdizione dalla Consulta, in *discordia concors* rispetto alle Sezioni Unite; ma non è di questo tipo *nuancée* la soluzione che, piaccia o meno, abbiamo questa volta di fronte, forse perché la Consulta ha avuto presente che soluzioni manipolative più sottili avrebbero avuto bisogno di un seguito legislativo che nel caso dell'art. 59 diede luogo ad un esito improvvidamente cacofonico (l'art. 59 rimane tuttora un mistero da cui sprigionano tesi diversissime).

Alternativa a valle di questa nuova sentenza non c'è, né vi è spazio per argomentare l'operare del meccanismo della riproposizione, in luogo di quello (addebitato dalla Corte, via art. 50) della riassunzione. Dopo l'intervento della Consulta l'art. 819-ter, comma 2, va letto come se espressamente contenesse un richiamo all'operare della *machinery* dell'art. 50 c.p.c. (e non solo come se quella disposizione di tale articolo non facesse più menzione), sicché è sol che evidente qual è il meccanismo prescelto: quello della vera e propria *translatio* disciplinata fin dal 1940 dall'art. 50 c.p.c.

Mentre è chiaro che non inizieranno ad applicarsi tutte le altre disposizioni ivi escluse dalla novella del 2006, sì che non si comporrà per intero il quadro regolamentare della dichiarazione di incompetenza, e prima ancora della relativa eccezione, del resto largamente fuori bersaglio nel più semplice rapporto fra giurisdizione privata e giurisdizioni pubbliche. Seccamente concepito, il dispositivo della Consulta è univoco al riguardo, né muterà lo stato del "diritto vivente" (giusto o sbagliato) sui limiti di (non retroattiva) ri-applicazione del regolamento di competenza. Se gli arbitri, negando la

propria *potestas decidendi*, individuano la giurisdizione togata confacente - civile, amministrativa, etc. - questo indirizzò non vincolerà il potere di riassunzione, che potrà validamente avvenire davanti a qualunque giudice statale (salvo poi l'eventuale operare degli artt. 59 e 11 *retro* citati), e la cui essenza però vien così per coerenza sistematica definendosi vieppiù come vera *translatio* sia della azione sia del rapporto processuale. Certo l'altro plesso giurisdizionale non potrà contraddire la declinatoria ed innestare un rinvio indietro *id est* un conflitto negativo: il diniego della competenza è, come altre volte mostrato, il vincolante motivo portante di un vero e proprio accertamento sul c.d. oggetto processuale del giudizio (caro non solo a chi scrive, ma alle Sezioni Unite, da una celebre sentenza Evangelista in poi), figura non solo teoricamente ineccepibile ma anche ermeneuticamente preziosa sotto vari profili, di cui questo è uno non secondario. Comunque, pur non applicandosi l'art. 44, la esistenza in prosecuzione di un unico processo sembra bastare ad attribuire alla decisione declinatoria, e pur prima del suo divenire definitiva e cosa giudicata, quantomeno sulla esattezza della declinatoria, un'efficacia endoprocessuale vincolante, pur in pendenza di eventuale sua impugnazione e beninteso salvo qui il caso di estinzione del processo.

6. - In questa primissima chiosa, giova dunque non precipitarsi ad affastellare soverchi altri problemi - che pur già si possono prefigurare - specie quanto al *transfert* nella più ardua direzione dal privato al pubblico (mentre meno grave ci pare la problematicità pratica e sistematica del passaggio per così dire non "contromano", cioè dal pubblico al privato). Ad esempio su quale sia il *dies a quo* della riassunzione, specie in caso di impugnazioni del lodo (escluderei la esigenza del passaggio in giudicato, ma allora il giudice *ad quem* dovrebbe poter discrezionalmente sospendere in attesa dell'esito delle impugnazioni arbitrali, nella logica in sostanza dell'art. 337 cpv. c.p.c.); o sull'esigenza di dar corpo ad un qualche fascicolo ufficiale o asseverato degli atti essenziali dell'arbitrato (essendo essenziali almeno le domande che reggeranno il seguito statale del processo); o su autenticazioni con modalità private del lodo declinatorio; oppure sul valore delle prove raccolte dagli arbitri e delle testimonianze anche scritte da loro raccolte; o ancora sulla sorte delle misure cautelari emanate dal giudice giurisdizionalmente "incompetente". Profilo, quest'ultimo, che potrebbe apparire di primo acchito meno critico degli altri elencati (stante la tendenziale carenza in capo agli arbitri di poteri cautelari: art. 818 c.p.c.), ma che potrebbe esso pure dar luogo a

Giurisprudenza

Diritto processuale civile

qualche "complicazione". E ciò, tanto nel passaggio dalla giurisdizione arbitrale a quella statale ordinaria (nel qual caso, se - pendente il procedimento arbitrale - una parte abbia ottenuto l'emanazione di un provvedimento cautelare ad opera del Tribunale, non si potrebbe porre un problema di caducazione della misura cautelare davvero analogo a quello che si pone nell'ipotesi di *translatio iudicii* dalla giurisdizione statale ordinaria alla giurisdizione statale speciale, e che ivi vien faticosamente risolto alla luce delle elaborazioni dottrinali e delle indicazioni fornite dall'art. 11, comma 7 c.p.a.). Più serio lo stesso problema nel passaggio dagli arbitri al togato non ordinario, di solito cioè al Tar. La sopravvivenza della cautela ottenuta in costanza di arbitrato, ove si passi al Tribunale delle imprese, diviene problematica tuttavia nella limitata, ma significativa, ipotesi di sospensione della delibera assembleare da parte del Collegio arbitrale, ex art. 35, comma 5, d.lgs. 5/2003, nel qual caso si porrà il problema di eventuale caducazione della misura e di reiterazione dell'istanza avanti al Tribunale (mentre, ripetesi, analoghi pro-

blemi è da credere non dovranno sollevarsi - e la misura già concessa potrà restare in vita - in tutti i casi in cui la sua concessione, pur pendente arbitrato, sia avvenuta proprio e già da parte dell'A.g.o.).

Quanto poi al tema delle cautele nell'ipotesi inversa, di passaggio da una giurisdizione statale a quella arbitrale, essa appare foriera di minori dubbi interpretativi, essenzialmente pur qui incentrati sull'unico caso in cui anche agli arbitri competono poteri cautelari (quello, appunto, di sospensione della delibera assembleare impugnata), ma solo se validamente investiti della lite.

Indubbiamente si tratta di profili di grande importanza, che la Consulta non poteva risolvere e sui quali doverosamente ci si dovrà, in futuro (non troppo remoto) interrogare più partitamente e con qualche esito non univoco; ma che per ora possono essere messi da parte per limitarsi a dare atto di una così significativa tappa di evoluzione ordinamentale, che ci libera da arretratezze congenite e abbraccia un coraggioso realismo nel porre al centro, più che le funzioni pubbliche sovrane, il servizio giustizia.