



MARCELLO STELLA

Regole modello europee di procedura civile e arbitrato, dogmi e sinergie

Testo della relazione svolta al Seminario “ELI/UNIDROIT e processo civile italiano: quali prospettive?”, Università degli Studi di Napoli Federico II, 6 febbraio 2026. L’Autore riflette criticamente sul significato della esclusione dell’arbitrato dal campo di applicazione delle Regole Modello di procedura civile europee e sulle prospettive di avvicinamento futuro del diritto dell’arbitrato degli Stati membri alla luce della giurisprudenza uniformante della Corte di Giustizia UE in materia.

Speech delivered at the Seminar “ELI/UNIDROIT e processo civile italiano: quali prospettive?”, Università degli Studi di Napoli Federico II, on 6 February 2026. The Author critically enquires the meaning of the exclusion of arbitration from the scope of application of the Model Rules of European Civil Procedure in the light of the harmonization of arbitration amongst the Member States prompted by the case law of the EU Court of Justice.

Sommario: 1. L’eccentrica esclusione dell’arbitrato dal campo applicativo delle Regole modello europee di procedura civile...; 2. ...e l’apporto uniformante e sempre più preponderante sul processo privato, in tre arresti recenti della Corte di Giustizia in tema di: a) efficacia di giudicato del lodo contrario a norme di ordine pubblico europeo; 3. (*Segue*) b) opponibilità ai terzi delle clausole compromissorie, in particolare in materia di azione diretta del danneggiato contro l’assicuratore del danneggiante; 4. (*Segue*) c) potere-dovere di controllo di conformità del lodo estero all’ordine pubblico europeo e ripudio della c.d. teoria minimalista; 5. Riflessi sistemologici sull’arbitrato interno, in particolare sull’arbitrato da legge obbligatorio e semi-forzato societario.

1. L’eccentrica esclusione dell’arbitrato dal campo applicativo delle Regole modello europee di procedura civile...

Sotto lo sguardo vigile, all’inizio dubbioso forse ma infine non dispiaciuto di autorevoli esponenti della *arbitration community*¹, eminenti accademici e giudici di *common law*, a un lustro da Brexit, le regole modello di procedura civile europee hanno visto la luce. Questo *corpus* semi-organico di regole e principii, votati a massima *souplesse* (anche a rischio di svalutare però i vantaggi, va detto senza afflato garantista, del processo regolato dalla legge), che *pour cause* non ambisce a ergersi a codice di procedura civile europeo (nessun cenno, nelle *Rules*, si noti subito, a nullità degli atti processuali, loro sanatoria, etc.), sembrerebbe, quasi per gusto di paradosso, ritagliare una zona franca per i legislatori nazionali in materia di

¹ Nell’elenco degli *Observers* ai lavori della commissione ELI/UNIDROIT sono annoverate la Association for International Arbitration (AIA) e l’IBA Arbitration Committee.

arbitrato. Pur se la Rule 1(1), prevede che le regole modello si applicano nelle controversie civili e commerciali anche a carattere transnazionale “*qualunque sia la natura del giudice adito*”, il capoverso della norma dispone, con linguaggio massimamente preclusivo, che le nuove *Rules* non s’applicano all’arbitrato. Senonché l’eccezione così enucleata non individua, a differenza delle altre lettere dell’elenco (*status* personali e capacità delle persone; diritti dei coniugi; sicurezza sociale; obbligazioni alimentari; testamenti e successioni; fors’anche, per certi ed ovvi versi, procedure concorsuali), una materia sostanziale sottraibile all’ambito “civile e commerciale”, bensì una precisa forma alternativa di risoluzione delle controversie per la tutela dei diritti soggettivi. Potrebbe venir fatto di credere che le Regole modello accolgano implicitamente una concezione schiettamente negozialistica della natura dell’arbitrato. Il che farebbe compiere un balzo all’indietro di circa vent’anni, un *flashback* a Sez. Un. 527 del 2000 in sostanza, al dibattito nostrano su giurisdizionalità dell’arbitrato, assimilabilità degli effetti del lodo a quelli della sentenza, pari idoneità al giudicato sostanziale².

Questo fugace retropensiero non può tuttavia assurgere a fondato dubbio sulle intenzioni dei *drafters*, dopotutto intuibili e anche – si sarebbe detto ancora un lustro fa – comprensibili, benché non lumeggiate dalla Relazione illustrativa. La delimitazione *ratione materiae* dell’ambito applicativo delle Regole modello, vi si legge, ricalcherebbe i criteri tracciati dal sistema di Bruxelles su giurisdizione, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni dei giudici degli Stati membri in materia civile e commerciale³. L’altrimenti criptico, nel dato contesto, riferimento alla “natura del giudice”, nei Regolamenti, *olim* Conv. di Bruxelles, vale ad includere nel regime di circolazione agevolata le decisioni su diritti soggettivi pronunciate dal *Conseil d’Etat* francese nelle controversie soggette alla giurisdizione esclusiva, come pure i capi di condanna risarcitori e restitutori pronunciati dal giudice penale a favore della parte civile (con conseguente estensione, forse *praeter intentionem*, del campo applicativo delle *Rules* anche al processo amministrativo e penale *in parte qua*).

² Anche dopo la riforma del 2006, come è noto, da alcuni autori si dubita che l’equiparazione del *dictum* arbitrale alla sentenza del giudice togato implichi che il lodo spieghi efficacia di accertamento a partire dal momento della pronuncia e, in secondo luogo, che l’equiparazione *quoad effectum* alla sentenza postuli la idoneità del lodo al giudicato sostanziale: l’art. 824-bis c.p.c., al pari dell’art. 1713 c.p.c. belga, omette ogni riferimento alla cosa giudicata, a differenza del diritto francese (art. 1476 n.c.p.c.), tedesco (§ 1055 ZPO), austriaco (§ 607 ZPO), spagnolo (art. 43 *ley de Arbitraje*), espliciti a tale riguardo. V. su ciò E. D’ALESSANDRO, *Riflessioni sull’efficacia del lodo arbitrale rituale alla luce dell’art. 824-bis c.p.c.*, in *Riv. arb.*, 2007, p. 529 ss.; *amplius* S. BOCCAGNA, *L’impugnazione per nullità del lodo*, Napoli, 2005, p. 329 ss.

³ Sempre alla insegna della specialità della materia giustificano la esclusione dell’arbitrato dal campo applicativo delle regole modello F. G. INCHAUSTI, V. SMITH, A. STADLER, (*Rule 1*) *Introduction and Scope*, in *European Rules of Civil Procedure A Commentary on the ELI/UNIDROIT Model Rules*, Cheltenham, 2023, p. 6: “Rule 1 (2) lists the same exceptions from the scope of application as Art. 1 (1) of the Brussels Ibis Regulation does. Therefore, for details one can refer to the case law of the ECJ in this respect. In sum, family and heritage proceedings, social security, insolvency proceedings and *arbitrations* have been excluded from the project due to their particularities”. Curioso ed ellittico uso del plurale. Si voleva forse alludere alla dicotomia rituale/irrituale o forse, più probabilmente, volontario/obbligatorio?

Se l'esclusione dell'arbitrato dal sistema di Bruxelles si spiega però tutto sommato agevolmente, in virtù della preminenza sul diritto europeo di un trattato internazionale previgente, ratificato da tutti gli Stati membri, quale la Conv. New York 1958 sul riconoscimento e l'esecuzione dei lodi arbitrali⁴, trascesi i profili internazionale-processuali afferenti al raccordo tra arbitrato internazionale e processo civile *de eadem re* (cui il Reg. 1215/2012 dedica peraltro un corposo e tribolato considerando, il dodicesimo) non altrettanto agevole appare ricondurre a sistema l'esclusione dell'arbitrato da uno strumento di *soft law* con primaria vocazione sul *modus procedendi* nelle liti domestiche, sulla intima strutturazione del processo, dei poteri del giudice e delle parti. Né del tutto appagante, in definitiva, appare la giustificazione *ad abundantiam*, vale a dire che in vari ordinamenti l'arbitrato sarebbe materia di legge speciale. Costatazione formale di spessore assai modesto sul piano metodologico-comparatistico, e neppure inconfutabile, come attestano gli studi di René David, per la Società delle Nazioni, ancora all'inizio degli anni '30. Il rigore della esclusione dell'arbitrato, così univoca e netta, è a stento mitigato, sul finale del commento al primo articolo, dove è caldeggiata un'applicazione *ultra limes* delle Regole modello, anche da parte di legislatori e istituzioni arbitrali dunque (e allora anche con piena facoltà delle parti di richiamare le *Rules* per imporne l'applicazione agli arbitri, senza tema di minare l'univocità della *voluntas compromissi*), e si invita in sostanza a rifuggire da interpretazioni troppo aderenti alla lettera della Rule 1⁵. Materia, quella arbitrale, allora sì esclusa, ma non a compartimenti stagni. L'impressione che si ricava dall'esegesi dell'articolo primo, all'incrocio con la Relazione ...poco illustrativa e schiva, è che i *drafters* si siano deliberatamente astenuti dal volgersi capillarmente al processo privato più per ossequio all'idea tradizionale della sua refrattarietà ad ogni forma di irreggimentazione, che per vere divergenze inappianabili tra un ordinamento e l'altro (del resto, nel Titolo XI, le stesse Regole modello non disdegnano di occuparsi di procedimenti specialissimi quali le azioni collettive, e neppure esse davvero avulse dall'arbitrato, come vedremo *infra*). Per altro verso, è sufficiente scorrere le Regole modello, quelle tra esse che attengono alla fase preparatoria, alla fissazione del *thema decidendum*, alla modificazione consentita delle domande, all'istruttoria, alle spese, per toccare con mano quanto il vissuto pratico del processo arbitrale, riflesso nei regolamenti

⁴ Si noti che l'art. 81, lett. g, TFUE assorbe nelle competenze della UE anche "lo sviluppo di metodi alternativi per la risoluzione delle controversie". È stato invece abrogato l'art. 293 (ex 220) TCE, sulla cui base era stata adottata la Conv. Bruxelles del 1968, che spronava gli Stati membri a promuovere una ulteriore convenzione internazionale per il mutuo riconoscimento delle *sentenze arbitrali*. Su tali svolgimenti, F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel Regolamento (UE) n. 1215/2012 (rifusione)*, Milano, 2015, p. 74 ss.

⁵ ELI/UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure, *Comments, Preamble*, par. 25: "However, it should be generally noted that European or national legislation could adopt these Rules in part or with modifications to fields of civil justice which are not the core areas of their applicability. For model rules in general, and these Rules in particular, the definition of applicability describes only the core of their coverage. Legislatures or arbitral organisations are free, and are invited, to adopt parts or modified versions of these Rules not only in areas within their stated scope of application, but equally more broadly. It is, therefore, neither necessary nor helpful to place too great an emphasis on the exact definition of the Rule's scope of application in relation to specialised areas of civil procedure".

delle più repute istituzioni arbitrali, ripetutamente richiamati dalla Relazione illustrativa, abbia inciso sulle *Rules* (la decifrazione di molte delle quali non potrà prescindere dal confronto, ad es., col concetto dei *Terms of reference* nel Reg. ICC, con reminiscenze nella romanistica *litiscontestatio*; oppure con l'art. 38(5) Reg. ICC, che premia sul piano delle spese la parte che abbia favorito o, più realisticamente, meno intralciato la sollecita ed economica definizione del processo arbitrale). Preziosa fonte di ispirazione per infondere al processo civile – al modello, né del tutto isonomico né inquisitorio, che ne viene idealizzato – un tasso di flessibilità⁶ tanto inconsueto per la tradizione processuale europeo-continentale, quanto all'ordine del giorno nella *administration of justice degli* ordinamenti a base consuetudinaria, che si vorrebbe così unire al *know-how* arbitrale anglo-francese, al servizio dello smaltimento delle controversie domestiche comuni. Per la più parte delle quali il dispiego di cotanto arsenale processuale ...ad alto potenziale potrebbe forse apparire sovrabbondante. Soccorrerà

⁶ Per quest'ordine di riflessioni, T. PFEIFFER, *The contribution of arbitration to the harmonization of procedural laws in Europe*, in *Unif. L. Rev.*, 2014, p. 199 ss., che consegna al lettore un cospicuo elenco di istituti e regole processuali – dalla fase preparatoria alla assunzione della prova alla fase decisoria – in cui sarebbe tangibile l'influenza del processo arbitrale. Specie internazionale. E' bene però avvertire che proprio nel campo dell'arbitrato internazionale il confronto/scontro tra culture e diverse ideologie sulla giustizia – si v. su ciò le penetranti riflessioni di C. CONSOLO, nella premessa a *Problemi e soluzioni in tema di arbitrato riguardato da un giurista italiano teorico-pratico*, Milano, 2020, p. IX-XIX – in dipendenza di vari fattori quali formazione, provenienze giuridiche, bagaglio professionale degli arbitri retroterra sociologico in cui il processo arbitrale, specie se amministrato, si celebra e ha sede in senso tecnico-processuale, può condurre talora a esiti inappaganti o del tutto imprevedibili agli occhi degli stessi mandanti degli arbitri. Due esempi (di pura fantasia). La tanto celebrata *cross-examination* in arbitrato internazionale, spesso e volentieri, si traduce in litanie superflue ed estenuanti sulle modalità di formazione del documento incorporante le dichiarazioni extraprocessuali del teste, prodotto dalla parte che chiede l'assunzione della testimonianza (*counsel*: "Conferma che questa è la sua firma?"; teste: "Sì"; c.: "...e queste sono le sue dichiarazioni?"; t.: "Confermo"; c.: "...che ha redatto lei personalmente?"; t.: "Sì"; c.: "Vuol dire che le ha materialmente digitate sulla tastiera del suo personal computer?"; t.: "Credo ...sì"; c.: "Nella sua abitazione?"; t.: "Veramente no"; c.: "Dunque altrove. In presenza di terzi?"; t.: "Sì"; c.: "Può darsi che Lei abbia sottoscritto un documento redatto da altri?"; t.: "In effetti, sì"; c.: "Può darsi che il documento che Lei ha sottoscritto le sia stato consegnato dal mio istruito amico, avv. X, che assume la difesa dell'odierno *claimant*?"; t.: "Confermo, sì"; Pres.: "Chiariamo però una cosa, avvocati, sappiamo come si formano i *witness statements*, non è un fatto rilevante, veniamo ai fatti rilevanti"). Potrà anche, meno spesso, accadere che il controesame di un *forensic expert witness*, aduso a tali modalità di assunzione della prova, finisca poco a poco per essere "avvocato" dall'arbitro nominato dalla parte, specie se il *counsel in cross* si sia rivelato poco incisivo, e che si generi una frattura nella sicurezza adamantina del teste, sì esperto ma ...impreparato all'incontro con la sagacia di un arbitro capace e penetrante. Il rischio, in questi casi, è che la curiosità intellettuale dell'arbitro tracimi nell'inquisitorialità e che il principio dispositivo istruttorio ne rimanga aduggiato; per paradossale che possa sembrare, la ricerca della verità da parte dell'arbitro, se perseguita con vigore eccessivo, potrebbe rifluire finanche in un motivo di nullità del lodo. Dai memoriali di Lord Denning si apprende che il giudice (inglese) che parla troppo, vale a dire che ponga troppe domande ai testimoni, non è un "*well-tuned cymbal*". Ora, l'Art. 115(4) delle Regole modello di procedura civile europee prevede – con uno strano *mix* tra modello isonomico e inquisitorio, che apre a notevoli questioni anche di ordine schiettamente procedurale – che il testimone "può in primo luogo essere interrogato dal giudice o dalla parte che ha richiesto la prova testimoniale. Se il testimone è interrogato dal giudice o dalla parte avversa, la parte che ha richiesto la prova testimoniale può rivolgere al testimone domande supplementari"; spiccata è la divergenza rispetto al modello offerto dalla Rule 8(4)(b) delle *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration 2020*, in base a cui: "following direct testimony, any other Party may question such witness, in an order to be determined by the Arbitral Tribunal. The Party who initially presented the witness shall subsequently have the opportunity to ask additional questions on the matters raised in the other Parties' questioning".

all'uopo il principio enunciato dalla Rule 5(1) Regole modello, che eleva il giudice a garante della proporzionalità del "processo di risoluzione della controversia" rispetto alla natura della "causa trattata". Che è da sempre uno dei crismi del processo davanti al giudice privato-mandatario delle parti, ed il tratto forse più qualificante e realistico, assieme a celerità e riservatezza, della celebrata triade.

2. ...e l'apporto uniformante e sempre più preponderante sul processo privato, in tre arresti recenti della Corte di Giustizia, in tema di: a) efficacia di giudicato del lodo contrario a norme di ordine pubblico europeo

Pur se la Relazione illustrativa non fa mostra di accedere alla obsolescente concezione dell'arbitrato come metodo di composizione delle liti avulso dalla giurisdizione e rivaleggiante con essa ("*l'emule, sinon le rival, de la justice publique*": di nuovo, con disincanto, R. David, già all'epoca scettico verso tale concettualizzazione spiccia e in ultima analisi fuorviante⁷), rimane nel complesso arduo distillare la cifra politica del disinteresse delle Regole modello per la giustizia arbitrale. Non si può rimanere indifferenti alla crescente incentivazione dell'arbitrato, almeno nei voti, da parte dei legislatori nazionali. Fenomeno specialmente tangibile (seppur rivelatosi fallimentare) nel nostro ordinamento, che con d.l. 132 del 2014 ha conosciuto persino l'istituto della *translatio* giudice di appello-arbitro, a richiesta⁸: la *ratio* di alleggerire il ruolo dei giudici di gravame sarebbe anche meritevole, se non fosse che il ginepraio di questioni interpretative, la più grave attenendo all'esatto oggetto del mandato funzionale degli arbitri e dei limiti della cognizione arbitrale (i motivi di appello o le domande originariamente proposte, ferme le preclusioni e decadenze maturate in primo grado?) rischia di rendere soltanto precario e illusorio l'effetto dello sfoltimento dei ruoli. Proprio con

⁷ R. DAVID, *Rapport sur l'arbitrage conventionnel en droit privé. Etude de droit comparé*, Roma, 1932, p. 7: "Le moyen véritable de combattre l'arbitrage est de s'attaquer aux causes mêmes qui assurent son développement, et d'améliorer l'organisation de la justice et son fonctionnement"; e ancora, in nota 1, "l'arbitrage qui dénonce les insuffisances et les défauts de la justice publique peut ainsi inspirer certaines réformes heureuses de la procédure judiciaire (tel, en France, l'établissement de la procédure du référé en matière commerciale, par une loi du 11 mars 1924)".

⁸ Da C. CONSOLO, *Un d.l. processuale in bianco e nerofumo sullo equivoco della "degiurisdizionalizzazione"*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 1173 ss., spec. 1175, definito "bizzarria bella e buona, destinata a rimanere sulla carta". Secondo E. DALMOTTO, *L'arbitrato deflattivo dei processi pendenti e la classe forense*, in *Giur. it.*, 2015, p. 1264 ss., 1275, gli arbitri dovrebbero "operare come giudici d'appello, nei limiti dei motivi di appello nonché dalle domande ed eccezioni che le parti abbiano loro espressamente riproposto ai sensi dell'art. 346 c.p.c., con poteri di annullamento e di sostituzione della sentenza di primo grado": tale conclusione è desunta dall'A. sulla base della previsione di un termine dimezzato rispetto a quello ordinario di duecentoquaranta giorni per il deposito del lodo. Cfr. A. ROMANO, *Il trasferimento dinanzi ad arbitri delle cause civili pendenti ex art. 1 d.l. 12 settembre 2014 n. 132*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 474 ss., 488: "gli arbitri sono cioè giudici dell'appello, e dunque debbono giudicare *in limine litis* della sua originaria ammissibilità e procedibilità (...) esaminare quei presupposti processuali, la cui rilevanza processuale non muta dinanzi agli arbitri: ciò, però, nel rispetto di quanto devoluto alla cognizione del giudice d'appello (se ad esempio un'eccezione di precedente giudicato, o di difetto d'interesse ad agire, sia stata respinta dal giudice di primo grado, e la parte sul punto soccombente non abbia impugnato la correlata statuizione, gli arbitri non ne potranno evidentemente conoscere)".

riguardo alla giustizia privata, poi, specialmente nell'ultimo lustro, la Corte di Giustizia ha imbracciato il vomere della interpretazione uniforme per dissodare il terreno dell'arbitrato, domestico e internazionale, così cruciale per tante tipologie di liti e operatori economici. Il recinto dell'autonomia procedurale degli Stati membri, o quel che ne resta, va da sé, viene ancora di più riducendosi. *Recte*: è conformato ai corollari desumibili dall'immanente principio di effettività della tutela giurisdizionale (art. 47 Carta dei diritti fondamentali), che non scalza ma integra gli obblighi pattiziamente assunti dagli Stati membri, ad es. con la già richiamata Conv. di New York 1958.

Netto è il cambio di passo direi metodologico nell'incedere di questa giurisprudenza rispetto al celeberrimo precedente *Eco Swiss* (1999)⁹. In quel caso, come si ricorderà, la Corte aveva statuito che l'autorità di cosa giudicata di un lodo arbitrale parziale non impugnato non può essere rimessa in discussione – non essendovi dunque alcun obbligo per il giudice della impugnazione del lodo definitivo di disapplicare le norme processuali nazionali che attribuiscono stabilità al lodo non impugnato – neppure se la decisione arbitrale appaia contraria a norme di ordine pubblico comunitario, come il divieto di intese restrittive della concorrenza. La Corte di Giustizia si appagò, per così dire, di rilevare che il termine di impugnazione, di tre mesi decorrenti dal deposito del lodo, “non sembra troppo breve in rapporto a quelli fissati negli ordinamenti giuridici degli altri Stati membri” e “non è tale da rendere eccessivamente difficile o praticamente impossibile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario” (punto 45). Reperto di un'epoca in cui l'effettività era ancora sostenuta e alimentata dall'argomento comparatistico¹⁰, da una Corte ossequiente verso l'autonomia procedurale, incline a valorizzare i tratti comuni ai diritti processuali nazionali, al servizio delle sue concretizzazioni operazionali dei principi dell'ordinamento europeo. Quello di conversione degli *errores in iudicando* in motivi di impugnazione, che fa da *pendant* al giudicato e deve ritenersi, allora, parimenti capace di innervare l'ordinamento europeo, parrebbe invece, secondo alcuni, vacillare oggi sotto la scure del *dictum* della Corte di Giustizia nel caso *Soledil* (2025)¹¹. In questo precedente, sortito dall'annullamento di un lodo di risoluzione di un preliminare inadempito e di condanna al pagamento della penale da risoluzione, senza che né arbitri né giudici togati abbiano rilevato la vessatorietà della penale, oggetto soltanto di riduzione nella fase rescissoria, la Corte di Giustizia ha statuito che il giudice del rinvio dopo la cassazione conserva intatto il potere-dovere di rilevare d'ufficio la nullità di

⁹ CGUE, 1 giugno 1999, in causa C-126/97, ECLI:EU:C:1999:269, in *Riv. arb.*, 1999, p. 307 ss., con nota di A. GIARDINA, *Rispetto del diritto comunitario della concorrenza e regole nazionali concernenti il principio dispositivo e l'effetto di cosa giudicata dei lodi parziali non impugnati*; in *Corr. giur.*, 2000, p. 32 ss., con nota di C. ONNIBONI, *Compatibilità del diritto comunitario con le norme procedurali nazionali in tema di passaggio in giudicato di una decisione arbitrale parziale*.

¹⁰ Verrebbe da chiedersi, a tale stregua, se la Corte di Giustizia sarebbe stata altrettanto indulgente nel caso in cui fosse venuto in rilievo il termine di soli 28 giorni, previsto dalla S. 70 *Arbitration Act 1996* inglese.

¹¹ CGUE, 18 dicembre 2025, in causa C-320/24, ECLI:EU:C:2025:993.

protezione delle clausole del contratto di consumo, pur se mai rilevate in alcuno dei precedenti gradi del processo. Sin qui nulla di davvero nuovo. La Corte si limita dopotutto a professare la contrarietà al diritto europeo di preclusioni endoprocessuali che impediscano l'esercizio del potere di rilievo officioso di nullità di protezione in ogni stato e grado del processo (e sappiamo che sulla questione pregiudiziale di nullità di protezione il giudicato implicito non si forma mai, a meno che non vi sia una apposita domanda di parte¹²) come altre volte fatto in passato ad es. riguardo alla portata vincolante del principio di diritto contrario al diritto europeo per il giudice del rinvio: *Interedil*¹³.

Nel caso *Soledil* la Corte di Giustizia ha però soggiunto che il controllo giudiziale sulla vessatorietà delle clausole potrà dirsi effettivo, solo quando la motivazione dia almeno sommariamente atto del compimento di tale vaglio e delle ragioni per cui la vessatorietà sia

¹² L'assunto di Cass., Sez. II, 26 aprile 2024, n. 11174 (est. Trapuzzano) è che l'esercizio del potere di riduzione della penale, ex art. 1384 c.c., presuppone la validità della clausola. Il che è esatto ma non implica che si formi un giudicato implicito di non nullità della penale che abbia formato oggetto di riduzione *ope iudicis*. Queste le ragioni. Anzitutto, come dicono Cass., Sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, e Cass., sez. un., 22 marzo 2017, n. 7294 "in appello e in cassazione, in caso di mancata rilevazione officiosa della nullità in primo grado, il giudice ha sempre facoltà di rilevare d'ufficio la nullità"; in secondo luogo, quando la cassazione avviene per vizi di motivazione in ordine a punti decisivi della controversia, la sentenza rescindente conserva al giudice del rinvio "tutte le facoltà che gli competevano originariamente quale giudice di merito nell'ambito dello specifico capo di annullamento, anche se, nel rinnovare il giudizio, egli è tenuto a fondare il proprio convincimento secondo lo schema esplicitamente o implicitamente enunciato dalla sentenza di cassazione, potendo dunque anche indagare su altri fatti ai fini di un apprezzamento complessivo in ordine alla pronuncia sostitutiva da emettere. Per tutti, C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, III ed., Padova, 2012, p. 426-427; B. GAMBINERI, *Giudizio di rinvio e preclusione di questioni*, Milano, 2008, p. 224 ss. Venendo ora alla fattispecie concreta, era accaduto che: gli arbitri avevano risolto il preliminare e condannato il promissario acquirente al pagamento della penale; il lodo era stato annullato per violazione del termine ex art. 820 c.p.c. e in sede rescissoria la corte d'appello pronunciava la risoluzione del preliminare per inadempimento e condannava il promissario acquirente al pagamento della penale, previa riduzione officiosa del suo ammontare; il promittente venditore impugnava per cassazione il capo di riduzione della penale; la Cassazione cassava con rinvio per omessa motivazione in ordine ai criteri della riduzione; il giudice del rinvio condannava il promissario acquirente al pagamento della penale nuovamente rideterminata; il promissario acquirente impugnava per cassazione il capo di condanna al pagamento della penale per violazione della disciplina della nullità di protezione. In definitiva, a seguito della condanna al pagamento della penale disposta dal giudice del rinvio, la Cassazione, se anche non fosse stata investita da un apposito motivo di ricorso deducibile la violazione delle norme a tutela del consumatore, avrebbe potuto ancora rilevare d'ufficio la nullità di protezione della clausola negoziale oggetto di riduzione officiosa. Ci sembra insomma che la Cassazione abbia qui esibito una propensione al rinvio pregiudiziale facile, quasi volendo provocare la enunciazione di un principio a rime obbligate da parte dei Giudici del Kirchberg, tenuti a prendere per buona la prospettazione del fatto processuale compiuta dal giudice nazionale remittente. Non su ciò mette conto soffermarsi in questa sede. Peraltro, la pronuncia *Soledil* comporta il superamento del principio di diritto enunciato da Cass., sez. un. 26242/2014, in base a cui il giudice "pur avendo rilevato la nullità di protezione in corso di giudizio, non la dichiara in motivazione, limitandosi a rigettare la domanda, ove ne ricorrano i presupposti, per altro motivo, ovvero ad accoglierla, se fondata".

¹³ CGUE, 20 ottobre 2011, in causa C-396/09, ECLI:EU:C:2011:671, in *Int'l Lis*, 2012, p. 32 ss., con nota di L. PANZANI, *La nozione di COMI nella disciplina comunitaria dell'insolvenza transfrontaliera: i casi Interedil e Rastelli*, al punto 1 del dispositivo: "il diritto dell'Unione osta a che un giudice nazionale sia vincolato da una norma di procedura nazionale ai sensi della quale egli deve attenersi alle valutazioni svolte da un giudice nazionale di grado superiore, qualora risulti che le valutazioni svolte dal giudice di grado superiore non sono conformi al diritto dell'Unione, come interpretato dalla Corte".

stata esclusa ed informi il consumatore sulle conseguenze della decadenza dall'esercizio del potere di impugnare la decisione.

Ecco allora che, secondo una valente Autrice, questa pronuncia interpretativa, rivelatrice di requisiti di forma-contenuto che da sempre (cioè sin dalla entrata in vigore della Direttiva 93/13 sulla tutela dei consumatori) i giudici nazionali avrebbero dovuto osservare nel redigere le motivazioni delle loro pronunce, se letta in combinato disposto col precedente *Banco Primus* (2017)¹⁴, porterebbe al sistematico superamento del giudicato, togato o arbitrale, calato sulla esistenza del diritto di credito del professionista, ogni qual volta la motivazione della sentenza o del lodo non dia appunto dato atto col prescritto esaustivo rigore informativo a prova di inerzia del consumatore, ancorché costituito e tecnicamente rappresentato, dell'avvenuto svolgimento di tutti i controlli desumibili dal principio di effettività del diritto europeo. Scrive D'Alessandro: "tutti i giudicati nazionali emessi all'esito di un giudizio a cognizione piena tra consumatore e professionista e a contraddittorio integro nei quali i giudici dell'unico o dei vari gradi del processo abbiano omesso la verifica officiosa del carattere abusivo delle clausole contrattuali del contratto da cui il credito deriva – o nei quali tale verifica, pur effettuata, non risulti dalla motivazione del provvedimento, la quale non contenga neppure le informazioni richieste dalla Corte di giustizia – non possono ritenersi inclusivi del riferimento alle clausole non esaminate e, invece, rilevanti in riferimento all'oggetto della decisione. In relazione a tali clausole, infatti, il giudicato non si è formato, in base a quanto stabilito nella sentenza *Banco Primus*"¹⁵. La violazione della nuova (si fa per dire, poiché desunta *iuxta principia* e dunque operante *ex tunc*) *practice direction* operativa enucleata dalla Corte di Giustizia, fiduciosa che le sue interpretazioni vincolanti *erga omnes* saranno fedelmente applicate dai giudici nazionali, e non si tradurranno nella apposizione di clausole di stile nelle motivazioni delle sentenze nelle controversie tra professionisti e consumatori, si tradurrebbe dunque, secondo questa dottrina, in un vizio insanabile della sentenza o del lodo, sottratto all'operare della regola dell'art. 161, comma 1, c.p.c.

Ci sembra però che il rigore di tale conclusione debba subire un temperamento proprio alla luce della concreta fattispecie processuale da cui è sortita la pronuncia *Banco Primus* (2017). Cioè l'altro elemento del binomio potenzialmente annichilente, assai più di *Lucchini* e affini, della autorità di ogni giudicato nazionale non tanto rimasto cieco a fronte di nullità di protezione sussistenti ma non rilevate, quanto rimasto ingenuamente "silente" riguardo a verifiche compiute per escluderne la sussistenza. In quel precedente, la Corte di Giustizia afferma che la autorità di giudicato della sentenza di rigetto di una opposizione di merito all'esecuzione, proposta dal debitore esecutato sulla base di un titolo esecutivo stragiudiziale

¹⁴ CGUE, 26 gennaio 2017, in causa C-421/14, ECLI:EU:C:2017:60, in *Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union*, 2017, 299, con nota di A. PIEKENBROCK, *Rechtsschutz in der Hypothekarvollstreckung und unionsrechtliche Klauselkontrolle*.

¹⁵ E. D'ALESSANDRO, *La Corte di giustizia estende il principio della preclusione del "controllato ma non del controllabile" ai giudizi a cognizione piena. Osservazioni sulla sentenza Soledil*, in *Giustizia Insieme*, 2026, par. 4.

(mutuo ipotecario), non osta all'esame della vessatorietà di altre clausole del mutuo da parte del giudice nazionale che sia investito da una nuova domanda di opposizione all'esecuzione proposta dal medesimo consumatore. L'omologazione di questo *dictum* nel nostro ordinamento non dovrebbe risultare particolarmente problematica per quanti reputino che la domanda di opposizione alla esecuzione ex art. 615 c.p.c. abbia natura eterodeterminata, sia cioè individuata dallo specifico motivo di volta in volta dedotto a fondamento della opposizione, ed in questo senso è orientata la giurisprudenza consolidata¹⁶, e natura prettamente costitutiva. Tale impostazione dovrebbe avere per logico corollario che il giudicato di rigetto dell'opposizione all'esecuzione non preclude la riproposizione, *recte* la proposizione di una domanda di opposizione nuova e diversa da quella in precedenza respinta perché fondata su motivi di opposizione in precedenza non dedotti (quantunque già cumulativamente deducibili) nel primo giudizio oppositorio. Una siffatta concezione ristretta dei limiti oggettivi del giudicato di rigetto della opposizione all'esecuzione, come detto, troverebbe conforto nella ricostruzione dottrinale, che individua l'oggetto del processo di opposizione all'esecuzione, a dispetto del tenore dell'art. 615, comma 1, c.p.c., in un potere di azione costitutiva, attribuito al debitore esecutato o nei confronti del quale sia minacciata l'esecuzione, per suscitare una pronuncia a coefficiente puramente ablativo del potere di azione esecutiva *ex lege* attribuito al titolare del titolo esecutivo¹⁷.

¹⁶ Da ult., e però transitando verso una opinabile concezione intermedia di eterodeterminatezza, che pur in difetto di qualsivoglia addentellato normativo estende la preclusione del deducibile a tutti i fatti riconducibili ad una medesima categoria omogenea sul piano degli effetti (e così: fatti impeditivi, estintivi, modificativi), Cass., Sez. III, 19 dicembre 2025, n. 33233 (Pres. De Stefano, Rel. Tatangelo), il cui principio di diritto recita: "il principio della natura eterodeterminata dell'opposizione all'esecuzione di cui all'art. 615 c.p.c. comporta che il suo oggetto sia circoscritto alle ragioni di contestazione del diritto di procedere ad esecuzione forzata svolte con l'atto introduttivo (e, per le opposizioni di cui al capoverso di quella norma, con il ricorso introduttivo della fase sommaria) e ciò determina, altresì, i confini del *thema decidendum* del relativo giudizio, nonché i limiti oggettivi e soggettivi del conseguente giudicato; peraltro, con riferimento alle specifiche condizioni dell'azione esecutiva contestate dall'opponente, ovvero alle specifiche vicende, di natura sostanziale o processuale, dedotte dall'opponente come idonee a produrre un effetto estintivo, impeditivo o modificativo sul credito portato dal titolo esecutivo, il giudicato si estende a tutte le questioni (di fatto e di diritto) che, in relazione a quelle condizioni dell'azione o a quelle vicende del credito, sarebbero state deducibili, nel rispetto delle preclusioni assertive e istruttorie; ne consegue che - con riguardo ad esse - è inammissibile, in un successivo giudizio, la deduzione di circostanze di fatto non allegate, o non ritualmente allegate o provate, così come di questioni giuridiche non prese in esame, per qualsiasi ragione, nel precedente giudizio"; in precedenza, fedele alla accezione "puntilistica" tradizionale di eterodeterminatezza, Cass., Sez. III, 10 novembre 2023, n. 31363: "l'opposizione all'esecuzione si connota come diretta ad ottenere l'accertamento dell'inesistenza del diritto di procedere all'esecuzione per quella ragione, sulla base di tutti i fatti giuridici esistenti al momento della sua proposizione, che potrebbero giustificare detta inesistenza. Essi assumono il carattere di fatti individuatori del diritto fatto valere con l'opposizione, che, proprio perché individuato dalle ragioni dedotte - in quanto, naturalmente, deducibili - dall'opponente, ha natura eterodeterminata".

¹⁷ La questione relativa all'oggetto della opposizione all'esecuzione ed alla latitudine degli effetti preclusivi del giudicato, specie di rigetto, come si vede, appare oggi tutt'altro che "priva di effetti pratici", come aveva chiosato, certo non potendo anteverne le pieghe che avrebbe di lì a sessant'anni assunto la giurisprudenza della neonata Corte di Giustizia delle Comunità Europee, V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, III, Napoli, 1957, p. 337-339, per concludere che "oggetto dell'opposizione all'esecuzione è la *impugnazione dell'azione esecutiva*" (ns. enfasi). Dubbio che F. CARNELUTTI, *Ist. proc. civ.*

Maggiori sforzi di adattamento del *dictum Banco Primus* al nostro ordinamento richiederebbe invece l'adesione alla tesi dichiarativa secondo cui il giudicato sulla opposizione di merito all'esecuzione si estende *ex lege* anche al credito, con conseguente amplificazione della preclusione del deducibile scaturente dal giudicato di rigetto (nel merito) della opposizione (di merito). Vi è anche però chi, pur aderendo alla concezione dichiarativa della domanda *ex art. 615 c.p.c.*, nega che l'opposizione di merito comporti un accertamento incidentale *ex lege* del credito (Vaccarella), ed afferma che il rigetto della opposizione di merito all'esecuzione "non soltanto non implica definitivo accertamento del credito né (conseguentemente) preclusione di altre opposizioni fondate su motivi che potevano essere dedotti con la prima opposizione, ma nemmeno implica l'impossibilità di dedurre la medesima opposizione *olim* rigettata in occasione di una nuova esecuzione"¹⁸. Negando così che l'opposizione di merito alla

it., III, Roma, 1956, p. 99, possa arruolarsi tra i sostenitori della tesi dichiarativista: egli afferma che l'azione di opposizione all'esecuzione ha carattere di accertamento mero, quando il giudice accerta l'esistenza del potere di azione esecutiva in capo al creditore opposto e rigetta la opposizione; nell'ipotesi di accertamento della inesistenza del potere di azione esecutiva, che fonda l'accoglimento della opposizione, di contro, l'accertamento negativo (del potere di azione esecutiva) "può avere carattere costitutivo". Pur aderendo alla tesi dichiarativista sull'oggetto della opposizione all'esecuzione, e ritenendo anche che l'opposizione di merito, se fondata, dia luogo ad un accertamento incidentale *ex lege*, idoneo al giudicato sostanziale sulla (in-)esistenza del diritto di credito, C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Torino, 2025, 374, rileva tuttavia che è discusso, quanto alla sentenza di rigetto della opposizione di merito, "se quella pronuncia accerti anche con valenza di regiodicata, l'esistenza del credito sottostante, con conseguente preclusione di tutte le contestazioni relative (tranne quelle attinenti a fatti successivi alla sentenza), oppure contenga solo l'accertamento che quel diritto di credito non si sia estinto per il solo motivo dedotto specificatamente con l'opposizione. Se così fosse sarebbero possibili ulteriori contestazioni fondate su differenti motivi". Lo specifico profilo dell'ambito oggettuale e degli effetti negativo-preclusivi del giudicato di rigetto della opposizione di merito viene preso in esame da B. CAPPONI, *Manuale dell'esecuzione civile*, Torino, 2017, né da A. TEDOLDI, *Esecuzione forzata*, Pisa, 2020, p. 352; e neppure da M. COMASTRI, *L'opposizione all'esecuzione forzata. Spunti ricostruttivi*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, p. 1246 ss., spec. 1260, che pur oscillando tra la tesi costitutivista ("l'azione esercitata dall'esecutato attraverso l'opposizione di merito è rivolta, anzitutto, ad ottenere un effetto di modificazione giuridica, consistente nella rimozione dell'efficacia esecutiva del titolo") e la tesi dichiarativista, ravvisa l'oggetto della opposizione di merito all'esecuzione "nel credito (*rectius* nell'inesistenza del credito) rappresentato nel titolo esecutivo la situazione giuridica che la domanda giudiziale sottopone a giudizio". Nel dibattito tra dichiarativisti e costitutivisti sulla natura della opposizione all'esecuzione, preferibile appare a noi la tesi dichiarativa, la sola, a ben vedere, capace di raccordarsi a tutti i motivi di opposizione, specialmente poi se deducenti la originaria o sopravvenuta inesistenza del titolo esecutivo: per giunta rilevabile d'ufficio dal giudice dell'esecuzione. In consimili ipotesi sarebbe arduo identificare l'oggetto del processo di opposizione con un diritto potestativo ad attuazione giudiziale ad effetti costitutivo-demolitori della azione esecutiva esercitata dal creditore opposto.

¹⁸ R. VACCARELLA, *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, Torino, 1993, p. 81-82, il quale argomenta che la limitazione della efficacia preclusiva del giudicato di rigetto della opposizione allo specifico motivo dedotto a fondamento della opposizione sarebbe desumibile, in primo luogo, dalla assenza, nel c.p.c. italiano, di una disposizione analoga a quella del § 767, comma terzo, ZPO tedesca, che espressamente onera il debitore opponente di sollevare tutte le eccezioni deducibili al momento della opposizione; e, in secondo luogo, dal fatto che il diritto di credito non formerebbe oggetto della opposizione di merito all'esecuzione, ma verrebbe dal giudice della opposizione accertato solo *incidenter tantum*, in difetto di apposita domanda riconvenzionale del creditore opposto. Così pure M. VILLANI, *In tema di rapporti tra opposizione all'esecuzione e opposizione a decreto ingiuntivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, p. 132 ss., spec. 141 e 145, il quale afferma – e fin qui giustamente – che "il credito pertanto non è l'oggetto della domanda dell'opponente", ma che svaluta l'argomento, già fatto proprio da Liebman nel vigore del c.p.c. previgente, per cui la volontà di legge di accertamento incidentale del credito sarebbe desumibile dalle regole sulla

esecuzione introduca un giudizio di accertamento negativo del credito (e aprendosi alla idea di un giudicato su questioni).

Quel che, tuttavia, non sembra ancora potersi *de plano* far discendere, almeno allo stato attuale di quella giurisprudenza, dalle pronunce della Corte di Giustizia – da miscelare con grandissima cautela – è il sistematico superamento della preclusione del dedotto e del deducibile conseguente al passaggio in giudicato di una sentenza o lodo che abbia accertato l'esistenza del diritto di credito e condannato il debitore ad adempiere, sia essa preceduta o meno dal rilievo officioso di nullità di protezione. Ci pare insomma che il giudicato sostanziale, purché formatosi all'esito di un processo a cognizione piena e debitamente preceduto dalla instaurazione del contraddittorio col convenuto, se anche la motivazione della sentenza o del lodo non dia per avventura minimamente atto dell'avvenuta verifica da parte del giudice circa la (non) vessatorietà delle clausole contrattuali costituenti il titolo della domanda, non sia permeabile *sine die* a motivi di opposizione di merito ex art. 615 c.p.c., deducenti la nullità di protezione e la conseguente inesistenza del credito consacrato dall'accertamento giudiziale.

3. (segue) b) opponibilità ai terzi delle clausole compromissorie, in particolare in materia di azione diretta del danneggiato contro l'assicuratore del danneggiante

Nel caso *London SteamShip Owners' Mutual Insurance Association Limited c. Regno di Spagna* (2022)¹⁹, ancora alla insegna del principio di effettività del diritto eurounitario, la Corte di Giustizia ha poi esteso alle clausole arbitrali la sua giurisprudenza su limiti soggettivi delle clausole di proroga della giurisdizione nei riguardi di terzi diversi dalle parti stipulanti. La Corte ha perciò ribadito che la clausola arbitrale contenuta in una polizza assicurativa è inopponibile al danneggiato che, in quanto il diritto nazionale glielo consenta, intenda esperire una azione diretta contro l'assicuratore del danneggiante, davanti al giudice del luogo in cui si è verificato

competenza per valore del giudice della opposizione, che danno appunto rilievo al valore del credito indicato nel precetto. Secondo Villani la disciplina della competenza non avrebbe valore pienprobante, posto che il criterio di fissazione della competenza in base al valore del credito sarebbe destinato a operare anche quando l'opposizione non sia fondata su motivi di merito e il credito "non sia investito da contestazione alcuna". Si potrebbe obiettare che i criteri di competenza hanno da essere prefissati in via generale e astratta, e parrebbe davvero inesigibile pretendere la fissazione di minuti e diversificati criteri di competenza *secundum eventum litis*, in dipendenza del singolo motivo di opposizione di volta in volta speso dal debitore opponente. Né parrebbe indice di ridotta consistenza oggettuale del processo di opposizione, la circostanza che, come dalla giurisprudenza sempre ammesso, al creditore opposto sia consentito proporre una domanda riconvenzionale avente ad oggetto anche e proprio lo stesso diritto di credito indicato nel titolo esecutivo opposto. La (subordinata) domanda riconvenzionale del creditore, infatti, anche per chi ritenga che l'opposizione di merito comporti *ex lege* un accertamento incidentale del diritto di credito, non potrebbe in alcun modo ritenersi superflua, duplicativa e perciò inammissibile, e ciò in quanto la esigenza per il creditore opposto, che veda contestato il suo potere di azione esecutiva, di munirsi alla occorrenza di un nuovo titolo esecutivo giudiziale, potrebbe essere veicolata solo attraverso un qualificato *petitum* volto a sollecitare, in via condizionata all'accoglimento della opposizione, la pronuncia di un capo di condanna ad adempiere.

¹⁹ CGUE, 20 giugno 2022, in causa C-700/20, ECLI:EU:C:2022:488, in *Riv. dir. proc.*, 2024, p. 234 ss., con nota di M. STELLA, Judgment on the award and conflict between decisions in Reg. CE Bruxelles I; in *Giur. it.*, 2024, p. 1845 ss., con nota di R. AQUILINI, La sentenza *London Steam-Ship*: ombre e criticità a valle della pronuncia della Corte di Giustizia.

l'evento dannoso o dinanzi al giudice del luogo in cui l'attore è domiciliato ed ha subito il danno (punto 60). Era in quel caso in gioco - ed è stato appieno salvaguardato - l'effetto utile della regola di giurisdizione internazionale uniforme, dettata dal Regolamento Bruxelles I-bis, istitutiva del foro speciale dell'illecito aquiliano a beneficio del creditore che sia tale in base a un titolo extracontrattuale. Si ragiona in chiave di *entitlement*, secondo una logica simil-proprietaria sottesa ai criteri di giurisdizione uniformi, quasi fossero già essi stessi attributivi di un "bene della vita", il diritto a non vedersi privati della facoltà di agire davanti a quella certa giurisdizione togata. Speculare e contrario al diritto a veder risolte le future liti da giudici privati di propria elezione, che forma oggetto dell'obbligazione assunta dai compromittenti. Con la stessa pronuncia, la Corte di Giustizia ha poi chiarito che una sentenza togata che si limiti ad "incorporare" il contenuto decisorio di un lodo arbitrale non costituisce affatto una "decisione" passibile di automatico riconoscimento in altri Stati membri, ancorché proveniente dal giudice di uno Stato membro, se sia stata pronunciata nell'ambito di un procedimento idoneo a garantire l'applicazione effettiva delle regole eurounitarie sul riparto di giurisdizione e sulla litispendenza in materia civile e commerciale²⁰.

La Corte di Giustizia non consta abbia ancora avuto occasione di pronunciarsi sulla opponibilità a sottoscrittori ed investitori finali di clausole compromissorie contenute nel prospetto informativo che si accompagna alla emissione di strumenti finanziari²¹. La questione pare

²⁰ Il dubbio che decisioni giudiziarie togate in cui fossero incorporati lodi arbitrali di condanna - tecnica di riconoscimento abituale nel diritto del Regno Unito - avrebbero potuto beneficiare del regime di circolazione convenzionale era stato già ventilato dalla Relazione *Schlosser*, par. 65. Si discute anche se una volta che il lodo arbitrale sia stato annullato ed il giudice togato abbia pronunciato nel merito in sede rescissoria, tale sentenza possa usufruire del regime di circolazione uniforme: a favore, L. MARI, *Il diritto processuale civile della Convenzione di Bruxelles*, Padova, 1999, p. 108; contrario, A. BRIGUGLIO, *La nuova disciplina dell'arbitrato internazionale* (l. 5 gennaio 1994, n. 25), in *Giust. civ.*, 1994, II, p. 108.

²¹ Con riguardo alle clausole di proroga della giurisdizione inserite nel prospetto dalla società emittente titoli obbligazionari, CGUE, 20 aprile 2016, in causa C-366/13, ECLI:EU:C:2016:282, *Profit Investment SIM SpA*, spec. punto 2 del dispositivo: "una clausola attributiva di competenza contenuta in un prospetto di emissione di titoli obbligazionari, redatta dall'emittente di detti titoli, può essere opposta al terzo che ha acquistato tali titoli presso un intermediario finanziario laddove sia dimostrato (...) che tale clausola è valida nel rapporto tra l'emittente e tale intermediario finanziario, poi, che il suddetto terzo, sottoscrivendo sul mercato secondario i titoli in questione, è subentrato a detto intermediario nei diritti e negli obblighi discendenti da questi stessi titoli ai sensi del diritto nazionale applicabile e, infine, che il terzo in questione ha avuto la possibilità di conoscere il prospetto contenente detta clausola". Il tema della efficacia delle "issuer-investor mandatory arbitration provisions" è invece al centro del dibattito statunitense, ove si evidenziano segnatamente due problematiche: quello relativo alla applicazione di norme di ordine pubblico economico che disciplinano i mercati finanziari da parte di giudici privati; e quello relativo alla effettività della tutela giurisdizionale degli investitori ("such provisions could unduly impede the ability of investors to bring private actions to vindicate their rights under the Federal securities laws by foreclosing class action litigation in courts"). Con circolare del 17 settembre 2015 (*"Acceleration of Effectiveness of Registration Statements of Issuers with Certain Mandatory Arbitration Provisions"*), la Securities and Exchange Commission, organo di vigilanza del mercato finanziario statunitense, ha dichiarato che "the presence of an issuer-investor mandatory arbitration provision will not impact decisions regarding whether to accelerate the effectiveness of a registration statement". La Circolare richiama il precedente della Corte suprema federale *Italian Colors*, 570 U.S. 228 (2013), in base a cui "the Arbitration Act requires the enforcement of a mandatory arbitration agreement for bilateral arbitration even though the plaintiff's cost of individually arbitrating the antitrust claims would exceed the potential recovery".

destinata ad assumere rilevanza – l’art. 838-*bis* c.p.c. limitandosi a vietare l’inserimento di clausole compromissorie statutarie alle società con azioni quotate o ad azionariato diffuso (art. 2325-*ter* c.c.) e in attesa della abrogazione di quel divieto in attuazione della delega di cui alla l. 28/2025 – anche alla luce della normativa europea sulle azioni rappresentative, con cui anche le Regole modello si sono misurate, che presenta però quest’angolo cieco: gli effetti della convenzione arbitrale, specie poi se qualificati in chiave sostanziale di rinuncia alla giurisdizione statale, precluderanno o no l’esperimento di azioni rappresentative o di classe davanti al giudice togato?

4. (Segue) c) potere-dovere di controllo della conformità del lodo estero

Ancora più di recente, nel caso *Royal Football Club Seraing SA c. FIFA* (2025)²², la Corte di Giustizia ha riscritto la disciplina del controllo di conformità all’ordine pubblico europeo di lodi esteri. Nel caso di specie, una società calcistica belga aveva impugnato per nullità davanti ad arbitri con sede in Svizzera (e così innanzi al tribunale arbitrale dello sport di Losanna) la penale contrattuale irrogata dagli organi della associazione di appartenenza, la FIFA, per supposta violazione del divieto, gravante sui *club* calcistici associati, di ricevere finanziamenti in cambio della cessione dei diritti economici sui propri giocatori. In parallelo all’arbitrato svizzero la società aveva proposto davanti al giudice ordinario belga una domanda di risarcimento del danno contro la FIFA, per tutti i pregiudizi patrimoniali derivanti dalla applicazione della clausola dello statuto della FIFA, che pone quel divieto in capo alle società affiliate. In entrambi i processi, arbitrale e togato, la società attrice sosteneva che lo statuto della FIFA sarebbe contrario alle libertà fondamentali di libera circolazione dei lavoratori e di libera prestazione di servizi nonché al divieto di pratiche restrittive della concorrenza sanciti dal Trattato UE. Sia gli

²² CGUE, 1 agosto 2025, in causa C-600/23, ECLI:EU:C:2025:617, in *Journ. Eur. Competition Law & Practice*, 2025, p. 67 ss., con nota di T. LIVOLSI, *No Res Judicata for arbitral award if no check against EU competition law by a court in the EU: case C-600/23 Royal Football Club Seraing*. V. pure le considerazioni *ante litteram* di E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Preliminary Remarks on the Seraing Case, Pending Judgment*, in *Diritto dello Sport*, 2025, p. 80 ss.

arbitri²³ che il giudice svizzero della impugnazione del lodo²⁴ rigettavano le domande e i motivi di impugnazione del lodo formulati dalla società attrice, ritenendo che lo statuto della FIFA non può ritenersi contrario ad alcuna disposizione di ordine pubblico né europeo né svizzero. E ciò in quanto, a detta degli arbitri, i divieti gravanti su ciascun associato sarebbero sorretti da obiettivi legittimi, nella specie non specificamente contestati dalla attrice in arbitrato, la quale neppure aveva dimostrato che la concreta idoneità delle clausole statutarie in questione a restringere la concorrenza. La FIFA vittoriosa invocava dunque la efficacia positivo-conformativa del giudicato arbitrale nel processo risarcitorio pendente davanti al giudice belga.

Adita dalla Cassazione belga, che chiedeva lumi circa l'eventuale dovere di disapplicazione delle norme interne che conferiscono efficacia di giudicato al lodo estero, la Corte di Giustizia ha statuito:

- (a) che il principio di tutela giurisdizionale effettiva riconosciuto dall'art. 19 TUE, in combinato disposto con gli artt. 47 Carta dei diritti fondamentali e 267 TFUE, dev'essere assicurato a più forte ragione in presenza di *meccanismi di arbitrato de facto*

²³ Arbitrage TAS 2016/A/4490 RFC Seraing c. Fédération Internationale de Football Association (FIFA), sentence du 9 mars 2017 (M. Bernard Foucher, Président; Me Bernard Hanotiau; Me Ruggero Stincardini), punti 102 e 103: "La Formation arbitrale relève que RFC Seraing ne conteste pas la légitimité de ces objectifs et reconnaît expressément la légitimité des objectifs tenant à la préservation de l'intégrité des compétitions et de l'intégrité commerciale, à la lutte contre le manque de transparence des investissements dans les clubs ainsi qu'à la protection de la liberté professionnelle des joueurs. Sans qu'il soit nécessaire d'analyser en détail la légitimité de ces objectifs dès lors qu'elle n'est pas contestée, la Formation arbitrale constate, sans que cela soit exhaustif, que l'objectif de préservation de la régularité des compétitions sportives (CJCE 13 avril 2000, aff. C-176/96 "*Lehtonen*", §§ 53 et s.), de l'équilibre entre les clubs et l'incertitude des résultats (CJCE 15 décembre 1995, aff. C-415/93 "*Bosman*", § 106), de l'intégrité sportive des compétitions, de la prévention des conflits d'intérêts et la confiance du public dans le caractère honnête de la compétition (Commission européenne, 25 juin 2002, aff. COMP/37 806 "*ENIC*", §§ 28 et 37), de l'intégrité et l'objectivité de la compétition (CJCE 18 juillet 2006, aff. C-519/04 "*Meca-Medina*", § 43), de la protection de l'image et de l'éthique du football (Cour d'Appel de Paris 13 avril 2016, n° 13/20972 "*P. c/ Fédération internationale de football*"), ont été jugés légitimes par la CJUE, la Commission européenne ou des juridictions d'États membres de l'UE".

²⁴ Con sentenza del 20 febbraio 2018, 4A_260/20171 il Tribunale federale svizzero ha rigettato il motivo di impugnazione del lodo deducendo la contrarietà all'ordine pubblico, siccome inammissibilmente generico: "the Appellant seriously disregards the federal case law on the grounds of appeal of an arbitral award, which require the Appellant to discuss the reasons in the contested award and to indicate precisely how the Appellant considers that the award has disregarded the law". *Ad abundantiam* il Tribunale federale soggiunge che il motivo era infondato nel merito e ciò in quanto l'impugnante non aveva fornito la dimostrazione che la restrizione sulla libertà negoziale imposta dai vincoli statuari della FIFA fosse tale da compromettere la libertà di iniziativa economica della impresa impugnante: "By prohibiting TPOs, FIFA is restricting the economic freedom of the clubs, but is not suppressing it. Clubs remain free to pursue investments, as long as they do not secure them by assigning the economic rights of the players to third-party investors. The Appellant acknowledges that the suppressed freedom concerns only 'certain types of investment'. Moreover, if this violation of Art. 27(2) CC was so detrimental to the economic freedom of clubs, one must ask how professional clubs established in countries that have already prohibited the establishment of TPOs – such as France and England – still find the funds necessary for their operation, which they are widely known to have".

obbligatorio, che sottraggono alla competenza dei giudici degli Stati membri controversie vertenti sulla interpretazione del diritto dell'Unione;

- (b) che pur in presenza di meccanismi di *arbitrato forzato*, perché *"in pratica imposto unilateralmente"* a una determinata cerchia di soggetti, il diritto europeo non impone agli Stati membri di istituire rimedi impugnatori che prevedano il riesame di ogni singola questione di fatto e di diritto su cui gli arbitri si siano pronunciati;
- (c) che i giudici statali investiti del controllo, anche in via incidentale, sul lodo estero che abbia fatto applicazione del diritto europeo, devono poter sindacare l'interpretazione delle norme di ordine pubblico europeo, le conseguenze giuridiche che sono state ricollegate a tale interpretazione e la qualificazione giuridica che è stata data *"ai fatti quali accertati e valutati dall'organo arbitrale"* (punto 101);
- (d) che il giudice statale ha il dovere di disapplicare eventuali norme nazionali preclusive dell'esercizio del sindacato di conformità del lodo all'ordine pubblico europeo (in specie, delle norme del c.p.c. belga che conferiscono al lodo inoppugnabile autorità di giudicato tra le parti e valore di prova nei confronti dei terzi);
- (e) che il controllo di conformità del lodo all'ordine pubblico desumibile dall'art. 19 TUE dev'essere esercitato *anche d'ufficio*²⁵, e che tale controllo va *"di pari passo"* – vale a dire, concorre – con le previsioni di analoghi poteri eventualmente attribuiti ai giudici degli Stati membri da strumenti convenzionali internazionali di cui la UE non è parte (Conv. New York 1958);
- (f) che qualsiasi giudice nazionale investito del vaglio di conformità del lodo all'ordine pubblico, deve poter adottare misure cautelari a tutela del singolo;

²⁵ Dall'angolatura del diritto processuale interno, avuto riguardo alla disciplina della impugnazione per nullità del lodo ex art. 829 c.p.c., la soluzione divisata dalla Corte di Giustizia non presenta un carattere assolutamente innovativo. Con la precisazione, che mi pare necessaria, che il potere officioso di rilievo della contrarietà all'ordine pubblico potrà essere esercitato dal giudice della impugnazione del lodo soltanto dopo che tale giudice si sia sincerato della ammissibilità della impugnazione del lodo e possa così accedere al giudizio sulla validità ed erroneità del prodotto decisorio degli arbitri. Nel senso, infatti, che "il lodo potrà essere annullato per contrasto con l'ordine pubblico anche su rilievo d'ufficio da parte della corte d'appello e attuazione del contraddittorio sul punto, benché l'impugnazione sia proposta per altro motivo", E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma*, Milano, 2009, p. 286, sulla scia di Menchini (che però impernia la soluzione sul parallelismo col rilievo officioso della nullità sostanziale del contratto); M. BOVE, *La giustizia privata*, 2a ed., Milano, 2021, p. 235, che reputa possibile "a prescindere da ogni previsione di parte e direi anche da ogni rilievo di parte" il controllo d'ufficio sulla conformità del lodo all'ordine pubblico da parte del giudice della impugnazione; più sfaccettata è la posizione di A. A. ROMANO, *Diritto dell'arbitrato rituale*, Torino, 2023, p. 313, per il quale sarebbe "incerto se, al lodo contrario all'ordine pubblico, si applichi regolarmente il principio di conversione della nullità in motivo di gravame, o se esso debba reputarsi invece affetto da inesistenza (...): non pare in verità esservi ragione normativa per disapplicare in via generale l'art. 161, c. 1, c.p.c., pur senza escludere che, in qualche caso eccezionalissimo, il radicale contrasto con l'ordinamento giuridico nel suo complesso possa comportare l'insanabilità del vizio nonostante il giudicato (...). In tali casi, e soltanto in essi, la contrarietà all'ordine pubblico dovrebbe reputarsi *a fortiori* rilevabile d'ufficio da parte del giudice investito del gravame per altri motivi".

La uniformazione dello statuto dei giudici degli Stati membri con riguardo alla verifica anche officiosa della compatibilità di un lodo estero – i.e. pronunciato all’esito di un arbitrato con sede in uno Stato terzo – con l’ordine pubblico europeo è attinta in via pretoria, in assenza di qualsivoglia intervento legislativo europeo, con prevalenza su ogni disposizione nazionale divergente, anche, se del caso, di “diritto vivente” nell’ambito dei vari ordinamenti. Manifesto è il rifiuto della c.d. teoria minimalista, dai critici ritenuta sfuggente e di difficile applicazione, affiorata specialmente in seno alla giurisprudenza d’Oltralpe (caso *Thalés*, con significativa eco pure nella giurisprudenza statunitense, caso *Mitsubishi*), più di recente soggetta a qualche ripensamento da parte della stessa Cassazione francese²⁶. Secondo tale sdruciolevole impostazione – riferita però al controllo di conformità del lodo all’ordine pubblico da parte del giudice della impugnazione del lodo – il sindacato del giudice statale, che non è (o non è ancora nella fase rescindente) “*juge de l’affaire*”, sarebbe consentito solo nei casi di silenzio della motivazione del lodo su questioni di diritto involgenti la applicazione di norme di ordine pubblico oppure nei casi di violazione macroscopica e flagrante (...*qui creve les yeux*) di tali disposizioni²⁷. Di contro, in base alle indicazioni vincolanti odiernamente impartite dalla Corte di Giustizia, il giudice statale dovrà esercitare sul lodo estero (i.e. pronunciato da arbitri con sede *extra* UE) oggetto di opposizione al riconoscimento un sindacato pressoché analogo a quello svolto dalla Corte di cassazione nel decidere su motivi di ricorso deducanti la violazione di norme di diritto ai sensi dell’art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c.

Si badi però che il sindacato di legittimità dischiuso dall’odierna pronuncia della Corte di Giustizia non si estenderà mai al *giudizio di fatto* compiuto dagli arbitri, impregiudicato ovviamente il potere-dovere del giudice statale di riquilibrare in diritto i fatti così come fissati dai giudici privati nella motivazione del lodo, così come pure, riteniamo, di riesaminare le valutazioni giuridiche, irriducibili ad accertamenti di meri fatti storici, conseguenti alla applicazione di norme elastiche o di clausole generali o standard di ragionevolezza, non eccessività degli effetti di restrizioni del mercato, etc. Il riesame degli accertamenti di fatto, purché di nudi fatti storici si tratti, dunque, non è dal diritto europeo imposto al giudice statale della opposizione al riconoscimento del lodo extra-UE, indipendentemente dall’esistenza o meno di analoghe preclusioni alla rivalutazione dei fatti e delle prove previste dalla disciplina dei rimedi impugnatori approntata dal diritto processuale dello stato estero della sede dell’arbitrato. Codesta limitazione del sindacato dei giudici degli Stati membri potrà apparire penalizzante e a rischio di vulnerare l’effettività della tutela giurisdizionale, proprio nei casi in cui, nel corso del processo privato, venga in gioco l’interpretazione e la applicazione delle norme di ordine pubblico europeo sulla concorrenza, le quali sovente implicheranno

²⁶ Cass. 1^{re} civ., 23 mars 2022, n° 17-17.981, *Belokon*, in F. ANCEL, T. CLAY, *Groupe de travail sur la réforme du droit français de l’arbitrage. Rapport et propositions de réforme*, Paris, 2025, p. 11, nota 19.

²⁷ Sui postulati della tesi minimalista, C. RASIA, *Tutela giudiziale europea e arbitrato*, Bologna, 2010, p. 238 ss.; S. TURATTO, *L’impugnazione del lodo rituale per contrarietà all’ordine pubblico*, Padova, 2020, p. 234 ss.

accertamenti di fatto molto complessi. È da ritenere però che anche un eventuale *error in iudicando*, che si concreti nella violazione della regola dell'onere della prova, per avere gli arbitri addossato il rischio della mancata prova di determinati fatti giuridici sulla parte che non ne sarebbe stata onerata, sia egualmente idoneo a rifluire nella contrarietà del lodo all'ordine pubblico, nella misura in cui l'errore sulla allocazione dell'onere dimostrativo abbia condotto alla disapplicazione della norma sostanziale di ordine pubblico rilevante. Per tornare, così, al caso *Seraing c. FIFA*, la decisione degli arbitri svizzeri, secondo cui la non contestazione delle circostanze esimenti sarebbe stata sufficiente a fondare il rigetto della domanda di accertamento negativo del credito alla penale contrattuale per nullità della clausola statutaria che la prevede, ben potrebbe ritenersi affetta da violazione della regola dell'onere della prova rifluente nella violazione o falsa applicazione dell'art. 101 TFUE, tenuto conto che grava sulla impresa autrice della clausola restrittiva dimostrare che tale pratica persegue un obiettivo legittimo o produce un beneficio economico per il mercato²⁸. Né le circostanze esimenti parrebbero qualificarsi come meri fatti, e per giunta come fatti propri della società affiliata o rientranti nella sua sfera di conoscenza, sì da potere innescare per essa l'onere processuale di contestazione a pena di ammissione del fatto.

5. Riflessi sistemologici sull'arbitrato interno, in particolare sull'arbitrato da legge obbligatorio e semi-forzato societario.

Il confine tra *finality* del giudizio di fatto, intangibile dal giudice togato, e giudizio di diritto, soggetto a sindacato incidentale di conformità all'ordine pubblico, è stato enunciato in relazione a un tipo di arbitrato, quello sportivo, dalla Corte di Giustizia definito "*non solo generale e obbligatorio, ma anche esclusivo per tutte le categorie di persone considerate in tali disposizioni*" (punto 97).

Particolare rilevanza acquista così il richiamo da parte della Corte di Giustizia alla glossa della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'art. 6 CEDU, alla quale lo stesso art. 47 Carta di Nizza si abbevera, e alla distinzione tra arbitrato forzato e arbitrato volontario. Qui ha inizio la seconda parte della nostra relazione, che attiene agli effetti riflessi del *dictum* della Corte di Giustizia o meno impegnativamente ad alcuni corollari traibili da quella pronuncia, in contesti solo sul piano formale riconducibili al fenomeno dell'arbitrato volontario. Tra le garanzie che in base al diritto europeo devono essere assicurate ai compromittenti *non* rientra, come si è visto, il riesame della *quaestio facti*. Il pensiero corre dunque alla risalente, ma ancora attuale

²⁸ Per quanto concerne il riparto dell'onere probatorio nei giudizi di impugnazione delle decisioni della Commissione in tema di aiuti di stato davanti ai giudici comunitari, V. DE CAROLIS, *L'onere della prova del vantaggio selettivo ex art. 107 TFUE in materia di ruling fiscale*, in *Corr. giur.*, 2021, p. 94 ss., spec. 105, rileva che graverà sulla Commissione dimostrare "la riconducibilità *lato sensu* della misura allo Stato (nella duplice accezione dell'impiego di risorse statali e della imputabilità soggettiva della misura allo Stato o ad una sua articolazione), il vantaggio economico cagionato dalla misura contestata all'impresa beneficiaria, la sua selettività, gli effetti (anche solo potenzialmente) distorsivi della concorrenza".

giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, sovente chiamata a valutare la conformità con il diritto all'equo processo di leggi nazionali istitutive di arbitrati obbligatori quale rimedio esclusivo per la risoluzione di controversie aventi ad oggetto l'entità dell'indennizzo dovuto ai singoli azionisti in conseguenza di espropriazioni o nazionalizzazioni di società di interesse economico nazionale. La pronuncia capostipite è *Lithgow e altri c. Regno Unito* (1986)²⁹, relativa alla compatibilità con l'art. 6 CEDU dell'Arbitration Tribunal del 1977 sulle cause di equo indennizzo a favore degli azionisti di società per azioni nazionalizzate dal governo inglese. La Corte di Strasburgo ha ritenuto che l'obiettivo di evitare un contenzioso su larga scala e così una pluralità di ricorsi individuali davanti ai giudici ordinari giustifichi la privazione del diritto di accesso al giudice statale e la devoluzione obbligata di tutte le controversie al giudizio di un collegio arbitrale, finanche allorquando la nomina dei componenti del collegio sia rimessa in via esclusiva alla p.a., previa consultazione con un rappresentante comune degli azionisti, purché la nomina avvenga nel rispetto di criteri di selezione predeterminati di comune intesa. La Corte di Strasburgo ha anche ritenuto conforme all'art. 6 CEDU la privazione del diritto di azione individuale, a favore di sistemi di legittimazione straordinaria che affidino l'esercizio dei diritti ad un rappresentante di nomina pubblica (*"this limitation on a direct right of access for every individual shareholder to the Arbitration Tribunal pursued a legitimate aim, namely the desire to avoid, in the context of a large-scale nationalisation measure, a multiplicity of claims and proceedings brought by individual shareholders"*).

Secondo autorevole dottrina, la Corte EDU avrebbe in quella occasione convalidato l'ablazione del diritto di azione individuale "con soverchia facilità"³⁰. Si può senz'altro convenire che la motivazione della Corte sia fin troppo recisa, nel sancire il principio per cui il diritto individuale di azione possa essere inibito ogni qual volta se ne paventi l'esercizio diffuso da parte di una pletora di danneggiati. Il che non significa che considerazioni di ben altro spessore possano addursi a sostegno di una compressione, pur così marcata, del diritto di accesso alla giurisdizione togata. Proprio dal più recente arresto della Corte di Giustizia nel caso *Seraing* (retro esaminato), si ricava che uno Stato membro potrebbe istituire forme di arbitrato

²⁹ Corte eur. dir. uomo, 8 luglio 1986, ric. n. 9006/80; 9262/81; 9263/81; 9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81.

³⁰ C. CONSOLO, *L'equo processo arbitrale nel quadro dell'art. 6, § 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 453 ss., ripubblicato in *Id.*, *Nuovi problemi di diritto processuale civile internazionale*, Milano, 2002, p. 432. Cfr. A. BRIGUGLIO, *Gli arbitrati obbligatori e gli arbitrati da legge*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 81 ss., 92, secondo cui "nella prospettiva del diritto al *procès équitable*, l'arbitrato è per la Corte europea né più né meno che un'altra giurisdizione, poco importa dunque se alternativa, sulla base di una scelta volontaria, rispetto a quella statuale, ovvero di essa necessariamente sostitutiva". Secondo questo A., pertanto, la giurisprudenza *Lithgow* non potrebbe essere addotta quale argomento, per sottolineare la divergenza di rotta rispetto alla posizione assunta dalla Corte costituzionale italiana nei riguardi della incompatibilità dell'arbitrato obbligatorio con il dettato costituzionale.

obbligatorio, senza però dovere necessariamente far seguire ad esso un *novum iudicium* davanti al giudice ordinario³¹.

In tutti i casi in cui si profilino contenziosi socio-economici seriali, su larga scala, o controversie in seno a gruppi organizzati caratterizzati da comunione di scopo, caratterizzati da comunanza di questioni di fatto o di diritto, l'art. 6 CEDU – ed allora anche l'art. 19 TUE, che ad esso si abbevera – non sarebbe dunque d'ostacolo alla istituzione di forme di arbitrato obbligatorio, finanche attivabili a iniziativa di un legittimato straordinario, al fine di evitare contrasti tra giudicati individuali che, seppur sempre e soltanto logici, finirebbero a lungo andare per attentare alla parità di trattamento sostanziale. Lo strumentario della riunione discrezionale dei procedimenti connessi (artt. 40 e 274 c.p.c.) rivelandosi del tutto insufficiente e comunque inefficiente.

Esigenze di parità di trattamento del tutto analoghe, dopotutto, e non per caso, si riflettono nella strutturazione della tutela giurisdizionale nell'ambito delle procedure concorsuali. Allorché furono sospettate di incostituzionalità per violazione dell'art. 24 Cost. le norme istitutive sulla liquidazione coatta amministrativa³², la Corte Costituzionale imperniò agilmente il rigetto della questione sulla struttura bifasica del procedimento³³: si rilevò che la prima fase ha natura amministrativa, poiché diretta da organi nominati dalla p.a., e destinata a sfociare nello stato passivo formato dall'ufficio commissariale, senza preventivo esercizio della giurisdizione; e che solo la seconda fase, peraltro eventuale, ha natura giurisdizionale. La temporanea (benché sovente di vari anni!) inibizione dell'accesso alla tutela giurisdizionale, differito per il tempo necessario a redigere l'elenco dei creditori ammessi, sarebbe una compressione del diritto di azione tollerabile, non tale da arrecare una violazione sostanziale all'art. 24 Cost.

³¹ Là dove, invece, nel nostro ordinamento la impugnazione davanti all'autorità giudiziaria dei provvedimenti di determinazione dell'indennità e della stima fatta dal collegio di tecnici a mente dell'art. 54, D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327 si caratterizza quale *novum iudicium* con libero riesame di ogni questione di fatto e di diritto. Si noti comunque che il legislatore ha optato qui per un unico grado di merito, dovendosi il processo celebrare davanti alla Corte d'appello nel cui distretto si trova il bene espropriato, con le forme del rito semplificato ai sensi dell'art. 29 d.lgs. 150/2011.

³² V. soprattutto G. SCALFI, *La liquidazione coatta amministrativa alla luce della Costituzione*, in *Dir. fall.*, 1965, I, p. 154 ss., secondo cui la disciplina della l.c.a. dettata dalla l.f. sarebbe anticostituzionale sotto plurimi profili. *In primis* per violazione dell'art. 24 Cost., nella misura in cui attribuirebbe ai commissari liquidatori funzioni giurisdizionali nell'accertamento del passivo, con ciò violando il divieto di istituzione di giudici speciali. E poi perché la stessa apertura della procedura liquidativa sarebbe rimessa ad un atto della p.a. Lesivo del diritto di difesa, secondo E. T. Liebman, *Illegittime restrizioni all'azione dei creditori nella liquidazione coatta amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, 1 ss., sarebbe stato invece esclusivamente il termine di decadenza di soli quindici giorni (decorrente dal ricevimento della raccomandata spedita dai commissari) per l'opposizione allo stato passivo, definito impareggiabilmente giugulatorio "per proporre una domanda in una materia spesso difficile e complessa, specie se si considera che nel nostro ordinamento non v'è (che io sappia) altro esempio di un termine di decadenza così breve". La disciplina del rito cautelare uniforme, che contempla analogo termine quindicinale per la proposizione del reclamo, era ancora da venire.

³³ C. Cost., 2 aprile 1969 n. 87 (Pres. Sandulli, Rel. Reale), in *Dir. fall.*, 1969 II, p. 361.

La relativa morigeratezza del legislatore ordinario di fronte alla tentazione di istituire forme di arbitrato obbligatorio, più o meno larvate, potrebbe spiegarsi oggi soltanto alla luce del divieto di istituzione di giudici speciali sancito dall'art. 102 Cost. e di una cementata giurisprudenza costituzionale. A quest'ultimo riguardo, però, meriterebbe davvero un rinnovato studio sul rapporto tra arbitrato obbligatorio e Costituzione, *ad instar* della storiografia giuspolitica che Giovanni Tarello svolse in relazione alla giurisprudenza della Corte in materia di leggi limitative del diritto di proprietà³⁴. Il confine tra arbitrato obbligatorio e giudice speciale è del resto assai labile, tutt'altro che scolpito nei lavori preparatori della Assemblea Costituente. È un fatto che le voci *Arbitrato obbligatorio o necessario* "che un tempo furono esaminate sotto un'unica insegna insieme con l'arbitrato rituale", come lo stesso Carnacini, che ne fu coautore, ricorda³⁵, finirono per confluire poi, a Costituzione in vigore, e dunque nel *Novissimo Digesto italiano*, sotto la voce *Giurisdizioni speciali*. Scelta editoriale per quanto savia non bastevole a esaurire sì grave questione. Consideriamo, per un attimo, la pronuncia capostipite tralatiziamente richiamata da tutte le successive pronunce espressione di questo orientamento, ch'ebbe a ravvisare una violazione dell'art. 102 Cost. nella legge istitutiva di un arbitrato obbligatorio (in specie trattavasi dell'art. 25, r.d. 29 giugno 1939, n. 1127 istitutivo di un collegio arbitrale per la determinazione della entità del premio dovuto all'inventore artefice di una invenzione industriale brevettata dal datore di lavoro).

La motivazione di C. Cost. 14 luglio 1977, n. 127 (Pres. Rossi, rel. Elia)³⁶ è imperniata sui seguenti argomenti (di alcuni dei quali spicca l'anacronismo, per non dire il superamento *de iure condito*):

- a) l'attività degli arbitri non è fungibile con quella del giudice togato, difettando in capo agli arbitri poteri cautelari e coercitivi (si vedano oggi gli artt. 818, 824-*bis*, 838-*ter*, comma quarto, e 614-*bis* c.p.c.);
- b) la volontà dei costituenti di espungere ogni forma di giurisdizione speciale, comprese quelle di tipo arbitrale, a eccezione dei giudici speciali mantenuti in Costituzione godrebbe di "*chiarissimo riscontro nei lavori preparatori*";

³⁴ G. TARELLO, *Storiografia giuspolitica e interventi della Corte costituzionale in materia di proprietà*, in Id., *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, 1988; senza nulla togliere, con ciò, alle accurate rassegne sulla giurisprudenza costituzionale in materia di P. GAGGERO, *L'arbitrato obbligatorio*, in G. ALPA, V. VIGORITI, *Arbitrato. Profili di diritto sostanziale e di diritto processuale*, Torino, 2013, p. 37 ss. e di E. T. FROSINI, *Arbitrato rituale e giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. arbitrale*, 2019, p. 197 ss.

³⁵ T. CARNACINI, voce *Arbitrato rituale*, in *Noviss. D.I.*, Torino, 1964, I, 2, p. 876; in precedenza, T. CARNACINI, M. VASETTI, *Arbitrato rituale*, in *Nuovo D.I.*, Torino, 1937, I, p. 648; indi, M. VASETTI, voce *Giurisdizione speciale*, in *Noviss. D.I.*, Torino, 1965, I, p. 1079 ss., spec. 1087 ss.

³⁶ In *Giur. it.*, 1978, I, 1, cc. 1809 ss., 1810, con nota critica di O. T. SCOZZAFAVA, *Il problema della legittimità costituzionale dell'arbitrato obbligatorio*, a parere del quale "l'arbitrato, sia esso imposto dalla legge, sia esso previsto in via contrattuale, non concreta mai una fattispecie affetta da illegittimità costituzionale, per il semplice motivo che le rammentate disposizioni del nostro codice di rito (artt. 806 e segg.) apprestano gli strumenti per ricondurre l'arbitrato nell'ambito della giurisdizione ordinaria".

- c) la conclusione “*suggerita dai lavori preparatori*”, troverebbe “*saldo fondamento*” nel testo della Costituzione e sarebbe “*avvalorata dall'art. 6 CEDU*” (si v. però la sentenza *Lithgow*, del 1986);
- d) vi sarebbe una disparità di trattamento rispetto alla situazione dell'inventore che sia anche dipendente pubblico, in quanto, in questa ipotesi, il compenso per l'invenzione sarebbe determinato dalla p.a., con atto impugnabile davanti al giudice amministrativo (si v. le norme sulla privatizzazione del pubblico impiego);
- e) l'insopprimibile fondamento volontaristico dell'arbitrato, desumibile dall'art. 806 c.p.c., assumerebbe il carattere di “principio generale, costituzionalmente garantito, dell'intero ordinamento” (che dire delle norme – art. 7, l. 218/1995 – che impediscono l'esercizio del diritto di azione davanti a giudici italiani, dando rilievo alla litispendenza davanti a giudici di stati terzi che, per definizione, possono anche non incarnare i valori comuni su cui si basa la *full faith and credit* riconosciuta alle decisioni dei giudici degli Stati membri nel sistema di Bruxelles?);

Argomenti, quelli addotti dalla Consulta, nessuno dei quali irresistibile dopotutto. Il fugace richiamo alla, a sua volta sbrigativa illazione del presidente della commissione nella seduta del 21 novembre 1947 (“*Vi sono commissioni e collegi arbitrali, che costituiscono vere e proprie giurisdizioni speciali; ne seguiranno le sorti...*”), pretermette che altrove si collocò il fulcro del dibattito nei riguardi delle giurisdizioni speciali in seno alla Sottocommissione II, animato dal confronto tra le personalità scientifiche di Giovanni Leone e Piero Calamandrei. Ambedue votati a “impedire al legislatore di creare organi speciali”, il primo però più preoccupato di garantire “una certa flessibilità della organizzazione della giustizia”³⁷, il secondo dei “rischi che correrebbe l'indipendenza della Magistratura, ove si lasciasse al legislatore la possibilità di creare giurisdizioni speciali, *sul tipo del Tribunale speciale della difesa dello Stato*”³⁸. Con Di Giovanni favorevole a conservare “quei Collegi arbitrali che sorgono in relazione alla costante evoluzione del diritto del lavoro e che hanno dato ottime prove per la risoluzione delle controversie”³⁹. Con l'accorato appello di E. Vanoni, intervenuto ai lavori preoccupatissimo delle prefigurabili deviazioni del contenzioso tributario, già ben evidenti allora, dalla cornice del disegno costituzionale *in fieri*; ma incapace di destare se non modesto interesse in Calamandrei, che suggeriva il disbrigo della questione alternativamente accorpando la tributaria nella giurisdizione ordinaria oppure mantenendola in vita come autonoma, ed ennesima, giurisdizione speciale. Di arbitrato, e arbitrato obbligatorio in particolare, se si parlò,

³⁷ Seconda Sottocommissione (Seconda Sezione), Seduta del 17 dicembre 1946, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. VIII, Roma, 1976, 1930-1931.

³⁸ Seconda Sottocommissione (Seconda Sezione), Seduta del 18 dicembre 1946, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. VIII, Roma, 1976, 1938.

³⁹ *Ibid.*, 1939.

si parlò pochissimo, e soltanto incidentalmente. Con soluzione nel complesso “intrinsecamente ambigua” come stigmatizza G. Verde⁴⁰.

D'altra parte, già il Calamandrei accademico, prima ancora del Calamandrei costituente, avrebbe esitato a qualificare come giurisdizioni speciali le forme di arbitrato da legge obbligatorio, seppur preclusive dell'accesso alla giurisdizione ordinaria, in cui la scelta degli arbitri sia rimessa alle parti in lite. “Il nucleo del concetto di arbitrato, volontario o necessario” dovendosi ravvisare proprio nel potere delle parti “di scegliersi liberamente, secondo preferenze personali, i giudici di loro fiducia”. Soltanto dove tale potere venga a mancare “svanisce del tutto la figura dell'arbitrato e subentra necessariamente quella di organo giurisdizionale speciale”⁴¹.

Sul problema della conformità a Costituzione delle leggi istitutive di arbitrati obbligatori, anche la dottrina processualistica più recente è apparsa meno categorica⁴². La stessa giurisprudenza costituzionale ha mostrato via via minore intransigenza nei riguardi dell'arbitrato da legge. Secondo un'efficace rilettura in chiave penalistica⁴³, vi sarebbe stato un transito dall'imputazione al legislatore ordinario di una colpa commissiva (da previsione dell'arbitrato obbligatorio come unica via di tutela) a quella di una colpa solo omissiva, da mancata previsione della facoltatività dell'arbitrato da legge. E tanto allo scopo di evitare declaratorie di incostituzionalità a rime obbligate delle tante disposizioni di legge ordinaria che ancor'oggi

⁴⁰ G. VERDE, *Diritto processuale civile*, III, Bologna, 2025, p. 293.

⁴¹ P. CALAMANDREI, *Contributo alla teoria dell'arbitraggio necessario nel diritto pubblico*, in *Giur. it.*, 1924, I, 1, cc. 759 ss., ripubblicato in *Id.*, *Opere giuridiche*, p. 285 ss., spec. 293. Cfr., all'esito di ampia rassegna sulle “altre giurisdizioni” istituite da leggi speciali, G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1945, p. 302 così conclude: “il richiamo all'arbitrato, contenuto in queste denominazioni, si deve ritenere completamente improprio, in quanto, mentre gli arbitrati e i collegi arbitrali sono persone private investite di una controversia tra le parti, che in tal modo derogano alla giurisdizione ufficiale, le commissioni arbitrali di cui parliamo sono organi dello Stato, vere autorità giurisdizionali, la cui posizione non differisce sostanzialmente da quella delle altre giurisdizioni speciali”.

⁴² L. P. COMOGLIO, *Mezzi alternativi di tutela e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 318 ss., 354, rileva infatti che “rappresenta invece una costante – non del tutto chiarita – del panorama normativo il delicato problema, concernente la legittimità dei c.d. arbitrati obbligatori, che sono «imposti» da leggi o da norme regolamentari derivate (ad es. da capitoli generali o speciali d'appalto, nel settore delle opere pubbliche), senza alcun riguardo alla volontà delle parti in lite (ed anzi, ove occorra, contro la volontà di una di esse)”, e chiosa che a dispetto dell'atteggiamento tutt'altro che univoco del legislatore al riguardo, “è invece molto chiara, in proposito, la posizione negativa, assunta in questi anni dalla Corte costituzionale”. Cfr. E. FAZZALARI, *Contro l'arbitrato obbligatorio*, in *Riv. arb.*, 1993, p. 215 ss., nota 1, per il quale, a difesa dell'arbitrato obbligatorio non potrebbe addursi “la pretesa che l'arbitrato abbia «natura» giurisdizionale (pretesa infondata, vertendosi in attività squisitamente privata), né l'assoggettabilità del lodo omologato all'azione di nullità innanzi al giudice ordinario (ciò che non incide minimamente sulla natura privata del processo arbitrale)”. È da chiedersi tuttavia se la teoria c.d. del convogliamento non possa riacquistare almeno in parte il suo *appeal* nel mutato quadro dell'ordinamento e alla luce dell'espresso riconoscimento della natura giurisdizionale dell'arbitrato rituale da parte della giurisprudenza anche costituzionale.

⁴³ Di F. AULETTA, *Tra illegittimità costituzionale e non fondatezza della questione: una terza via per le leggi di arbitrato “obbligatorio”?*, in *Riv. arb.*, 2000, p. 277 ss., 282, nota a C. Cost. 13 aprile 2000, n. 115.

prevedono la *imposizione* dell'arbitrato e lo contemplan quale unico strumento di risoluzione delle controversie e la tutela giurisdizionale dei diritti⁴⁴.

Gli è che dietro al “filtro” dell'interpretazione costituzionalmente orientata, in apparenza innocuamente eretto dalla Consulta a scopo deflattivo, potrebbe anche nascondersi una sapiente mossa politica: un preventivo *non liquet* da parte della Consulta, per impedire il ritorno su posizioni delicatissime, assunte però alla fine degli anni '70, nell'esasperato clima sociale di allora, quando sarebbe stato invero inconcepibile omologare il rifiuto dello Stato di dare tutela giurisdizionale a cittadini e lavoratori, imponendo ad essi forme di arbitrato obbligatorio. Con ciò, beninteso, non vogliamo assolutamente farci assertori della tesi secondo cui la Costituzione sarebbe un *living document*⁴⁵, aperto ai più effimeri *overruling* – in luogo del debito processo di revisione costituzionale – anche a fronte di divieti espressi. È però questione di intendersi sulla effettiva portata di quei divieti. Nel commentare un'altra pronuncia di incostituzionalità (C. Cost. 8 giugno 2005 n. 221, Pres. Capotosti, rel. Vaccarella), sulla scia di C. Cost. 127/77, Giovanni Verde ne ha disvelato il cortocircuito argomentativo. “La Corte, è vero”, scrive Verde, “fonda la legittimità dell'arbitrato sulla libera scelta delle parti, ma pone tale scelta in rapporto col divieto di introdurre giudici speciali. In altri termini, un arbitrato imposto da una fonte eteronoma è incostituzionale non perché sia illegittimo porre vincoli alla privata autonomia o alla discrezionalità dell'amministrazione, ma perché un vincolo di questa specie si risolve nella creazione di un giudice speciale”⁴⁶.

Ma siamo sicuri che l'art. 24 Cost., una volta eliminato l'eccentrico combinato disposto con l'art. 102 Cost. (il cui obiettivo, garantire la indipendenza dei giudici, nulla ha da temere se la nomina di arbitri è rimessa alle parti), e riletto oggi magari alla luce degli artt. 41 (libertà di iniziativa economica e, di riflesso, tutela della autonomia negoziale), 111 Cost., 47 Carta dei diritti fondamentali e 6 CEDU, vieti la istituzione di arbitrati obbligatori, che rimettano alle parti la nomina degli arbitri, per sopperire agli iniqui ritardi della giustizia ordinaria, e ferma però, in tal caso, l'insopprimibile esigenza di convogliamento, attraverso la previsione di un rimedio

⁴⁴ La giurisprudenza di legittimità, dal canto suo, afferma la piena validità di clausole compromissorie asimmetriche, previste da convenzioni-tipo approvate con decreto ministeriale, in virtù delle quali la pubblica amministrazione si assoggetta preventivamente al giudizio arbitrale, purché al privato sia rimessa la facoltà di adire il giudice ordinario: Cass., Sez. I, 25 marzo 2025, n. 7894 (in relazione all'art. 15, comma 2, della convenzione tipo per l'affidamento dei servizi relativi alla raccolta della scommessa approvata dal Ministero delle Finanze con d.m. 20 aprile 1999, che recita: “Tutte le controversie tra i Ministeri delle finanze e per le politiche agricole ed il concessionario, nascenti dalla esecuzione, interpretazione e risoluzione della presente Convenzione possono essere decise da un collegio arbitrale di 4 membri dei quali uno designato dal Ministero delle finanze, uno dal Ministero per le politiche agricole, uno dal concessionario ed il quarto, con funzioni di presidente, dai primi tre arbitri di comune accordo, ovvero, in mancanza di tale accordo, dal presidente del tribunale di Roma, il quale nominerà anche l'arbitro della parte che non vi abbia provveduto nel termine indicato nell'atto introduttivo del giudizio arbitrale. Resta salva la facoltà della declinatoria della competenza arbitrale, da parte del concessionario”).

⁴⁵ Apertamente critico rispetto a tale concezione è N. ZANON, *La condizione “storico-spirituale” del giudice, oggi*, Napoli, 2025, p. 57-57.

⁴⁶ G. VERDE, *La Corte costituzionale fa il punto su Costituzione e arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2005, p. 519 ss., 521.

impugnatorio per violazione di legge, davanti alla giurisdizione del giudice ordinario, munito in via esclusiva del potere di rinvio pregiudiziale interpretativo ai sensi dell'art. 267 TFUE? Si può ancora sostenere questo di fronte alla sottrazione delle liti brevettuali al giudice ordinario e alla devoluzione di tali liti alla giurisdizione di nuovi giudici speciali quale il Tribunale Unificato dei Brevetti? O al fatto che il legislatore ammette che il diritto di agire davanti al giudice ordinario possa essere sottratto al socio di società di capitali per effetto del volere della maggioranza, salvo recesso dal contratto di società, l'adesione al quale comporta l'accettazione del principio maggioritario e una sorta di rinuncia preventiva, *in eventum*, al diritto di azione davanti all'a.g.o.? Se queste, insomma, possono apparire tematiche ai margini del tema del nostro convegno, vertente sulle Regole modello e sulla esigenza di maggiore flessibilità procedurale che esse mirano ad infondere nel processo statuale, ci pare dopotutto non edificante, allo stato della moderna giustizia civile, nel sistema multilivello dell'ordinamento europeo, relegare l'arbitrato nell'angolo obliante delle "materie escluse"⁴⁷. Non si dispera che, nelle future edizioni delle *Rules*, l'arbitrato e le gravi questioni sistemologiche si accompagnano entrino nell'agenda degli esperti della giustizia civile. Soluzioni che si crederebbero invalse potrebbero dal confronto in quelle sedi privilegiate uscire corroborate. O magari venire abbandonate.

Marcello Stella

Associato dell'Università di Napoli Federico II

⁴⁷ Rimarchevolmente, le Regole modello si preoccupano della nota dolente di ogni processo, togato come arbitrale. Vale a dire i costi del processo. La questione della incidenza della insolvenza patrimoniale di un compromittente sulla efficacia della clausola compromissoria, alla luce del diritto di accesso e del diritto alla tutela effettiva garantito dall'art. 47 Carta dei diritti fondamentali, è stata dalla Cassazione francese, 27 settembre 2023, n° 22-19.859 risolta nel senso che "l'invocation par les demandeurs de leur impécuniosité n'était pas, en soi, de nature à écarter la mise en oeuvre des clauses compromissoires".