

CEDAM

RIVISTA DI
DIRITTO PROCESSUALE

FONDATA NEL 1924 DA
G. CHIOVENDA, F. CARNELUTTI e P. CALAMANDREI

GIÀ DIRETTA DA
E.T. LIEBMAN, G. TARZIA e E.F. RICCI

DIRETTORI

C. PUNZI e B. CAVALLONE

COMITATO DI DIREZIONE

M. ACONE - G. BONGIORNO

V. COLESANTI - L.P. COMOGLIO

C. CONSOLO - G. COSTANTINO

C. FERRI - R.E. KOSTORIS

S. LA CHINA - S. MENCHINI

G. MONTELEONE - R. ORIANI

N. PICARDI - A. SALETTI

B. SASSANI - F. TOMMASEO

N. TROCKER - R. VACCARELLA

Maggio-Giugno
2016

edicolaprofessionale.com/RDP



Wolters Kluwer

TRASFERIMENTO DEL PROCESSO IN SEDE ARBITRALE E RUOLO DELLA VOLONTÀ NELL'ATTO PROCESSUALE

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Il trasferimento in sede arbitrale del processo civile pendente: il peculiare ruolo della volontà delle parti. – 3. Il dibattito sul ruolo della volontà nell'atto processuale: (a) dal negozio processuale all'atto processuale a rilevanza sostanziale. – 3.1 *Segue*: (b) la convenzione di arbitrato e l'istanza di trasferimento in sede arbitrale del processo civile pendente. – 4. Considerazioni conclusive.

1. – Alcuni recenti provvedimenti normativi in tema di giustizia civile e, segnatamente, di «riduzione dell'arretrato» hanno rivelato una certa disattenzione da parte del legislatore verso le implicazioni dogmatiche e la reale efficacia applicativa delle nuove disposizioni introdotte, con conseguenti critiche da parte della dottrina ⁽¹⁾.

Ora, non è questa la sede per esaminare tematiche di così ampio respiro, che un ben maggiore approfondimento richiederebbero; nondimeno, è opportuno – o quanto meno curioso – sottolineare come il modesto impatto applicativo di una norma non impedisca, talvolta, di valorizzarne un qualche rilievo dogmatico o il rapporto con il sistema processuale civile nel suo complesso. In qualche occasione, infatti, il riflesso teorico di una novità legislativa sembra coinvolgere, quasi per caso, categorie e problematiche tradizionali del diritto processuale civile, le quali, malgrado una certa inconsapevolezza da parte del legislatore, acquistano così un rinnovato interesse per l'interprete. Ed anzi, talvolta, una tale casualità – per cui certi problemi ermeneutici si rendono attuali in rapporto a novità legislative – consegue addirittura ad una prassi legislativa (*rectius*: di normazione) superficiale e tecnicamente debole.

Per quanto possa risultare (ed effettivamente sia) piuttosto sorprendente che, in una materia contraddistinta di per sé da un elevato grado di tecnicismo e formalismo, una riflessione dogmatica possa trarre origine dall'imprecisione del dato normativo, è innegabile – io credo – che proprio

⁽¹⁾ Si vedano il d.l. 12 settembre 2014, n. 132 in punto di trasferimento del processo civile in sede arbitrale (art. 1) e di negoziazione assistita da uno o più avvocati (artt. 2 ss.) e il d.l. 21 luglio 2013, n. 69 nella parte in cui ha modificato la disciplina della mediazione (in specie: quella obbligatoria) finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali (art. 84), a seguito del noto intervento di Corte cost. 6 dicembre 2012, n. 272, in *Giust. civ.* 2013, I, 10 ss. Pressoché unanimi sono le perplessità sollevate dalle nuove disposizioni, di talché mi limito, per brevità, a richiamare S. Chiarloni, *Minime riflessioni critiche su trasferimento in arbitrato e negoziazione assistita*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2015, 221 ss., in part. 222 s. e C. Consolo, *Un d.l. processuale in bianco e nerofumo sullo equivoco della "degiurisdizionalizzazione"*, in *Corriere giur.* 2014, 1173 ss.

l'elevato grado di tecnicismo della disciplina condizioni *sempre* il dato normativo, anche quando esso non sia stato elaborato con la piena considerazione del sistema nel quale tale dato è destinato ad inserirsi o delle implicazioni applicative che da esso possono scaturire (2).

D'altra parte, è innegabile che una risposta coerente con il resto del sistema (e con le questioni dibattute che lo contraddistinguono) sia ineludibile ogni qualvolta un tale interrogativo effettivamente si ponga. Ed è questo ciò che accade, se non erro, anche nel caso della normativa applicabile alla richiesta congiunta delle parti di «promuovere un procedimento arbitrale», allorché quest'ultimo abbia ad oggetto il *thema decidendum* dedotto in un processo pendente «dinanzi all'autorità giudiziaria», di cui all'art. 1, d.l. 12 settembre 2014, n. 132 (3). Giova, anzitutto, rilevare come la possibilità di trasferire in sede arbitrale il processo civile pendente sia stata concessa alle parti per assecondare una finalità – sottesa, in maniera più o meno coerente, a tutti i recenti interventi novellatori in ambito processuale – di deflazione ed efficientamento della giurisdizione ordinaria. Più precisamente, l'istituto in parola – e, con esso, varie altre disposizioni introdotte con il d.l. n. 132/2014 (4) – nasce come strumento di «degiurisdizionalizzazione»; è, quest'ultimo, un obiettivo più specifico e definito rispetto a quello della generica deflazione del processo, poiché indica una peculiare modalità di perseguimento dello scopo deflattivo: quella, per l'appunto, di trasferire il contenzioso civile in una sede diversa rispetto a quella giurisdizionale. A ben vedere, però, tale «degiurisdizionalizzazione» del processo civile appare nulla più che una versione rinnovata (e assai più disarmonica sul piano della scelta lessicale) del tradizionale concetto di «fuga dalla giustizia» (5); un concetto che non viene più attuato per il tramite di una scelta di parte diretta a preferire un'alternativa – preprocessuale o, addirittura, agiuridica – al processo ordinario, ma istituzionalizzato mediante una previsione legislativa che, in funzione di un ritenuto beneficio per l'amministrazione della giustizia, consenta alle parti, che si siano rivolte alla giurisdizione ordinaria, di (ri)assegnare direttamente all'organo arbitrale la *potestas iudicandi*. Vero è, tuttavia, che la

(2) Cfr. C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, 7^a ed., Torino 2010, 89, che discorre di «*virtualità* insita, se non sempre nella volontà dell'organo legislativo, nel sistema di enunciati che esso ha posto» (il corsivo è nostro).

(3) Convertito, con modificazioni, nella l. 10 novembre 2014, n. 162.

(4) Il richiamo è alle previsioni in tema di negoziazione assistita da uno o più avvocati, ai sensi degli artt. 2 ss. del medesimo decreto.

(5) Cfr. L.P. Comoglio, C. Ferri, M. Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, 2^a ed., Bologna 1998, 12 ss.

translatio iudicii in sede arbitrale trova già una possibile attuazione *in parte qua* per effetto del provvedimento declinatorio della competenza da parte del giudice ordinario ⁽⁶⁾; i profili realmente innovativi del trasferimento *de quo* – profili, questi, potenzialmente idonei a persuadere le parti circa la convenienza di una prosecuzione del processo in sede arbitrale – sembrano piuttosto collegati alla previsione, da un lato, della *conservazione automatica* degli effetti sostanziali e processuali della domanda giudiziale (che non abbisogna, quindi, di un'attività riassuntiva di parte) e, dall'altro, della *continuazione* della trattazione della causa in sede arbitrale, con la possibilità di impiego, da parte dell'arbitro, del materiale istruttorio già acquisito dall'autorità giudiziaria ⁽⁷⁾.

Orbene: che la possibilità di sottrarre il potere decisorio all'autorità giudiziaria ordinaria (per attribuirlo, appunto, all'arbitro) sia, di per sé, lo strumento migliore per contenere il numero delle cause pendenti e incrementare l'efficienza della tutela giurisdizionale civile è un'affermazione che suscita, invero, non poche perplessità. Da un lato, infatti, vanno riconosciuti i limiti entro cui l'arbitrato può fungere da reale alternativa (*id est*: alternativa praticabile e preferibile) alla giurisdizione ordinaria; limiti, questi ultimi, che conseguono sia agli elevati costi della procedura arbitrale sia alle minori possibilità di modulazione dell'attività istruttorie da parte del collegio arbitrale ⁽⁸⁾. Dall'altro lato, non può essere trascurato il rischio di una contaminazione tra i due giudizi e di un conseguente aggravamento del procedimento nel suo complesso; se è vero, infatti, che la *translatio iudicii* è stata pensata *in parte qua* per consentire – previa soltanto una delibazione di legittimità dell'istanza autorizzatoria delle parti – uno spo-

⁽⁶⁾ Alla luce di Corte cost. 19 luglio 2013, n. 223, in *Corriere giur.* 2013, 1110 ss., si è estesa l'applicazione del meccanismo di cui all'art. 50 c.p.c. ai casi di riassunzione della causa dinanzi agli arbitri per effetto, appunto, della declaratoria di incompetenza in ragione di una convenzione di arbitrato (cfr. C. Consolo, *Il rapporto arbitri-giudici ricondotto, e giustamente, a questione di competenza con piena translatio fra giurisdizione pubblica e privata e viceversa, ibid.*).

⁽⁷⁾ Sulla scorta del rinvio alle norme codicistiche contenuto nell'art. 1, comma 1°, d.l. n. 132/2014, sembra prevalere, *in parte qua*, l'esigenza di rispettare comunque le prescrizioni dell'art. 816 *ter* c.p.c. che pongono rigorosi limiti alla valorizzazione in sede arbitrale dei mezzi istruttori acquisiti nel processo giurisdizionale, senza dover però necessariamente contenere la rilevanza di tali mezzi al valore del mero argomento di prova *ex art.* 116, comma 2°, c.p.c. sol perché raccolti *aliunde*, e cioè al di fuori della sede propria in cui sono destinati ad operare (in particolare, per l'acquisizione del verbale di una testimonianza giudiziale come deposizione scritta *ex art.* 816 *ter*, comma 2°, c.p.c., v. E. Zucconi Galli Fonseca, *L'arbitrato lite pendente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2015, 250-251).

⁽⁸⁾ Cfr. C. Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, 2^a ed., Padova 2012, 234 ss. e, in particolare, C. Cavallini, *La non contestazione nell'arbitrato*, in *Riv. arb.* 2009, 55 ss.

stamento dell'oggetto del giudizio alla sede arbitrale, non è meno vero che il trasferimento del processo potrebbe giustificare anche un potenziale ampliamento del *thema decidendum* definito in sede giurisdizionale, ancorché entro i limiti della connessione con l'azione promossa nel giudizio pendente ⁽⁹⁾. Di qui, il rischio – poc'anzi accennato – di un accumulo dell'attività istruttoria svolta in sede giudiziaria con quella da svolgere, nel corso del procedimento arbitrale, sul rapporto processuale connesso e con quella che potrebbe rendersi ulteriormente necessaria per completare, sempre in sede arbitrale, la trattazione dell'originario *thema decidendum* eseguita dinanzi all'autorità giudiziaria.

2. – Ma i dubbi si fanno ancora più stringenti ove si considerino le implicazioni che derivano dalla disciplina processuale di tale strumento in rapporto ai principi generali in punto di volontà dell'atto processuale; implicazioni che contribuiscono a incrementare le ragioni di conflitto *inter partes*, frustrando ogni possibilità di soddisfare l'obiettivo di deflazione a cui l'introduzione dello strumento voleva contribuire – seppure timidamente – a dare realizzazione.

Ciò che reclama maggiore attenzione, a mio sommo avviso, è il profilo della rilevanza che si possa continuare ad attribuire alla volontà compromissoria quando questa sia stata espressa in un'istanza congiunta ritenuta inammissibile dall'organo giudiziario. Il profilo, completamente trascurato dalla disciplina positiva, offre invero l'occasione per comprendere quale sia il valore assunto dalla volontà di devolvere la lite in arbitrato allorché la stessa trovi espressione – come meglio si dirà nelle prossime pagine – attraverso il compimento di un atto processuale. Vi è però da osservare, anzitutto, che la *translatio iudicii* trova qui piena realizzazione soltanto al culmine di un procedimento che impone la delibazione dell'istanza e la verifica delle condizioni prescritte dall'art. 1, comma 1°, d.l. n. 132/2014. Di talché, una corretta valutazione del ruolo della volontà nell'istanza di trasferimento del processo non può prescindere *in parte qua* dall'esame di tale procedimento e delle condizioni che legittimano l'attribuzione agli arbitri della *potestas iudicandi*. Tali condizioni attengono, in particolare, al profilo formale della *arbitrabilità in concreto* della lite pendente; un profilo, quest'ultimo, che è destinato ad emergere alla stregua di

⁽⁹⁾ Così A. Briguglio, *L'ottimistico Decreto-legge sulla "degiurisdizionalizzazione" ed il trasferimento in arbitrato delle cause civili*, in *Riv. arb.* 2014, 635.

taluni indici sintomatici attinenti alla pendenza della lite e alla consistenza del *thema decidendum*.

Il primo indice concerne, a sua volta, due aspetti peculiari dell'istituto in parola, in quanto la pendenza della lite va misurata, per così dire, con riguardo sia al momento temporale sia al momento soggettivo e strutturale della controversia. Ed infatti, l'accertamento della pendenza della lite esige, anzitutto, un raffronto tra il momento della proposizione della domanda giudiziale e la data di entrata in vigore del provvedimento riformatore (*id est*: 13 settembre 2014: arg. *ex art.* 23, d.l. n. 132/2014); d'altra parte, però, la pendenza della lite va considerata anche sul piano dell'organo giudiziario investito originariamente del potere di decidere la controversia, atteso che solo le controversie pendenti «dinanzi al tribunale o in grado d'appello» (e, quindi, in questa seconda ipotesi, dinanzi sia alla corte di appello sia al medesimo tribunale) che non siano state già rimesse in decisione, sono devolvibili in arbitrato. Il secondo indice rivelatore dell'arbitrabilità della lite e, quindi, dell'ammissibilità dell'istanza congiunta attiene, invece, al *thema decidendum* della controversia e si caratterizza anch'esso per una duplice rilevanza; l'accento è posto, infatti, dal legislatore non solo sulla natura disponibile del diritto dedotto in giudizio, ma anche sull'oggetto della domanda che non deve riguardare situazioni soggettive in materia di previdenza, assistenza sociale o lavoro (salvo che – come precisato in sede di conversione al decreto – la lite laburistica abbia ad oggetto diritti che rinvergono nel contratto collettivo di lavoro la propria fonte e tale contratto abbia previsto la risoluzione arbitrale della lite) ⁽¹⁰⁾.

Sembra lecito chiedersi, allora, se l'autorità giudiziaria, in sede di delibazione dell'istanza congiunta, possa svolgere, accanto all'accertamento dei requisiti imposti dalla normativa speciale e afferenti – come detto – alla *arbitrabilità in concreto* della lite, un controllo officioso circa la sussistenza dei requisiti di validità della convenzione arbitrale e, specialmente, per quanto qui rileva, l'esistenza e l'efficacia del consenso. A quel che pare, non dovrebbe esservi dubbio sulla risposta negativa al quesito ⁽¹¹⁾, solo che si consideri, da un lato, il carattere *disponibile* della materia compromissoria emergente dalla disposizione dell'art. 817, comma 2°, c.p.c. e, dall'altro lato, il rigore con cui l'art. 1, comma 2°, d.l. n. 132/2014 circo-

⁽¹⁰⁾ Cfr. A. Ronco, in *Trasformazioni e riforme del processo civile. Dalla l. 69/2009 al d.d.l. 10 febbraio 2015*, a cura di C. Besso, G. Frus, G. Rampazzi, A. Ronco, Bologna 2015, 48 ss.

⁽¹¹⁾ *Contra*, però, E. Zucconi Galli Fonseca, *L'arbitrato lite pendente*, cit., 242 s.

scrive l'ambito cognitorio del giudice alla «sussistenza delle condizioni di cui al comma 1». Non sembra esservi spazio, dunque, per un esame officioso della validità dell'accordo arbitrale e, men che meno, della sussistenza di un valido consenso dei compromittenti; ciò che, del resto, non deve stupire, io credo, se si tiene conto non solo della competenza del collegio arbitrale ad esaminare tali profili ai sensi dell'art. 817 c.p.c., ma altresì della valenza sanante che può dirsi sottesa – in base sempre a quest'ultima disposizione – alla mancata eccezione di invalidità della convenzione in sede arbitrale ⁽¹²⁾.

In tale contesto, viene allora a porsi l'interrogativo circa la sorte dell'accordo compromissorio espresso attraverso l'istanza congiunta nel caso in cui quest'ultima sia reputata inammissibile in ragione dei profili poc'anzi ricordati. Orbene: ritenuto che la validità della formazione della volontà compromissoria resti estranea all'ambito cognitorio del giudice, a me pare che il vaglio di legittimità (*rectius*: di ammissibilità) dell'istanza, se può precludere il trasferimento del processo in sede arbitrale ogni qualvolta sia assente uno dei requisiti di legge, non può ostacolare, per ciò solo, la permanenza e, dunque, la vincolatività della convenzione arbitrale espressa mediante l'atto processuale inammissibile. Ben inteso: la volontà espressa dalle parti del giudizio pendente resterà predeterminata nel suo oggetto al contenuto delle domande ed eccezioni proposte (ed eventualmente precisate o – legittimamente – modificate) nel processo, ma la pronuncia negativa del giudice sull'istanza *de qua* non sembra poter comunque precludere alla parte interessata la proposizione di una *domanda di arbitrato* previa pronuncia sulla competenza *ex art. 819 ter c.p.c.* o cancellazione della causa dal ruolo ⁽¹³⁾ e tempestiva riassunzione dinanzi agli arbitri ⁽¹⁴⁾. Ecco, dunque, che l'inammissibilità dell'istanza congiunta non attinge la

⁽¹²⁾ L. Salvaneschi, *Commento all'art. 817*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di S. Chiarloni, Bologna 2014, 563 s.

⁽¹³⁾ Per la preferibilità di tale soluzione, in forza di un'applicazione analogica *in parte qua* dell'art. 38, comma 2°, c.p.c. nei casi in cui vi sia adesione *ex adverso* all'eccezione di compromesso (preferibilità, ben s'intende, rispetto alla pronuncia di una sentenza sulla competenza alla stregua del dato letterale dell'art. 819 *ter c.p.c.*), v. le considerazioni svolte *infra* nel testo e nella nota 42.

⁽¹⁴⁾ Si impone, pertanto, la necessità di un superamento del vincolo costituito dalla preclusione *ex art. 819 ter c.p.c.* dell'eccezione di compromesso entro la comparsa di risposta; un superamento che può ottenersi – come puntualmente segnalato – attraverso il richiamo al principio di uguaglianza e alla configurazione di «una eccezione di parte da compiersi nella prima difesa utile (post-compromesso, appunto)», così da colmare il difettoso dato normativo e arginare le conseguenze più gravi della regola codicistica in favore di un trattamento dell'istanza congiunta alla stessa stregua del rilievo *ex parte* della convenzione arbitrale (così E. Zucconi Galli Fonseca, *L'arbitrato lite pendente*, cit., 241).

volontà compromissoria che resta pienamente efficace e idonea ad assicurare la prosecuzione del giudizio in sede arbitrale, analogamente a quanto accade nel caso della conclusione di un autonomo patto arbitrale a lite pendente. Nondimeno, è doveroso porsi un ulteriore e conseguente interrogativo – avente forse più una rilevanza teorica che pratica – in ordine all'eventualità che, malgrado la pronuncia di inammissibilità dell'istanza, le parti intendano far valere *concordemente* la convenzione arbitrale conclusa per il tramite, appunto, dell'istanza inammissibile. Come detto, il giudizio di non ammissibilità concerne soltanto quei profili formali dell'istanza che sono esplicitati dalla legge speciale, ma lascia sopravvivere la volontà delle parti di devolvere la lite in arbitrato, di talché vien fatto di chiedersi se tale volontà possa nuovamente farsi valere attraverso la proposizione di un'istanza congiunta che non sarebbe però la reiterazione di quella precedente, ma avrebbe soltanto una valenza ricognitiva di un accordo compromissorio autonomo che si è sostanziato nella precedente istanza. A me pare che questa eventualità, per quanto forse singolare, possa effettivamente configurarsi e dare luogo ad una richiesta congiunta delle parti di spostamento della lite in arbitrato; una richiesta, quest'ultima, a cui il giudice potrebbe rispondere, in caso di accoglimento, disponendo il trasferimento diretto della causa in arbitrato ovvero statuendo la cancellazione della causa dal ruolo e la conseguente tempestiva riassunzione del processo. Delle due alternative, la prima pare quella preferibile, posto che l'istituto in parola sembra destinato a trovare applicazione anche nel caso in cui l'istanza congiunta abbia una valenza puramente ricognitiva di un'autonoma convenzione arbitrale.

Queste prime osservazioni sono in grado di palesare – io credo – la peculiarità che il ruolo della volontà delle parti è chiamato a svolgere con riferimento all'istanza di trasferimento della lite pendente in arbitrato. Una peculiarità, quest'ultima, che si inserisce in una più ampia tematica: quella della (ir)rilevanza processuale della volontà degli effetti; una tematica che è tipicamente connessa alla natura negoziale dell'atto e che, nondimeno, finisce per suscitare numerosi interrogativi in punto di efficacia dell'atto processuale e, in particolare, di validità dell'effetto dispositivo sostanziale che sia stato prodotto attraverso l'atto processuale.

3. – Secondo la legge processuale, il ruolo che la *volontà del soggetto* potrebbe svolgere in rapporto al compimento e all'efficacia dell'atto processuale resta totalmente assorbito dal regime della *forma dell'atto*; ed infatti, la sostanziale irrilevanza, sul piano giuridico-processuale, delle modalità di formazione e di manifestazione della volontà nell'atto processuale

(e, così, dell'eventuale vizio genetico di tale volontà) ⁽¹⁵⁾ rappresenta null'altro che una conseguenza della natura *procedimentale* ⁽¹⁶⁾ che è propria del processo civile. Più precisamente, una tale irrilevanza si atteggiava come una conseguenza del rapporto di *stretta dipendenza* che viene a instaurarsi tra gli atti del processo civile in ragione di quella che potrebbe qualificarsi come la naturale duplicità di valore dell'atto giuridico processuale. Se è vero, infatti, che ciascun atto processuale rappresenta il risultato (*rectius*: l'effetto) dell'esercizio di una situazione giuridica soggettiva processuale avente, per lo più, la veste di un potere o di un onere processuale, non è men vero che il conseguimento di un tale risultato – vale a dire: il compimento di un atto processuale valido ed efficace nell'ambito del procedimento – rappresenta, di regola, il *presupposto* dell'atto processuale susseguente (*rectius*: il presupposto per l'esercizio del susseguente potere o onere processuale) secondo la «serie effettuale» del procedimento e, al tempo stesso, la *conseguenza* dell'atto processuale precedente (*rectius*: la conseguenza dell'esercizio di un precedente potere o onere processuale) secondo la medesima «serie effettuale» ⁽¹⁷⁾. Una simile correlazione tra gli atti processuali, nel momento in cui li rende l'uno dipendente dall'altro, dando così forma a quell'idea del *procedere* che è propria dell'attività giurisdizionale, risponde anche ad un'esigenza di certezza delle situazioni soggettive processuali e favorisce il rapido e sicuro susseguirsi degli atti processuali fino alla pronuncia di un provvedimento decisorio definitivo, a cui ciascun atto del processo può dirsi essenzialmente preordinato; la strutturale dipendenza dell'atto processuale dall'esercizio di un altro (e presupposto) potere processuale – tanto più ove proveniente dall'altra parte ⁽¹⁸⁾ – esige, infatti, la *stabilità* degli effetti di tale esercizio. Una

⁽¹⁵⁾ Nondimeno, va riconosciuto che l'atteggiamento psicologico con cui viene posto in essere un atto processuale deve rispondere naturalmente ai canoni minimi della capacità legale e, dunque, ai sensi dell'art. 75 c.p.c., ai requisiti per la valida ed efficace disposizione dei diritti soggettivi (cfr. C. Mandrioli, A. Carratta, *Diritto processuale civile*, I, 24^a ed., Torino 2015, 371 ss.); con ciò, si manifesta la necessità imprescindibile che l'atto processuale, in quanto atto giuridico, non possa che essere un atto cosciente e, in questo senso, seppur *genericamente*, anche volontario (cfr., per tutti, E.T. Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, I, 7^a ed., Milano 2007, 210).

⁽¹⁶⁾ G. Conso, *I fatti giuridici processuali penali*, Milano 1955, 55 ss.

⁽¹⁷⁾ C. Mandrioli, A. Carratta, *Diritto processuale civile*, I, cit., 499.

⁽¹⁸⁾ Ovvero dall'organo giudiziale: in tal caso non può parlarsi di atto processuale come espressione di un potere o onere processuale di parte, bensì come manifestazione della *potestas iudicandi* di un organo pubblico, ma l'efficacia (per lo meno) pregiudicante nei confronti di taluni successivi atti processuali di parte, come ad esempio il potere di impugnare la sentenza, è la medesima [cfr. E. Redenti, *Atti processuali (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano 1959, 130 ss.].

stabilità, quest'ultima, che è garantita, per l'appunto, dalla preclusione d'ogni controllo in merito al profilo soggettivo dell'atto; e ciò, a sua volta, per il tramite di una *oggettivizzazione* di tale profilo operata mediante una presunzione *iuris et de iure* della corretta formazione (e, dunque, della validità ed efficacia) della volontà soggettiva in virtù della mera presenza nell'atto di un valido requisito di forma; un requisito, quest'ultimo, che è predeterminato – talvolta minuziosamente ⁽¹⁹⁾ – dalla legge e mediante il quale l'atto si esteriorizza e si manifesta nel processo, creando in capo alle altre parti del giudizio una situazione di *legittimo affidamento* nella validità ed efficacia dell'atto stesso.

La conclusione circa l'assenza di un'efficacia autonoma dell'atto sembra essere confermata, d'altro canto, dall'insostenibilità della teoria del negozio processuale ⁽²⁰⁾. Costituisce, infatti, una ferma convinzione della dottrina quella secondo cui si debba superare una lettura processuale di quelle *vicende negoziali* che assumono rilevanza per il *processo* in quanto siano compiute *nel corso* del procedimento (o, comunque, *in occasione* di esso) ovvero in quanto, pur essendo compiute *fuori* del processo, siano destinate a riversare nel procedimento taluni dei loro effetti.

Quella del negozio processuale è una teoria che si è sviluppata sotto l'influenza della pandettistica tedesca, nel tentativo di attrarre al processo categorie dogmatiche elaborate nell'ambito del diritto sostanziale, a cominciare dal ruolo assunto dalla volontà e dalla causa nella produzione degli effetti giuridici dell'atto ⁽²¹⁾. Sebbene non sia questa la sede per esaminare una teoria così complessa, giova qui ricordare come l'estensione al processo di tali categorie dogmatiche si sia resa possibile mediante l'applicazione della disciplina degli atti processuali a talune vicende dispositive di diritto sostanziale idonee ad incidere, seppure solo indirettamente,

⁽¹⁹⁾ La disciplina processuale della forma è, infatti, così dettagliata da penetrare nel contenuto stesso dell'atto processuale: si parla, infatti, solitamente di «forma-contenuto» dell'atto [v., per tutti, R. Oriani, *Atti processuali (diritto processuale civile)*, in *Enc. giur.*, IV, Roma 1988, 4]. E. Allorio, *Diritto processuale tributario*, 4^a ed., Torino 1962, 491 s. parla, preferibilmente, di forma «intrinseca» e forma «estrinseca» dell'atto a seconda che, rispettivamente, il regolamento formale dell'atto disciplini «il risultato di fatto, che l'atto debba produrre» ovvero il «modo, con cui il risultato di fatto debba essere raggiunto» (il corsivo è dell'Autore).

⁽²⁰⁾ Sulla teoria del negozio processuale v. A. Costa, *Contributo alla teoria dei negozi giuridici processuali*, Bologna 1921, *passim*. V. anche A. Segni, S. Costa, *Procedimento civile*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino 1966, 1026 ss., in part. 1046 ss.

⁽²¹⁾ Cfr., in questo senso, soprattutto il pensiero di V. Denti, *Note sui vizi della volontà negli atti processuali*, Pavia 1959, *passim*; Id., *Negozi processuale*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano 1978, 138 ss.; Id., *Procedimento civile (atti del)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XIV, Torino 1996, 553 ss.

sullo svolgimento del processo ⁽²²⁾. Rispetto a questi atti è parsa quindi giustificata una valorizzazione dell'attività giuridica in termini prettamente processuali, così da porre in secondo piano la determinazione sostanziale che in essi fosse stata espressa. Ma in questa valorizzazione – ben presto criticata nella successiva dottrina ⁽²³⁾ – si è riflessa un'impostazione erronea dell'atto processuale, in quanto orientata a individuarne il tratto costitutivo nella mera collocazione all'interno della sequenza procedimentale, e non invece nel profilo funzionale dell'atto. Una visione dell'atto confinata entro le vicende del rapporto processuale ha finito, infatti, per trascurare ogni considerazione in merito alla idoneità o meno dell'atto (*rectius*: della statuizione in esso contenuta) a condizionare immediatamente lo svolgimento e, quindi, l'esito del processo. Di talché, se è vero che un atto dispositivo di diritto sostanziale come, ad esempio, il compromesso o l'accordo modificativo della competenza non può essere irrilevante per il processo pendente, è però innegabile che tale atto non sia suscettibile di produrre *ex se* alcun effetto propriamente e direttamente processuale come, ad esempio, la negazione della giurisdizione o della competenza, determinando piuttosto quella che la più attenta dottrina in materia ha qualificato talvolta come «una mera rilevanza processuale» ⁽²⁴⁾. Un concetto, quest'ultimo, che ha contribuito a dare ordine alla materia, separando nettamente – come meglio si dirà nel prossimo paragrafo – il piano dell'efficacia (e della validità) *sostanziale* del *negozio* da quello dell'efficacia (e della validità) *processuale* del distinto *atto* ⁽²⁵⁾ con cui il negozio (*rectius*: l'effetto dispositivo promanante dalla dichiarazione di volontà negoziale) viene fatto valere nel processo.

Di qui, se si riconosce l'elemento qualificante di tali atti nel loro contenuto sostanziale e li si espunge dal novero degli atti processuali attenuandone le ripercussioni sul processo alla stregua di effetti secondari

⁽²²⁾ Le ipotesi sono naturalmente molto numerose e ampiamente analizzate dalla dottrina (v. E. Redenti, *Atti processuali*, cit., 121 s.), ma l'attenzione si è concentrata, da tempo, su alcune tipologie di atti che hanno un contenuto o una rilevanza processuale: (i) in quanto occasionati dal processo come, ad esempio, la conciliazione giudiziale, la rinuncia alla pretesa e l'offerta di riduzione ad equità *ex art.* 1467 c.c. ovvero (ii) in quanto aventi una mera rilevanza processuale come, ad esempio, il compromesso, l'accordo modificativo della competenza, l'accordo sulle prove, l'acquiescenza. Cfr., recentemente, Cass., Sez. un., 9 dicembre 2015, n. 24822 in tema di interruzione della prescrizione mediante atto processuale.

⁽²³⁾ F. Carnelutti, *Sistema del diritto processuale civile*, II, Padova 1938, 77 ss.

⁽²⁴⁾ Così V. Denti, *Negozio processuale*, cit., 140 s.

⁽²⁵⁾ Avente, per lo più, la forma processuale dell'eccezione (cfr. V. Denti, *Negozio processuale*, cit., 141).

o indiretti, non può non ammettersi che l'atto processuale, ove sia individuato correttamente mediante il suo «valere per il processo»⁽²⁶⁾, sia *inidoneo* a statuire autonomamente i propri effetti sul procedimento, essendo questi predeterminati dalla legge e orientati allo svolgimento della sequenza procedimentale. Vien da sé, allora, chiedersi se possano enuncarsi atti propriamente (*id est*: funzionalmente) processuali che siano altresì idonei a produrre effetti giuridici autonomi *extraprocessuali*, e quindi *sostanziali*, nei quali scorgere il presupposto logico-giuridico in forza del quale dare rilevanza a quel profilo della volontà che, di per sé, resterebbe invece avulso dal regime processuale di tali atti.

Nondimeno, anche rispetto a questa categoria di atti – speculare, per così dire, rispetto a quella precedente – le conclusioni a cui si può pervenire, in ordine all'incidenza della volontà sull'efficacia processuale dell'atto, non paiono discostarsi da quelle formulate nelle pagine precedenti, allorché si è esclusa la configurabilità di un'efficacia processuale autonoma degli atti dispositivi di diritto sostanziale. Ed infatti, è vero che in questi ultimi casi l'irrilevanza della volontà ha costituito il corollario della stessa natura extraprocessuale dell'atto, nel senso che la volontà dell'agente, pur statuendo gli effetti sostanziali del negozio, non incide sull'efficacia processuale del distinto atto con cui tali effetti siano poi fatti valere all'interno del processo; tuttavia, non è men vero che nei casi in cui, per contro, l'atto processuale consente l'esercizio di un potere sostanziale, la volontà dell'autore dell'atto non rilevi parimenti sul piano processuale, atteso che tale volontà, se concorre a determinare l'efficacia dell'atto sostanziale (*id est*: la disposizione di una situazione sostanziale), non influisce sull'efficacia processuale – più esattamente: endoprocedimentale – dell'ulteriore atto con cui la disposizione sostanziale sia fatta valere nel processo al fine di ottenere una pronuncia giurisdizionale che investa la situazione giuridica già incisa dall'atto sostanziale⁽²⁷⁾. Il discorso si fa più concreto ove si osservi che il tema dell'efficacia sostanziale di un atto processuale ha assunto – e

(26) F. Carnelutti, *Istituzioni del processo civile italiano*, I, 3^a ed., Roma 1942, 265.

(27) Così V. Denti, *Note sui vizi della volontà negli atti processuali*, cit., 13 s.; R. Oriani, *Atti processuali*, cit., 2 s. Cfr. anche I. Andolina, *Per un profilo degli atti processuali con effetti di diritto sostanziale*, in *Jus* 1959, 103 ss., secondo cui l'atto processuale, in quanto tale, diverrebbe fonte dell'effetto sostanziale prodotto dall'esercizio del diritto soggettivo per il tramite, appunto, dell'atto del processo. Vero è che una tale lettura del fenomeno – forse più piana e lineare di quella prospettata nel testo – sembra scontare tuttavia la mancata considerazione della natura *endoprocedimentale* dell'atto; una natura che priva, come detto, l'attività giuridica svolta nel processo di ogni idoneità a svolgere effetti autonomi, ancorché aventi natura diversa rispetto a quella processuale.

continua ad assumere – una significativa importanza soprattutto in rapporto all'esercizio di quei poteri modificativi di una situazione sostanziale ai quali corrisponde una mera soggezione in capo al soggetto destinatario degli effetti costitutivi ⁽²⁸⁾. Ed invero, l'esercizio in sede processuale di tali poteri non comporta che l'atto processuale produca direttamente (anche) l'effetto costitutivo, posto che – come puntualmente segnalato – esso scaturisce invece dall'esercizio del potere sostanziale seppur *veicolato* dal mezzo processuale (*id est*: dal processo e, specialmente, dalla *sentenza* favorevole), mentre in conseguenza dell'atto processuale – *sub specie* di azione o eccezione – si determina soltanto un effetto processuale che culmina nell'obbligo del giudice di pronunciarsi sulla situazione incisa dall'esercizio del potere costitutivo ⁽²⁹⁾. L'atto processuale non perde, dunque, la sua efficacia meramente endoprocedimentale, mentre assume soltanto una *rilevanza* indiretta sul piano sostanziale; e ciò per la ragione che l'effetto costitutivo, se necessita del provvedimento giudiziale per perfezionarsi pienamente, viene già a determinarsi con l'esercizio del diritto sostanziale, il quale è soltanto *mediato* dall'attività processuale (azione o eccezione) posta in essere dal soggetto titolare di tale potere sostanziale.

3.1. – Ad un tale ordine di riflessioni sembra possibile ricondurre la figura dell'istanza congiunta di trasferimento del processo pendente in sede arbitrale, atteso che, nonostante il silenzio della legge sul punto, paiono venire qui a delinearci, nell'ambito di un *atto processuale*, i contorni di un *accordo* volto alla devoluzione della lite in arbitrato. Conviene quindi soffermarsi sul piano ricostruttivo della fattispecie, allo scopo di verificare se vi si possano rintracciare gli elementi che consentono di attribuire rilevanza al profilo della volontà e di individuare così il corretto regime di efficacia e validità dell'atto.

Ebbene, sulla natura processuale dell'istanza *de qua* non pare davvero sussistere alcun dubbio ⁽³⁰⁾; tale atto scaturisce, infatti, dall'esercizio congiunto di uno specifico potere processuale che spetta a ciascuna delle parti del giudizio e che è inteso, per l'appunto, a devolvere la definizione della

⁽²⁸⁾ C. Ferri, *Profili dell'accertamento costitutivo*, Padova 1970, 33 ss. e, più recentemente, A. Proto Pisani, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, in questa *Rivista* 1991, 60 ss. (ora anche in *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli 2003, 195 ss., in part. 217 ss.).

⁽²⁹⁾ V. Denti, *Note sui vizi della volontà negli atti processuali*, cit., 12 ss.; Id., *Negozi processuale*, cit., 141 s.; R. Oriani, *Atti processuali*, cit., 3.

⁽³⁰⁾ Recentemente v. G. Navarrini, *Riflessioni a prima lettura sul nuovo "arbitrato deflattivo" (art. 1, d.l. 12 settembre 2014, n. 132)*, *www.judicium.it*, 5, nota 14.

controversia pendente al potere decisorio dell'arbitro. Ciò che solitamente viene pattuito dalle parti mediante un'*attività negoziale* anteriore all'avvio del processo (e, per il caso del compromesso, anteriore finanche all'insorgenza della lite), viene qui a confluire in una *comune attività processuale* che le parti pongono in essere congiuntamente dinanzi al giudice nel corso del procedimento ⁽³¹⁾. Tuttavia, non è il solo atto delle parti ad assumere rilevanza, bensì un più ampio *procedimento autorizzativo* che, attraverso l'intervento del giudice, perfeziona l'effetto del trasferimento del processo pendente alla sede arbitrale ⁽³²⁾; un procedimento, quest'ultimo, che viene, pertanto, a culminare nell'accertamento dei requisiti formali imposti dalle nuove disposizioni, al fine di assicurare una devoluzione diretta e immediata della lite alla *potestas iudicandi* dell'organo privato. L'accertamento dei requisiti per l'arbitrabilità della lite (alla stregua dell'art. 1, comma 1°, d.l. n. 132/2014) consente, infatti, di realizzare il trasferimento del processo agli arbitri per il tramite della mera trasmissione del fascicolo al presidente del consiglio dell'ordine competente ⁽³³⁾, senza necessità di

⁽³¹⁾ L'art. 1, comma 1°, d.l. n. 132/2014 individua il termine preclusivo per l'esercizio del potere processuale in parola nel momento in cui la causa sia stata rimessa (o, come recita insolitamente la disposizione, «assunta») in decisione. Pare, dunque, ragionevole concludere che l'istanza congiunta possa essere sottoposta alla delibazione del giudice ordinario nel corso dell'intera fase di trattazione della causa «dinanzi al tribunale o in grado di appello». Il che naturalmente consente di evitare il problema connesso al sistema preclusivo che governa l'allegazione (e la prova) di fatti nuovi nel corso sia del giudizio di primo grado che di quello d'appello; problema, questo, che invece continua a porsi – tanto più dopo l'introduzione dell'art. 819 *ter* c.p.c. e l'assoggettamento dell'*exceptio compromissi* al termine decadenziale delle eccezioni in senso stretto – per il patto compromissorio concluso nella pendenza della lite ma senza avvalersi del procedimento di *translatio iudicii* (e, soprattutto, di conservazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda) previsto dal menzionato art. 1 (cfr., in particolare, E. Zucconi Galli Fonseca, *L'arbitrato pendente lite*, cit., 240 s., ove anche il riferimento alla possibilità di interpretare estensivamente la lettera dell'art. 819 *ter*, nel senso di posticipare il momento preclusivo dal deposito della comparsa di risposta alla svolgimento della «prima difesa utile», così da evitare l'«irragionevolezza di una disparità di trattamento» tra l'ipotesi *de qua* e quella di cui al menzionato art. 1).

⁽³²⁾ Così A. Briguglio, *L'ottimistico Decreto-legge sulla "degiurisdizionalizzazione" ed il trasferimento in arbitrato della cause civili*, cit., 635.

⁽³³⁾ La trasmissione del fascicolo della causa al «presidente del consiglio dell'ordine» (degli avvocati) nel cui circondario ha sede il giudice investito della controversia sembra costituire, del resto, un passaggio necessario nell'*iter* che conduce alla prosecuzione del processo dinanzi agli arbitri, posto che la legge, destinando l'intervento del presidente del consiglio dell'ordine alla nomina del collegio arbitrale (o dell'arbitro) in ossequio, se non erro, ad un principio di competenza o di capacità *ratione materiae*, non sembra lasciare spazio alla possibilità di una trasmissione diretta del fascicolo al collegio arbitrale o all'arbitro quando questo sia stato nominato direttamente dalle parti (*contra* A. Briguglio, *L'ottimistico Decreto-legge sulla "degiurisdizionalizzazione" ed il trasferimento in arbitrato delle cause civili*, cit., 636 che, tuttavia, stigmatizza la *deminutio* della posizione del presidente).

alcun intervento di riassunzione del processo ad opera delle parti al fine di assicurare la conservazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda giudiziale.

Orbene, se è vero che l'istanza congiunta rappresenta un elemento necessario ma non sufficiente della *translatio iudicii* in sede arbitrale, non è però men vero che l'istanza si palesa pur sempre come il fulcro di tale procedimento, in quanto con essa trova espressione la volontà della parte (*rectius*: di ciascuna delle parti) di perseguire una modalità alternativa di tutela giurisdizionale della situazione soggettiva dedotta. Si tratta, dunque, di un atto del procedimento che consegue all'esercizio di un potere processuale e mira all'emanazione di un provvedimento giurisdizionale, di talché soddisfa pienamente i requisiti per l'appartenenza alla serie procedimentale. Nondimeno, tale atto può esprimere direttamente un'attività dispositiva del diritto sostanziale nella misura in cui non si limiti a dare rilevanza nel processo ad un atto negoziale extraprocessuale (*id est*: il patto compromissorio concluso tra le parti prima o, comunque, indipendentemente dall'avvio del processo dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria) ⁽³⁴⁾, ma costituisca esso stesso lo strumento con cui sia disposta la devoluzione agli arbitri della lite pendente.

Entro questa alternativa si viene, dunque, a porre la tematica della natura mutevole dell'istanza *de qua*; ed infatti, ai fini di quanto qui interessa, sembra lecito notare che, a mio avviso, riesce alquanto difficile sfuggire ad un'alternativa di tal sorta: – o l'istanza si limita ad avviare il procedimento di autorizzazione della *translatio iudicii* sulla scorta di una convenzione arbitrale che sia stata pattuita *inter partes* prima dell'avvio del processo o, comunque, prima della presentazione dell'istanza al giudice ⁽³⁵⁾; – o l'istanza recepisce la volontà compromissoria delle parti con

È lecito, allora, chiedersi, nel silenzio della legge, se una qualche funzione possa davvero assolvere, in questi casi, l'intervento del presidente del consiglio dell'ordine, considerato che la mancanza di qualsiasi potere di controllo sulla *translatio iudicii* lo rende estraneo sia alle attività proprie dell'autorità giudiziaria sia a quelle dell'organo arbitrale (per il riconoscimento, non senza incertezze, della competenza all'estrazione di copie del fascicolo da parte dei contendenti, v., da ultimo, E. Zucconi Galli Fonseca, *L'arbitrato pendente lite*, cit., 246, testo e nota 35).

⁽³⁴⁾ Sull'eventualità che il patto compromissorio sia concluso (e, finanche, la domanda di arbitrato sia proposta) nella pendenza della lite giudiziale, v., oltre alle osservazioni svolte *infra* nel testo, E. Zucconi Galli Fonseca, *L'arbitrato pendente lite*, cit., 239 s.

⁽³⁵⁾ Il giudice competente a pronunciarsi sull'istanza *de qua* è individuato, mediante la formula ellittica dell'art. 1, comma 1°, d.l. n. 132/2014, nel «tribunale» (sia per le cause che questi decide in primo grado sia per quelle che risolve «in appello») e nella corte di appello (escluse le controversie che la corte è chiamata a decidere in unico grado: cfr. A. Ronco, in *Trasformazioni e riforme del processo civile*, cit., 45). Per il giudizio di opposizione a decreto

cui non solo si investe il giudice dell'accertamento dei presupposti di legge, ma si dispone altresì, e prim'ancora, l'effetto devolutivo della lite⁽³⁶⁾ alla decisione degli arbitri. In tal modo, non si vuole porre una distinzione tra le modalità di presentazione dell'istanza⁽³⁷⁾, bensì, se mai, una distinzione tra gli effetti dell'atto e i regimi di validità applicabili in ognuna delle due situazioni sopra considerate. Ed infatti, posto che il dato normativo non sembra affatto precludere la possibilità di una manifestazione della volontà compromissoria⁽³⁸⁾ nel testo dell'istanza, si può avere quella duplicità di situazioni in cui l'atto processuale: o viene ad assumere rilevanza nel processo alla stregua di un momento della serie procedimentale volto ad assicurare il dovere del giudice di pronunciarsi sull'ammissibilità dell'istanza e sulla conseguente apertura della procedura di trasmissione della causa dinanzi agli arbitri, o si sostanzia senz'altro nell'indispensabile strumento di esercizio del potere sostanziale di devoluzione della lite alla pronuncia da parte degli arbitri che siano stati investiti del potere decisorio. In un caso, insomma, l'istanza *de qua* sembra operare alla stessa stregua dell'eccezione di compromesso che sia sollevata dinanzi al giudice per far valere il patto compromissorio concluso tra le parti e ignorato dall'attore; nell'altro caso, invece, l'istanza congiunta non opera soltanto come momento della serie procedimentale (e, dunque, come presupposto, ad un tempo logico e giu-

ingiuntivo, con esclusione però dei provvedimenti *ex artt.* 648-649 c.p.c., v. D. Borghesi, *La delocalizzazione del contenzioso civile: sulla giustizia sventola bandiera bianca?*, in *www.judicium.it*, 5.

⁽³⁶⁾ Individuata anche *per relationem* alla stregua delle domande svolte nel giudizio pendente: così, espressamente, C. Punzi, *La c.d. "degiurisdizionalizzazione" della giustizia civile*, in Id., *Il processo civile. Sistema e problematiche – Le riforme del quinquennio 2010-2014*, Torino 2015, 3; E. Zucconi Galli Fonseca, *L'arbitrato lite pendente*, cit., 239.

⁽³⁷⁾ Come sottolineato, se è vero che la previa conclusione di un accordo compromissorio consentirebbe alle parti di esplicitare quelle pattuizioni che la *lex generalis* rimette alla volontà delle parti, non è meno vero che tali pattuizioni – o almeno quelle che risultino ammissibili alla stregua dei limiti posti dalle disposizioni dell'art. 1, d.l. n. 132/2014 – possono trovare diretta espressione nell'istanza congiunta: così, ad esempio, vi si potrà esprimere la scelta della sede o della lingua dell'arbitrato ovvero le regole procedurali per lo svolgimento del giudizio e per l'assunzione della decisione, nonché per l'impugnazione del lodo e per la celebrazione dell'eventuale fase rescissoria del giudizio impugnatorio [cfr., in particolare, A.A. Romano, *Il trasferimento dinanzi ad arbitri delle cause civili pendenti ex art. 1 d.l. 12 settembre 2014, n. 132*, in questa *Rivista* 2015, 479, 486 ss., testo e note 47, 48 e 59; G. Navarrini, *Riflessioni a prima lettura sul nuovo "arbitrato deflattivo"*, cit., 6 (ove anche il richiamo al vantaggio della maggiore facilità ad «ottenere (...) il decreto di esecutività *ex art.* 825 c.p.c.», insito nella stipulazione di un previo patto compromissorio)].

⁽³⁸⁾ E, con essa, la conseguente determinazione delle condizioni di operatività della devoluzione in arbitri, nonché – compatibilmente con le prescrizioni dettate nell'art. 1, d.l. n. 132/2014 – delle modalità di svolgimento del giudizio arbitrale (v. anche *supra* la nota 37).

ridico, della pronuncia di autorizzazione del giudice ordinario), ma anche – e anzitutto – come causa efficiente dell'effetto sostanziale consistente nella devoluzione della lite alla decisione arbitrale.

Allorquando il patto compromissorio sia stato concluso prima dell'instaurazione del giudizio ordinario o, comunque, in un atto negoziale autonomo e separato rispetto al processo pendente, l'istanza congiunta finisce, quindi, per esprimere soltanto l'esercizio di un potere processuale riconducibile al novero delle domande; un potere, questo, che è idoneo ad attribuire *rilevanza nel processo* all'effetto sostanziale che sia stato disposto dalla convenzione di arbitrato, senza che tuttavia tale effetto possa ricollegarsi eziologicamente all'atto processuale – e cioè all'istanza congiunta – che determina soltanto l'effetto endoprocedimentale che conduce alla pronuncia del giudice ordinario. In questa prospettiva, dunque, il regime di efficacia e di validità dell'istanza è strettamente *processuale* e certamente non vi è possibilità per assegnare rilevanza alla volontarietà dell'atto, i cui effetti sul procedimento sono, dunque, predeterminati dalla legge ⁽³⁹⁾. Qualora, invece, alla proposizione dell'istanza congiunta consegua, accanto all'effetto processuale, la produzione dell'effetto sostanziale (per il tramite dell'esercizio del potere di compromettere la lite pendente in arbitrato), pare lecito chiedersi quale regime di validità dell'atto possa trovare applicazione, atteso che, nell'eventualità sopra descritta, l'istanza congiunta, da un lato, si atteggia come uno strumento di integrazione (*rectius*: formazione) della *volontà sostanziale* delle parti di ottenere una pronuncia in merito alla posizione soggettiva dedotta avvalendosi del procedimento arbitrale e, dall'altro, viene a porsi come una *condizione processuale* necessaria per la manifestazione della volontà compromissoria e, così, per l'accoglimento della domanda di devoluzione della lite in arbitrato.

Orbene: ogni qualvolta la volontà compromissoria si venga a formare mediante l'istanza congiunta di trasferimento del processo, il patto arbitrale opera ben diversamente dall'eventualità in cui sia stato concluso

⁽³⁹⁾ Ed infatti, il caso qui menzionato ben si presta ad essere considerato paradigmatico e, per così dire, rivelatore di quella categoria di atti processuali rispetto ai quali l'esercizio del potere sostanziale non solo si realizza per il tramite di un atto avente natura extraprocessuale (*id est*: la conclusione del patto arbitrale), ma è di per sé inidoneo a produrre effetti (se non indiretti) sul processo; l'operatività dell'effetto sostanziale sul processo esige un diverso atto, che abbia carattere pienamente processuale (come, appunto, l'istanza congiunta), con cui far valere nel procedimento tale effetto. Qui non c'è, dunque, una relazione tra il compimento dell'atto processuale e la produzione dell'effetto sostanziale, poiché l'atto processuale non serve – necessariamente o meno – a produrre l'effetto sostanziale (v. *supra* nel testo), ma solo a determinare un effetto endoprocedimentale a cui l'atto sostanziale è orientato, ancorché non sia in grado di produrlo direttamente.

prima del (o, comunque, fuori dal) processo. Ed infatti, allorché il patto compromissorio rappresenti un antecedente rispetto all'esercizio dell'azione, va osservato che l'effetto devolutivo della lite si perfeziona con la conclusione dell'atto negoziale, mentre l'atto processuale, con cui tale effetto sia fatto valere nel procedimento, finisce soltanto per dare rilevanza all'esistenza del potere decisorio degli arbitri al fine di veder rigettata *in rito* la domanda avversaria ⁽⁴⁰⁾. In questo senso, dunque, l'eccezione di compromesso – come osservato nel paragrafo precedente – opera alla stregua di un atto del procedimento che non incide sulla produzione dell'effetto sostanziale, bensì soltanto sul piano della progressione della serie procedimentale. A risultati analoghi si perviene, a mio avviso, anche quando la conclusione del patto arbitrale, pur essendosi perfezionata successivamente all'avvio del processo dinanzi al giudice ordinario, sia fatta valere mediante un'istanza congiunta delle parti ⁽⁴¹⁾; un'istanza, ben inteso, assai diversa rispetto a quella dell'art. 1, d.l. n. 132/2014, essendo diretta, pur sempre, a chiedere (e ottenere) la pronuncia di una *absolutio ab instantia*, la quale, tuttavia, a differenza dell'ipotesi precedente, si caratterizza per il fatto di essere determinata non già dall'esercizio di un potere unilaterale (*id est*: un'eccezione), ma da un atto congiunto delle parti a cui si ricollega la convergente volontà di devolvere la lite pendente in arbitrato. Qualora, invece, la volontà arbitrale si formi attraverso il compimento dell'istanza congiunta, l'atto processuale non è funzionale soltanto alla produzione dell'effetto endoprocedimentale che conduce alla cancellazione della causa dal ruolo ⁽⁴²⁾ e, contestualmente, alla trasmissio-

⁽⁴⁰⁾ Da ultimo, Cass., Sez. un., 25 ottobre 2013, n. 24153, in *Corriere giur.* 2014, 84 ss., con nota di G. Verde, *Arbitrato e giurisdizione: le Sezioni Unite tornano all'antico*.

⁽⁴¹⁾ Può ipotizzarsi anche l'evenienza che, a fronte di un patto compromissorio concluso nella pendenza della lite, solo una delle parti faccia valere nel processo l'effetto devolutivo della lite in arbitrato, mentre la controparte ne contesti la validità o l'efficacia: in tal caso, l'atto processuale con cui dare rilevanza nel procedimento all'effetto sostanziale resta quello dell'eccezione ad opera della parte che confida nella validità e nell'efficacia del patto arbitrale (cfr. V. Denti, *Note sui vizi della volontà negli atti processuali*, cit., 10 s.). D'altra parte, quand'anche uno dei paciscenti abbia scelto di restare contumace, la richiesta di *absolutio ab instantia* potrà provenire unilateralmente dalla sola parte costituita, senza che la mancata costituzione dell'altra possa dare luogo ad un impedimento che ostacoli il perfezionamento della fattispecie e, quindi, la pronuncia del giudice; il che si giustifica agevolmente per la ragione, dinanzi enunciata, che l'atto processuale si limita, per un verso, a dare rilevanza nel processo (pur senza costituirlo) all'effetto sostanziale consistente nella devoluzione della lite in arbitri e, per altro verso, a dare impulso alla progressione procedimentale che è predeterminata per legge e culmina, in caso di accoglimento dell'istanza, nella declinatoria del potere decisorio (cfr. E. Zucconi Galli Fonseca, *L'arbitrato pendente lite*, cit., 239, 241 ss.).

⁽⁴²⁾ Così A. Briguglio, *L'ottimistico Decreto-legge sulla "degiurisdizionalizzazione" ed il*

ne del fascicolo d'ufficio al presidente del consiglio dell'ordine, ma costituisce altresì lo strumento (processuale, appunto) per l'esercizio del potere (sostanziale) di devolvere la lite pendente in arbitrato.

Ecco dunque che, con riferimento alle ipotesi ora considerate, viene ad emergere un punto che merita la più attenta considerazione nella prospettiva che si è inteso qui privilegiare: ed infatti, se non erro, i rilievi svolti traggono con sé questa conseguenza notevole, che la convenzione arbitrale, quando si venga a formare per il tramite dell'istanza congiunta, finisce per essere assoggettata ad un regime di invalidità assai meno esteso di quello a cui la convenzione soggiace quando è destinata ad assumere soltanto una rilevanza nel processo per il tramite di un'eccezione di compromesso ovvero di un'istanza congiunta a contenuto puramente processuale. E una tale minore rilevanza del regime di invalidità dell'atto consegue alla diversa conformazione del ruolo assunto *in parte qua* dall'elemento volontaristico, in quanto, se la volontà di compromettere la lite – insorta e pendente dinanzi all'autorità giudiziaria – viene ad integrarsi mediante il compimento dell'istanza congiunta, nessuna rilevanza possono assumere eventuali vizi della volontà dei compromittenti al fine di decidere sulla validità ed efficacia dell'istanza congiunta e, pertanto, della trasmissione del fascicolo d'ufficio alla sede arbitrale. L'effetto sostanziale resta confinato entro l'esercizio del potere di compromettere la lite e potrà riflettersi soltanto sul regime di impugnabilità del lodo, di talché quegli stessi vizi della volontà negoziale che comportano l'annullabilità del patto arbitrale,

trasferimento in arbitrato della cause civili, cit., 637 sulla scorta di un'applicazione analogica dell'art. 38, comma 2°, c.p.c., a cui consegue la non impugnabilità dell'ordinanza con cui sia disposta la cancellazione della causa dal ruolo (v. anche G. Navarrini, *Riflessioni a prima lettura sul nuovo "arbitrato deflattivo"*, cit., 9). Vi è da aggiungere, a me pare, che il termine trimestrale per l'adozione del provvedimento ordinatorio decorra, in questo caso, dal momento stesso in cui sia disposta la trasmissione del fascicolo al presidente del consiglio dell'ordine, di talché, in assenza di qualsiasi onere riassuntivo di parte, la cancellazione della causa dal ruolo potrebbe essere assunta dal giudice anche contestualmente all'adozione del provvedimento traslativo. In questo senso sembra deporre, se non erro, non solo l'impraticabilità, ex art. 819 *ter* c.p.c., di una sospensione necessaria del giudizio arbitrale in attesa del provvedimento di cancellazione della causa, ma anche (e soprattutto) la natura «automatica» della *translatio iudicii*; una situazione, quest'ultima, che pare presidiabile non tanto mediante la possibilità di una ripresa del processo in caso di declinatoria della competenza da parte degli arbitri (che presuppone, tuttavia, la sopravvivenza di un processo quiescente pur dopo la trasmissione del fascicolo d'ufficio: v. M. Bove, *Una vera rivoluzione dell'intero sistema si attua solo attraverso strutture efficienti*, in *Guida dir.* 2014, 69), quanto invece mediante la «nullità del processo», allorché si pervenga ad una pronuncia sulla domanda giudiziale nonostante la pendenza di una legittima istanza (cfr., sul punto, E. Zucconi Galli Fonseca, *L'arbitrato pendente lite*, cit., 243 s., da cui sono tratte anche le parole tra virgolette).

alla stregua di un accordo consensuale, potranno farsi valere come altrettanti motivi di contestazione della validità della decisione arbitrale (art. 829, n. 1, c.p.c.) ⁽⁴³⁾, ma non si comunicheranno all'istanza congiunta nonostante che essa – come detto – costituisca la condizione processuale necessaria per la manifestazione della volontà compromissoria. La natura sostanziale del potere esercitato attraverso l'istanza congiunta non contamina, per così dire, l'atto processuale, il quale assume pertanto una *mera rilevanza* sul piano del diritto sostanziale, nel senso che l'istanza congiunta viene a costituire un elemento integrativo ⁽⁴⁴⁾ della più complessa fattispecie che conduce alla produzione dell'effetto sostanziale consistente nella devoluzione della tutela alla *potestas iudicandi* degli arbitri.

D'altra parte, va considerato che, in questi casi, il regime di validità dell'istanza congiunta, pur rispondendo a una logica esclusivamente processuale, non è insuscettibile di riflettersi sul piano sostanziale dell'accordo compromissorio, in quanto, se è vero (come è vero) che l'atto processuale costituisce un elemento essenziale della fattispecie produttiva dell'effetto sostanziale, ne consegue allora che l'invalidità dell'istanza – ad esempio, per carenza di uno dei suoi presupposti costitutivi – impedisce all'accordo compromissorio di pervenire al perfezionamento dell'effetto devolutivo della lite pendente. Un impedimento, quest'ultimo, che non viene a dipendere da una carenza nella struttura dell'atto negoziale, bensì in una carenza nella struttura dell'atto processuale, cioè in un atto che non contribuisce – se non indirettamente – alla formazione della volontà compromissoria, ma assume rilevanza per la sua valida manifestazione all'esterno, di talché una difettosa manifestazione di volontà – ancorché operata attraverso un atto processuale invalido (ed, anzi, proprio perché operata attraverso un tale tipo di atto) – è incapace di conseguire l'effetto a cui la volontà si ricollega. Pare allora possibile concludere – in sintonia con le considerazioni svolte nel precedente paragrafo – che la volontà dell'effetto assume rilevanza *in parte qua* soltanto sul piano dell'atto negoziale e,

⁽⁴³⁾ In questo senso v. già C. Vocino, *Annulabilità del compromesso e sentenza arbitrale*, in *Scritti giuridici in onore di A. Scialoja*, IV, Bologna 1953, 415 ss., in part. 431 ss. Naturalmente, a fronte della disposizione di cui all'art. 817, comma 2°, c.p.c., l'impugnazione del lodo esige che l'invalidità della convenzione arbitrale sia stata eccepita dalla parte «nella prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri» (cfr., sul punto, L. Salvaneschi, *Commento all'art. 817*, cit., 562 ss.).

⁽⁴⁴⁾ Ben inteso: a condizione che l'istanza congiunta venga redatta in forma scritta o risulti, tutt'al più, dal verbale dell'udienza in cui sia stata oralmente formulata, al fine di rispettare la forma scritta *ad substantiam* della convenzione arbitrale *ex artt. 807-808 bis c.p.c.* (v., sul punto, per tutti, A.A. Romano, *Il trasferimento dinanzi ad arbitri delle cause civili pendenti*, cit., 479).

dunque, alla stregua di un motivo d'impugnazione del lodo, senza influire, invece, sull'efficacia processuale dell'istanza di trasmissione del fascicolo d'ufficio al presidente del consiglio dell'ordine competente. Vero è però che l'effetto sostanziale della devoluzione della lite viene precluso, pur quando la volontà delle parti si sia formata correttamente, se l'elemento processuale della fattispecie produttiva dell'effetto sostanziale si rivela incapace di inserirsi efficacemente all'interno della serie procedimentale. Si viene a creare, in sostanza, una relazione speculare, o a proporzionalità inversa, tra i due fattori fin qui richiamati, di talché: – l'effetto sostanziale è determinato dalla volontà soggettiva ma non incide direttamente sul piano del processo; – mentre l'effetto processuale non è determinato dalla volontà soggettiva ma può incidere indirettamente sul piano del negozio e della sua efficacia.

Ci si è fin qui riferiti all'*effetto sostanziale* della convenzione arbitrale come alla disposizione dell'effetto devolutivo della lite pendente in arbitrato; corre, dunque, l'obbligo di precisare in qual senso si sia inteso attribuire una simile portata agli effetti del patto arbitrale. Il problema si rivela subito di non poco conto, solo che si consideri come l'effetto precipuo della convenzione arbitrale abbia natura (non già sostanziale, ma) processuale e venga a sostanzinarsi, per l'appunto, nella preclusione di ogni potere del giudice ordinario in ordine alla lite dedotta nell'accordo compromissorio ⁽⁴⁵⁾. Sebbene non sia questa la sede per trattare esaustivamente un tale problema, va tuttavia rilevato che la convenzione arbitrale non esaurisce la propria efficacia sul terreno dell'attribuzione del potere decisorio, ma assume rilevanza anche per il perseguimento di un modo alternativo di tutela della situazione sostanziale a cui la volontà compromissoria si ricollega. La convenzione arbitrale pare, dunque, incidere, sia pure in via strumentale e indiretta, sul piano sostanziale, se si considera che la costituzione pattizia di un *regime arbitrale della controversia* (*rectius*: della sua proposizione, trattazione e decisione, nonché dell'impugnazione

⁽⁴⁵⁾ Che la devoluzione della lite in arbitrato, nella misura in cui sottrae la cognizione della lite al giudice ordinario, configuri «una questione generica e astratta di competenza senza la contemporanea deduzione di una controversia di diritto sostanziale» è un dato ricostruttivo ormai pienamente consolidato nella giurisprudenza di legittimità (così già Cass. 27 luglio 1957, n. 3167, in questa *Rivista* 1958, 265 ss., con nota critica di V. Colesanti, *Cognizione sulla validità del compromesso in arbitri*), che ne trae la conseguenza della non deducibilità in un autonomo giudizio dell'accertamento sulla validità ed efficacia della convenzione arbitrale (v. Cass. 28 marzo 1991, n. 3361, in *Giur. it.* 1992, I, 562 ss., da cui sono tratte le parole tra virgolette; Cass. 4 agosto 2011, n. 17019, in *Foro it.* 2012, I, 1143 ss.).

avverso quest'ultima) viene a realizzare «un *autonomo* bene della vita, seppure di consistenza strumentale» rispetto alla soddisfazione di una situazione sostanziale ⁽⁴⁶⁾, che viene a identificarsi nella possibilità di ricorrere a una peculiare modalità di tutela dell'interesse sostanziale. Non si determina, pertanto, un effetto propriamente dispositivo del diritto sostanziale dedotto, ma si produce piuttosto una modificazione in quel profilo del rapporto sostanziale che concerne *lato sensu* la sua azionabilità o, più precisamente, la possibilità che il rapporto sostanziale sia fatto valere per accertarne l'esistenza, la validità e/o l'efficacia ogni qualvolta tali aspetti siano contestati o messi in discussione *ex adverso*. La scelta delle parti di devolvere una lite in arbitrato non assume una rilevanza soltanto processuale, ma trova una necessaria rispondenza anche sul piano sostanziale, in quanto finisce per assoggettare il rapporto dedotto ad una peculiare condizione giuridica in forza della quale si viene ad imporre una specifica modalità di tutela del rapporto stesso – estranea, in particolare, alla logica della giurisdizione ordinaria – e, conseguentemente, la titolarità di situazioni soggettive strumentali che sono funzionali al conseguimento della tutela per il tramite della decisione arbitrale.

4. – La considerazione dell'effetto sostanziale della convenzione arbitrale contribuisce, del resto, a valorizzare proprio l'elemento volontaristico che svolge un ruolo così significativo – come si è visto – nella determinazione dell'ambito di efficacia della convenzione. Anche quando l'istanza congiunta integra (e, ad un tempo, esprime) la volontà compromissoria, il profilo soggettivo della dichiarazione resa dai compromittenti trova, infatti, il modo d'esprimersi attraverso la censura del lodo arbitrale, assegnando così una precipua rilevanza alla valida formazione della volontà degli effetti e, per tale via, alle sue eventuali carenze; carenze, queste ultime, che vanno lette, se non erro, alla stregua di vizi che incidono sulla corretta formazione e manifestazione della volontà e, dunque, sulla legittima determinazione degli effetti negoziali.

Non pare, infatti, possibile dubitare della applicabilità alla convenzione arbitrale del regime dei vizi della volontà dettato dalla disciplina generale per l'annullamento del contratto (artt. 1427 ss. c.p.c.); se non è certo

⁽⁴⁶⁾ In questo senso v., soprattutto, C. Consolo, *Litispendenza e connessione fra arbitrato e giudizio ordinario (evoluzioni e problemi irrisolti)*, in *Riv. arb.* 1998, 659 ss., in part. 671 s., da cui sono tratte anche le parole tra virgolette nel testo (il corsivo è dell'Autore). Più recentemente, v. anche S. Izzo, *La convenzione arbitrale nel processo*, Torino 2013, 101 ss., ove ulteriori riferimenti bibliografici.

questa la sede per esaminare la complessa questione della natura contrattuale o meno del patto arbitrale ⁽⁴⁷⁾, va tuttavia osservato che, quand'anche si dubiti – come autorevolmente rilevato – della effettiva riconducibilità della convenzione arbitrale allo statuto generale del contratto e se ne affermi, dunque, la natura di «accordo non contrattuale» sorto dalla convergenza di distinti e autonomi atti unilaterali di volontà ⁽⁴⁸⁾, la clausola generale dell'art. 1324 c.c. ammette una *tutela reale*, per il caso di vizio della volontà, alla stessa stregua della disciplina contrattuale, anche nei confronti dell'atto negoziale unilaterale, a cui ricollegare – secondo questa peculiare (ma, invero, convincente) prospettiva – anche la figura dell'accordo compromissorio ⁽⁴⁹⁾. D'altra parte, l'evenienza che la volontà compromissoria si venga ad integrare nell'istanza congiunta offre, a ben vedere, un ulteriore elemento a suffragio (se non proprio di una esclusione *tout court* della natura contrattuale della convenzione arbitrale ⁽⁵⁰⁾, per lo

(47) È nota l'impostazione prevalente della dottrina secondo cui la convenzione arbitrale va ricondotta, ad ogni effetto, alla disciplina contrattuale, sul presupposto di una sostanziale riconducibilità della vicenda compromissoria alla formazione e manifestazione della volontà *stricto sensu* contrattuale: l'opinione, come detto, è consolidata e, sulla scorta soprattutto della elaborazione di E. Redenti, *Compromesso*, in *Noviss. Dig. it.*, III, Torino 1959, 789 ss., affiora, sia pure con sfumature diverse, nelle principali impostazioni dottrinali, per l'indicazione delle quali v. C. Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, cit., 319 ss. e, più recentemente, S. Izzo, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 89 ss. In giurisprudenza, v., *ex multis*, Cass. 14 aprile 2000, n. 4842, in *Giust. civ.*, Mass. 2000, 807 ove la qualificazione del compromesso alla stregua di «contratto ad effetti processuali».

(48) L'impostazione – più suadente forse sul piano dogmatico – è risalente a F. Carnelutti, *Arbitri e arbitratori*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1924, 121 ss., in part. 128 s., ed è stata ripresa, in tempi più recenti, da P. Rescigno, *Arbitrato e autonomia contrattuale*, in *Riv. arb.* 1991, 13 ss., in part. 27 e, in ultimo, espressamente, da C. Cavallini, *L'arbitrato rituale. Clausola compromissoria e processo arbitrale*, Milano 2009, 17 ss. Benché i risultati di una simile impostazione sul piano della validità ed efficacia della convenzione arbitrale non si distanzino molto – come si dirà tra breve nel testo – rispetto a quelli imposti da una lettura contrattuale della convenzione *de qua* (cfr. G. Verde, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 2^a ed., Torino 2013, 51), essa ha il pregio di valorizzare il *quid proprium* del patto di arbitrato, che è dato, non tanto dall'assenza della patrimonialità delle prestazioni (indirettamente recuperabile mediante l'incidenza su situazioni – estranee al patto – aventi natura patrimoniale: v. E. Zucconi Galli Fonseca, *La convenzione arbitrale rispetto ai terzi*, Milano 2004, 48 ss.), quanto dalla «confluenza nel fine», e cioè «nella tutela di interessi non confliggenti» (così C. Cavallini, *op. loc. cit.*, 20; il corsivo è dell'Autore).

(49) Nel senso della rilevanza dei vizi della volontà in rapporto all'atto negoziale unilaterale v., *ex multis*, Cass. 23 gennaio 2012, n. 874, in *Giust. civ.*, Mass. 2012, 6.

(50) In questo senso cfr. G. Navarrini, *Riflessioni a prima lettura sul nuovo "arbitrato deflattivo"*, cit., 7 s. Invero, la formazione della volontà compromissoria per il tramite dell'istanza congiunta, se dimostra come la devoluzione della lite in arbitrato possa conseguire all'incontro di volontà distinte (espresse finanche in atti separati), non porta di per sé ad escludere la natura contrattuale della convenzione arbitrale, poiché, se non erro, la stessa formazione della volontà contrattuale può scaturire da procedimenti in cui l'incontro delle

meno) di una lettura più attenta delle modalità di formazione della volontà compromissoria, atteso che la presentazione dell'istanza congiunta non sembra essere stata strutturata dal legislatore alla stregua di un atto necessariamente comune ad entrambe le parti, rivelandosi anzi più probabile che la stessa si determini attraverso due atti processuali (*distinti* ma) *convergenti* verso la proposizione della domanda di trasmissione del fascicolo d'ufficio.

Tale osservazione pare allora rafforzare l'idea che l'istanza congiunta, quando integri una volontà compromissoria delle parti, debba provenire dalla parte personalmente e possa essere presentata dal difensore, con cui la parte sta in giudizio, solo se munito di procura *ad hoc* ⁽⁵¹⁾. Ad una tale conclusione si perviene, infatti, considerando che la volontà compromissoria genera pur sempre un effetto idoneo ad incidere sul piano sostanziale. È questo anzi, a ben vedere, un effetto che non viene a consistere – come detto – in una vera e propria disposizione del diritto controverso, bensì in una conseguenza minore e, per così dire, attenuata; una conseguenza che rimanda, comunque, all'idea dell'assoggettamento del rapporto sostanziale dedotto ad uno *status* giuridico specifico, che non solo determina plurime situazioni soggettive per le parti, ma *incide* direttamente sul rapporto sostanziale vincolandone la tutela – e, quindi, la piena realizzazione – alle forme del giudizio arbitrale rituale ⁽⁵²⁾.

La partecipazione personale delle parti (o per il tramite di procuratore speciale) alla formazione dell'istanza congiunta – e, quindi, con sottoscrizione personale del verbale in caso di proposizione dell'istanza verbalmen-

volontà dei contraenti si determina – come accade, ad esempio, nel caso del contratto con obbligazioni a carico del solo proponente ovvero nel caso dei contratti per adesione – alla stregua della coesistenza di due volontà distinte ma convergenti. Come accennato nel testo e nella precedente nota 48, ciò che, invece, contraddistingue il carattere non contrattuale della convenzione di arbitrato è la mancanza di contrapposizione degli interessi di cui sono portatori i compromittenti, i quali, pur manifestando le rispettive (distinte) volontà in un medesimo atto contestuale, non compongono un contrasto tra i rispettivi interessi, ma regolano il procedimento volto a soddisfare i medesimi interessi o, per meglio dire, l'interesse comune (v. ancora C. Cavallini, *L'arbitrato rituale*, cit., 18 s.).

⁽⁵¹⁾ In questo senso cfr. E. Zucconi Galli Fonseca, *L'arbitrato lite pendente*, cit., 239; A.A. Romano, *Il trasferimento dinanzi ad arbitri delle cause civili pendenti*, cit., 479. Contra G. Navarrini, *Riflessioni a prima lettura sul nuovo "arbitrato deflattivo"*, cit., 6 s.

⁽⁵²⁾ In favore della ritualità del procedimento arbitrale promosso con l'istanza congiunta depone il richiamo alle «disposizioni contenute nel titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile» ad opera dell'art. 1, comma 1°, d.l. n. 132/2014 [cfr. C. Consolo, *È legge (con poche modifiche) il d.l. sulla "degiurisdizionalizzazione" arbitral-conciliativa, sulle passerelle processuali, sulla grinta esecutiva*, in *Studi in onore di Giorgio De Nova*, I, Milano 2015, 764, ove anche il richiamo alla reiterazione *in parte qua* dell'equipollenza di effetti tra lodo e sentenza sancita dall'art. 824 *bis* c.p.c.].

te all'udienza – non tollera, a mio sommessimo parere, che il contumace possa manifestare la volontà di devolvere la lite in arbitrato mediante l'istanza congiunta *ex art. 1, d.l. n. 132/2014* ⁽⁵³⁾. Ed invero, se l'istanza integra la convenzione arbitrale, non perde però la sua natura di atto *processuale* (a rilevanza sostanziale), di talché presuppone un comportamento della parte (intesa, qui, in senso processuale) che sia diretto ad avvalersi dei poteri concessi dalla legge a chi, per l'appunto, sia parte del processo; in breve: presuppone la costituzione in giudizio della parte. Se è vero, infatti, che il legislatore si riferisce *sic et simpliciter* alle «parti», non pare davvero che il dato letterale costituisca un ostacolo insormontabile al riconoscimento che la disposizione *minus dixit quam voluit*, dovendosi intendere il richiamo alle «parti» come relativo, più precisamente, alle parti costituite. Né pare davvero convincente l'affermazione di chi sostiene – sulla scorta di un'applicazione analogica dell'art. 306, comma 1°, c.p.c. – che sia *finanche* superflua la dichiarazione di volontà del contumace ⁽⁵⁴⁾; un conto, infatti, è la volontà di rinunciare agli atti del processo, che è ricostruita dal legislatore in funzione di un atto processuale idoneo a produrre i propri effetti *anche solo unilateralmente* (essendo richiesta l'accettazione solo quando la controparte abbia scelto di costituirsi) ⁽⁵⁵⁾, un altro conto è invece la volontà di devolvere la lite pendente in arbitrato, atteso che, in questo caso, il trasferimento della causa viene a determinarsi per effetto della convergenza delle *due (distinte) volontà* nell'istanza congiunta.

MARCELLO GABOARDI

Ricercatore nell'Università Commerciale Luigi Bocconi

⁽⁵³⁾ Così E. Zucconi Galli Fonseca, *L'arbitrato lite pendente*, cit., 239. *Contra* A.A. Romano, *Il trasferimento dinanzi ad arbitri delle cause civili pendenti*, cit., 479.

⁽⁵⁴⁾ Così, se pur dubitativamente, A. Ronco, in *Trasformazioni e riforme del processo civile*, cit., 47, testo e nota 118.

⁽⁵⁵⁾ Nel senso che la rinuncia agli atti del processo non debba nemmeno essere notificata alla parte che non si è costituita, v., *ex multis*, Cass. 10 dicembre 1996, n. 10978, in *Giust. civ.*, Mass. 1996, 1705; Cass. 3 aprile 1995, n. 3905, *ivi*, 1995, 761.