



GIUSEPPE MICCOLIS

*Brevi note sul rapporto tra procedimento monitorio
e clausola compromissoria*

Premessa. Cenni sul rapporto tra tutela sommaria e convenzione di arbitrato.

L'esigenza o l'opportunità di ricorrere alla tutela sommaria non è sempre agevole in presenza di una convenzione di arbitrato; e ciò anche se l'arbitrato è rituale.

Gli artt. 669 *quinques* e 669 *novies*, quarto comma, c.p.c. rendono pienamente compatibile la tutela sommaria cautelare con la convenzione di arbitrato.

La Corte costituzionale ha contribuito a tale processo di integrazione. Basti considerare come è stata demolita l'interpretazione in virtù della quale in presenza di una clausola per arbitrato irrituale (che, prima della riforma del 2006, era la regola, salvo diversa pattuizione contenuta nella convenzione) non fosse ammissibile la tutela cautelare. Infatti, la Corte ha, ancorché con una sentenza interpretativa di rigetto¹, aperto la strada all'art. 35, comma 5, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, che ha smentito tale interpretazione nell'arbitrato societario e alla modifica dell'art. 669 *quinques*, c.p.c., introdotta con il d.l. 14 marzo 2005, n. 35, conv. in l. 14 maggio 2005, n. 80, che ha generalizzato tale smentita². A ciò si aggiunge la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 669 *quaterdecies* c.p.c. nella parte in cui, escludendo l'applicabilità dell'art. 669 *quinques* c.p.c. ai provvedimenti di cui all'art. 696 c.p.c., non consente, in presenza di una clausola arbitrale, di chiedere un accertamento tecnico preventivo al giudice che sarebbe competente per il merito³.

La svolta epocale è stata recentemente introdotta dal legislatore con il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 che, con i nuovi artt. 818, 818 *bis* e 818 *ter* c.p.c., legittima gli arbitri, se espressamente previsto nella convenzione di arbitrato, a pronunciare provvedimenti cautelari in corso di causa. In realtà un assaggio di tale svolta era già contenuto per l'arbitrato societario nell'art. 35, comma 5, seconda parte, d.lgs. n. 5/2003 (oggi riprodotto nell'art. 838 *ter*, comma 4, c.p.c.), che legittima gli arbitri a sospendere l'efficacia della deliberazione impugnata.

In tale contesto tra la tutela sommaria cautelare e il procedimento arbitrale rituale vi è piena compatibilità, nel senso che per la tutela cautelare *ante causam* (prima anche per quella in corso di causa) è prevista la competenza del giudice statale, mentre per il successivo giudizio di merito a cognizione piena necessario, se il provvedimento cautelare ha natura conservativa, o facoltativo, se invece questo ha natura anticipatoria, è prevista la competenza degli arbitri.

Per la tutela sommaria non cautelare ed in particolare per il procedimento monitorio, invece, non è previsto alcun tipo di rapporto con l'arbitrato. Il che potrebbe legittimare l'interpretazione in virtù della quale vi sarebbe una sorta di assoluta incomunicabilità tra procedimento monitorio e clausola arbitrale, nel senso che, in presenza di quest'ultima, il primo non sarebbe percorribile.

Le questioni inerenti alla compatibilità tra procedimento monitorio e convenzione di arbitrato.

Il differente trattamento previsto, in presenza di una convenzione di arbitrato, per la tutela sommaria non cautelare rispetto a quello previsto per la tutela sommaria cautelare potrebbe anche trovare giustificazione in considerazione della nota distinzione delle funzioni a cui assolvono le due differenti tipologie di tutela sommaria: quella cautelare, avendo quale presupposto essenziale il *periculum in mora*, gode di una forte copertura costituzionale, in quanto essa

¹ Corte cost., ord. 5 luglio 2002, n. 320, con nota di B. SASSANI, *La garanzia dell'accesso alla tutela cautelare nell'arbitrato irrituale*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2002, 503 ss.

² V. G. TOTA, *Commento all'art. 669 quinques*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di Briguglio e Capponi, vol. I, Padova, 2007, 156 ss.; E. DALMOTTO, *Commento all'art. 669 quinques*, in *Le recenti riforme del processo civile*, in *Commentario* diretto da Chiarloni, Torino, 2007, 1231.

³ Corte cost. 28 gennaio 2010, n. 26, in www.judicium.it, con nota di R. TISCINI, *La Corte costituzionale interviene sui rapporti tra istruzione preventiva ed arbitrato: continua l'estensione del rito cautelare uniforme alla tutela preventiva della prova*, in *Giur. it.*, 2010, 1647, con nota di G. BONATO, *L'arbitrato, l'accertamento tecnico preventivo e la Corte costituzionale*.



costituisce il completamento della effettività della tutela giurisdizione prevista dall'art. 24, comma 1, Cost.; quella non cautelare ha, invece, la funzione di economia dei giudizi e di impedire al debitore l'abuso dell'esercizio del diritto alla difesa, anche se, proprio con riferimento al decreto ingiuntivo, la provvisoria esecuzione concessa dal giudice del monitorio nel caso si verifichi la fattispecie indicata dall'art. 642, comma 2, prima parte, ha natura *lato sensu* cautelare, se non anticipatoria, quanto meno conservativa.

In tale contesto, si è soliti ritenere, per la tutela sommaria non cautelare, che, non godendo questa, a differenza della tutela sommaria cautelare, di una “forte copertura” costituzionale⁴, al di là dei parametri interni al “giusto processo” e alla “ragionevole durata” di cui all'art. 111 Cost., se le parti hanno inteso affidare la soluzione della controversia ad un giudice privato, allora hanno anche implicitamente inteso rinunciare alla tutela sommaria non cautelare.

Tale considerazione, però, se può valere per l'arbitrato irrituale, in cui le parti non hanno affatto derogato semplicemente alla competenza del giudice statale degli arbitri, ma hanno rinviato l'accesso alla tutela giurisdizionale, assoggettandola alla preventiva decisione assunta dagli arbitri con lodo contrattuale⁵, appare, anche senza dovere scomodare l'art. 3 della Costituzione, ingiustificatamente lesiva dei diritti del creditore per l'arbitrato rituale, in cui invece le parti, per una mera deroga alla competenza del giudice statale in favore degli arbitri, si vedono sostanzialmente privati di un efficientissimo strumento per l'ottenimento in tempi rapidi, e talvolta rapidissimi, del titolo esecutivo. Del resto, oramai non v'è più alcun dubbio che le questioni tra giudice statale e arbitri rituali siano questioni di mera competenza e non più di merito, dopo la riforma del 2006 introdotta dal d.lgs. 2 febbraio 2006 n. 40 con gli artt. 817, 819 *ter* e 824 *bis* c.p.c., la sentenza della Corte costituzionale 19 luglio 2013 n. 223, che ha dichiarato incostituzionale l'art. 819 *ter*, comma 2, c.p.c. «nella parte in cui esclude l'applicabilità, ai rapporti tra arbitrato e processo, di regole corrispondenti all'art. 50 del codice di procedura civile» e la nuova riforma introdotta dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 che con l'art. 819 *quater* c.p.c. per la *translatio iudicii* e con l'affiancamento nell'art. 819 *ter* c.p.c. dell'«ordinanza» alla sentenza ha definitivamente consacrato tale principio.

D'altro canto si potrebbe anche ritenere che la riduzione di tutela del creditore non sia poi così pregiudizievole, giacché i tempi del procedimento arbitrale per la pronuncia del lodo, che, se rituale, è pur sempre un provvedimento a cognizione piena, nonché per l'ottenimento dell'omologazione, non sarebbero poi tanto differenti dai tempi necessari, soprattutto in alcuni uffici giudiziari, se non all'ottenimento del decreto ingiuntivo esecutivo o esecutivo per mancata opposizione⁶ (che, però, in tale caso sarebbe definitivo⁷), quanto meno all'ottenimento del decreto provvisoriamente esecutivo ai sensi dell'art. 648 c.p.c.

Al di là di quest'ultima “sconfortante” considerazione, il vuoto normativo e l'incomunicabilità tra procedimento monitorio e arbitrato rituale determina una ingiustificata riduzione di tutela, una disparità di trattamento e un evidente disagio, che la giurisprudenza cerca di arginare con una soluzione del tutto inappagante.

1. L'interpretazione giurisprudenziale in ordine al rapporto tra procedimento monitorio e convenzione di arbitrato.

⁴ V. G. TOTA, *Arbitrato e tutela ingiuntiva*, in www.judicium.it e in *De jure*, 2019, 439 ss., par. 3.

⁵ Così C. CONSOLO – F. GODIO, *Tralattizi orientamenti sulla sorta del d.i. opposto per clausola arbitrale (rituale)*, in nota a Trib. Torino 10 febbraio 2016, in *Giur. it.*, 2016, 2217, per i quali l'avvio del procedimento monitorio in presenza di una clausola arbitrale irrituale sarebbe viziato da “prematuratione della richiesta prestazione giurisdizionale”.

⁶ V. F. AULETTA, *Diritto dell'arbitrato*³, Torino, 2005, 505.

I. ⁷ IN REALTÀ QUESTO BASILARE PILASTRO DEL DIRITTO PROCESSUALE HA RECENTEMENTE SUBITO UN ROBUSTO SCOSSONE TANTO DA FARE CROLLARE GRAN PARTE DELLA COSTRUZIONE, CON LE SENTENZE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA UE DEL 17 MAGGIO 2022, IN WWW.JUDICIUM.IT, CON NOTE DI E. D'ALESSANDRO, *IL DECRETO INGIUNTIVO NON OPPOSTO EMESSE NEI CONFRONTI DEL CONSUMATORE DOPO CORTE DI GIUSTIZIA, GRANDE SEZIONE, 17 MAGGIO 2022 (CAUSE RIUNITE C-693/19 E C-831/19, CAUSA C-725/19, CAUSA C-600/19 E CAUSA C-869/19)*; IN ATTESA DELLE SEZIONI UNITE E F. MARCHETTI, *NOTE A MARGINE DI CORTE DI GIUSTIZIA UE, 17 MAGGIO 2022, (CAUSE RIUNITE C-693/19 E C-831/19), OVVERO QUEL CHE RESTA DEL BROCARDO “RES IUDICATA PRO VERITATE HABETUR” NEL CASO DI INGIUNZIONI A CONSUMATORE NON OPPOSTE.*



Per come è strutturato il procedimento arbitrale, non è ammissibile il decreto ingiuntivo emesso dagli arbitri⁸, come, peraltro, nemmeno è ammissibile il provvedimento cautelare *ante causam* emesso dagli arbitri. Tanto è vero che la recente riforma ha attribuito agli arbitri il potere di pronunciare soltanto i provvedimenti cautelari in corso di causa. Sennonché, mentre per il procedimento cautelare la compatibilità con il successivo eventuale o necessario giudizio di merito a cognizione piena si fonda sulla doppia competenza (il giudice statale per il primo, gli arbitri per il secondo), per il procedimento monitorio, cioè, almeno *de iure condito*, non sarebbe concepibile. Infatti, ai sensi dell'art. 645, comma 1, c.p.c., «l'opposizione si propone davanti all'ufficio giudiziario al quale appartiene il giudice che ha emesso il decreto ...». Peraltro, questa è ritenuta una competenza funzionale inderogabile e immodificabile anche per ragioni di connessione⁹, tanto da ritenere che né l'art. 50, né l'art. 164 c.p.c. possono venire in soccorso in caso di proposizione dell'opposizione innanzi ad un ufficio giudiziario diverso da quello che ha emesso il decreto¹⁰, anche se, in realtà, la Cassazione ha assunto un diverso orientamento nell'ipotesi, per certi versi assimilabile a quella in esame, di appello proposto dinnanzi a giudice incompetente¹¹.

In tale contesto, è evidente l'incompatibilità tra procedimento monitorio e arbitrato, in quanto, la legittimazione del creditore ad accedere al primo implicherebbe necessariamente la rinuncia al secondo, ossia il creditore potrebbe *disfarsi* della convenzione di arbitrato mediante la semplice proposizione del ricorso per decreto ingiuntivo.

Sennonché, la giurisprudenza, per rendere compatibile la coesistenza tra procedimento monitorio e arbitrato, ha escogitato una soluzione del tutto insufficiente e per certi versi fuorviante.

La Cassazione, con un orientamento oramai consolidato anche tra i giudici di merito, ritiene che, nonostante la convenzione di arbitrato, il creditore sia pienamente legittimato a promuovere il procedimento monitorio e il giudice non possa non emettere il decreto sul rilievo della convenzione di arbitrato. Ciò, però, non toglie che, qualora il debitore proponga opposizione a decreto ingiuntivo, ai sensi dell'art. 645, comma 1, c.p.c., innanzi all'ufficio giudiziario che lo ha emesso, eccedendo la competenza arbitrale, il giudice debba accogliere l'opposizione revocando o comunque dichiarando l'invalidità del decreto ingiuntivo. In virtù di questa interpretazione, il procedimento monitorio è tutto legittimo, ma il decreto ingiuntivo, ancorché fondatissimo nel merito, ha vita effimera¹².

A questo proposito occorre preliminarmente sottolineare che ai sensi dell'art. 819 *ter*, comma 1, c.p.c. l'eccezione di arbitrato, al pari della eccezione di incompetenza territoriale semplice, è una eccezione in senso stretto, ossia non è rilevabile d'ufficio dal giudice ed è assoggettata alla preclusione dell'art. 167 c.p.c. Per cui, nella fattispecie in esame, essa deve essere proposta, a pena di decadenza, con l'atto di citazione (o con il ricorso) in opposizione a decreto ingiuntivo, che è il primo atto del debitore convenuto sostanziale.

La decisione conseguente all'accoglimento della eccezione di arbitrato dipende dalla natura della convenzione di arbitrato.

In caso di convenzione di arbitrato rituale, trattandosi di questione di competenza, il giudice, dopo avere accolto l'opposizione e revocato o dichiarato invalido il decreto ingiuntivo emesso da giudice incompetente, sulla domanda formulata dal ricorrente con il ricorso per decreto ingiuntivo, dichiara l'incompetenza del giudice statale e la

⁸ TOTA, *Arbitrato e tutela ingiuntiva*, cit., par. 2.

⁹ Cass. 8 agosto 2017, n. 19738.

¹⁰ Cass. 6 marzo 2007, n. 5105.

¹¹ Cass. ss.uu. 14 settembre 2016, n. 18121. V. N. MINAFRA, *Evoluzioni giurisprudenziali in tema di translatio iudicii e termine per il rilievo d'ufficio dell'incompetenza in appello*, in www.judicium.it, 2020. Proprio in considerazione di tale nuovo orientamento espresse dalle sezioni unite, la Corte d'Appello di Milano, con sentenza n. 2261 del 15 luglio 2021 ha ritenuto applicabile l'art. 50 anche alla incompetenza disposta dall'art. 645 c.p.c., giacché questa norma non sanziona con l'inammissibilità l'erronea indicazione del giudice competente.

¹² V., però, Trib. Vicenza 27 giugno 2022, n. 1101, che nonostante la convenzione di arbitrato irrituale, ha rigettato l'opposizione a decreto ingiuntivo, ritenendo esclusivamente dilatoria l'eccezione di arbitrato, poiché l'opponente non aveva sostanzialmente contestato il credito.



competenza arbitrale¹³. La sopravvivenza nel successivo giudizio arbitrale degli effetti della domanda promossa dinnanzi al giudice statale incompetente è assicurata dalla “*translatio iudicii*” disciplinata dall’art. 819 *ter* c.p.c., come “corretto” dalla Corte costituzionale, e, dopo l’ultima riforma, dall’art. 819 *quater* c.p.c.¹⁴

In caso di convenzione di arbitrato irrituale, il giudice dell’opposizione, dopo avere accolto l’eccezione di arbitrato, che, in questa fattispecie, non è una eccezione di incompetenza, e revocato o dichiarato invalido il decreto ingiuntivo, sulla domanda proposta dal creditore con il ricorso per decreto ingiuntivo dichiara l’improcedibilità della medesima¹⁵, viziata da “*prematurità della richiesta prestazione giurisdizionale*”¹⁶.

In caso di convenzione di arbitrato estero si pone, secondo la giurisprudenza, una questione di giurisdizione. Pertanto, il giudice dell’opposizione, dopo avere accolto l’eccezione di arbitrato e revocato o dichiarato invalido il decreto ingiuntivo, sulla domanda proposta dal creditore con il ricorso per decreto ingiuntivo dichiara il difetto di giurisdizione. La Cassazione ammette nel giudizio di opposizione a d.i. il regolamento di giurisdizione non essendo ostativo il decreto ingiuntivo, ossia non essendo questo equiparabile ad una decisione nel merito in primo grado (art. 41 c.p.c.)¹⁷.

• **Segue. Le conseguenze sulla condanna alle spese.**

Poiché l’opposizione si chiude con l’accoglimento in rito e la revoca o la dichiarazione di invalidità del decreto in quanto pronunciato dal giudice incompetente, nulla esclude che il creditore, oltre a sopportare le spese del procedimento monitorio e quelle sue della opposizione, sia condannato a rifondere quelle sopportate dal debitore opponente in questa fase, per il principio della soccombenza, anche se poi dovesse risultare totalmente vittorioso nel giudizio di merito a cognizione piena dinanzi agli arbitri.

Come è noto, in caso di accoglimento dell’opposizione a decreto ingiuntivo per incompetenza del giudice del monitorio, è il giudice dell’opposizione e non quello dichiarato competente a cui è rimessa la causa a pronunciare sulle spese dell’opposizione medesima¹⁸. Questa si chiude, lo si ripete, con la revoca o la dichiarazione di invalidità del decreto ingiuntivo, la dichiarazione di incompetenza per il giudizio di merito sulla domanda del creditore, l’indicazione del giudice competente innanzi al quale può proseguire il giudizio, nonché la pronuncia in ordine alle spese per questa fase del giudizio. In caso di contestazione sulla sola pronuncia (anche omessa) in ordine alle spese, l’impugnazione è l’appello, non già il regolamento necessario di competenza¹⁹.

A maggiore ragione in caso di convenzione di arbitrato rituale, è il giudice dell’opposizione a decreto ingiuntivo e non l’arbitro presso cui è riassunta la causa a pronunciare sulle spese dell’opposizione medesima. In caso di convenzione per arbitrato irrituale o estero la questione non si pone affatto, in quanto manca del tutto la fase della riassunzione

¹³ Cass. 22 settembre 2020, n. 19823.

¹⁴ Nel caso in cui il giudice dell’opposizione dichiara soltanto l’incompetenza omettendo di pronunciare la revoca o invalidità del decreto ingiuntivo e, poi, il giudizio si estingue per mancata tempestiva riassunzione dinnanzi al giudice (o all’arbitro) competente, appare legittimo domandarsi quale sia la fine del decreto ingiuntivo pronunciato da un giudice incompetente. La Cassazione con due recenti pronunce ha sancito che, in tale fattispecie, la revoca o la declaratoria di invalidità del decreto è implicita. Pertanto, il processo si chiude, appunto, con la revoca o la declaratoria di invalidità del decreto e non con la definitività del medesimo: Cass. 14 gennaio 2022, n. 1121 e Cass. 22 dicembre 2021, n. 41230.

¹⁵ Cass. 4 marzo 2011, n. 5265.

¹⁶ V. *supra* nota 5.

¹⁷ Cass. ss.uu. 13 giugno 2017, n. 14649; Cass. ss.uu. 21 settembre 2018, n. 22433.

¹⁸ Cass.-19 novembre 2015, n. 23727, secondo cui “il giudice che si dichiara incompetente ha l’obbligo di provvedere sulle spese del processo che chiude davanti a sé, la cui omissione va impugnata con l’appello in via ordinaria, dovendosi dichiarare inammissibile il ricorso per cassazione eventualmente proposto.

¹⁹ Cass. 5 novembre 2021, n. 32003.



innanzi all'arbitro competente, per cui l'intero giudizio si chiude con l'accoglimento della opposizione sulla eccezione di arbitrato e la conseguente condanna alle spese di lite del creditore opposto.

In tale contesto, si pone la questione relativa alla compatibilità della condanna alle spese del creditore opposto, che presuppone la soccombenza di questo, con l'interpretazione della giurisprudenza in virtù della quale, pur in presenza di una convenzione di arbitrato, il creditore è legittimato a promuovere la domanda monitoria e il giudice è tenuto ad emettere il relativo decreto, nonostante abbia consapevolezza della esistenza della convenzione. Ne consegue, che si ha, da un lato, una attività processuale legittimamente svolta dal creditore opposto nella fase monitoria, difficilmente compatibile con la "soccombenza" presupposto della condanna alle spese, e, dall'altra, una più che legittima aspettativa del debitore opponente di vedersi riconosciuto il diritto al rimborso delle spese sostenute per il giudizio chiusosi con l'accoglimento integrale, ancorché in rito, dell'opposizione a decreto ingiuntivo²⁰. La giurisprudenza di merito, a differenza della dottrina²¹, è particolarmente restia a riconoscere, in tale ipotesi, uno "sconto" al creditore opposto. Per cui la fase della opposizione si chiude, oltre che con la revoca/declaratoria di invalidità del decreto ingiuntivo, con la condanna alle spese del creditore opposto in favore del debitore opponente.

4. Le perplessità determinate dalla interpretazione corrente e le soluzioni alternative prospettate.

L'interpretazione offerta dalla giurisprudenza oramai consolidata, pur liquidando la questione della convivenza tra convenzione di arbitrato e procedimento monitorio con una soluzione poco "invasiva" nella disciplina positiva, crea, è evidente, un certo disagio. Come non può lasciare perplessi una interpretazione che, in prima battuta, attribuisce piena legittimazione al creditore di promuovere dinnanzi al giudice statale un ricorso per decreto ingiuntivo, senza consentire al giudice di rigettarlo sul presupposto della sussistenza della convenzione di arbitrato, e, in seconda battuta, riconosce, legittimamente, al debitore, con l'opposizione promossa innanzi al giudice competente ai sensi dell'art. 645 c.p.c., la facoltà di porre nel nulla il decreto ingiuntivo eccependo la convenzione di arbitrato. Questo sistema produce un decreto ingiuntivo, come detto, del tutto effimero con aggravio di costi e di giudizi, giacché l'opposizione si chiude comunque con una sentenza di accoglimento al termine di un giudizio a cognizione piena la cui durata mediamente è pur sempre di un anno e mezzo.

Peraltro, l'interpretazione in virtù della quale il giudice del monitorio non possa rilevare d'ufficio l'incompetenza del giudice e la competenza arbitrale è in contrasto, nell'ipotesi di convenzione di arbitrato rituale, con l'orientamento espresso dalla Corte costituzionale, ancorché con una sentenza interpretativa di rigetto. La Corte ha, infatti, sancito che il giudice del monitorio è tenuto a rilevare d'ufficio anche l'incompetenza territoriale semplice²². Tale orientamento non può che applicarsi anche alla fattispecie in oggetto del tutto sovrapponibile a quella della incompetenza territoriale semplice²³: entrambe sono rilevabili solo su eccezione di parte che deve essere formulata *in limine litis*, nel caso di specie con l'atto di opposizione a decreto ingiuntivo, che costituisce, al pari della comparsa di risposta nel giudizio di cognizione, il primo atto del debitore convenuto sostanziale.

In tale contesto, l'interpretazione che non consente al giudice del procedimento monitorio di rilevare d'ufficio l'eccezione di arbitrato pone, a maggiore ragione, forti perplessità in caso di convenzione di arbitrato estero, se si considera che, in tale ipotesi, si pone una questione di giurisdizione, come hanno sancito a più riprese le sezioni unite della Cassazione. Infatti, ai sensi dell'art. 11 l. 31 maggio 1995, n. 318, il difetto di giurisdizione nei confronti del giudice straniero è rilevato in ogni stato e grado del processo dal convenuto che non abbia espressamente o tacitamente accettato la giurisdizione italiana²⁴. Ne consegue che il convenuto appena si costituisce, anche tardivamente, può (e deve se non intende tacitamente accettare la giurisdizione italiana) formulare l'eccezione, salvo che non si sia formato il giudicato sulla questione. Nel caso in cui il convenuto sia contumace, il giudice rileva d'ufficio

²⁰ V. TOTA, *Arbitrato e tutela ingiuntiva*, cit., nota 13, a cui si rimanda.

²¹ Cfr. CONSOLO – GODIO, *Trattato orientamenti*, cit., 2217.

²² Corte cost. 3 novembre 2005, n. 410.

²³ C. CONSOLO – F.P. LUISO, *Codice di Procedura Civile commentato*, Milano, 2007, 5954.

²⁴ V. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Giudice italiano ed exceptio compromissi per arbitrato estero*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, 741 ss.



il difetto di giurisdizione nei confronti del giudice (o dell'arbitro) straniero. È pur vero che nel procedimento monitorio non si può discutere in termini di contumacia del debitore convenuto, è anche vero, però, che tale particolarità, sul rilievo del difetto di giurisdizione nei confronti del giudice straniero, rafforza l'applicabilità dell'orientamento della Consulta all'ipotesi in questione.

La dottrina ha cercato in vario modo di superare questo "disagio"²⁵.

Una particolare menzione merita la soluzione in virtù della quale, ferma restando la competenza funzionale del giudice statale a pronunciare il decreto ingiuntivo e, per l'opposizione ai sensi dell'art. 645 c.p.c., dell'ufficio giudiziario che lo ha emesso, il giudice dell'opposizione mette in *stand by* il decreto, in attesa, dopo la *translatio* in arbitrato, della definizione del merito della controversia, con varie precisazioni e alternative, in relazione al contenuto della opposizione (se solo di merito o anche sui presupposti dell'emissione del decreto ingiuntivo, esclusa l'incompetenza per arbitrale rituale) o all'esito del lodo sul merito²⁶. Questa interpretazione ha l'indubbio pregio di salvare *de iure condito* "capre e cavoli", con la previsione di una sostanziale doppia competenza, come per i procedimenti cautelari.

Conclusioni

De iure condendo, la soluzione più accattivante è quella proposta dalla Commissione istituita dal Ministero della Giustizia nel 2013 «per elaborare proposte di interventi in materia di processo civile e mediazione» presieduta da Romano Vaccarella, che aveva previsto l'introduzione di un terzo comma all'art. 633 c.p.c. nonché di tre commi (terzo, quarto e quinto) all'art. 645 c.p.c. La disciplina che ne sarebbe scaturita avrebbe legittimato, se espressamente previsto nella convenzione di arbitrato, il creditore a chiedere ed ottenere il decreto ingiuntivo; in caso di opposizione del debitore e formulazione della eccezione di incompetenza, il giudice avrebbe dovuto decidere sulla concessione o sospensione della provvisoria esecuzione (artt. 648 o 649 c.p.c.) e, in mancanza di contestazione in ordine alla competenza arbitrale con ordinanza, altrimenti con sentenza, cancellare la causa dal ruolo per trasferire l'opposizione (e possiamo dire anche il decreto ingiuntivo esecutivo o esecutivo sospeso o non esecutivo) innanzi agli arbitri; in mancanza di tempestiva riassunzione, l'opposizione si sarebbe estinta, con la conseguente definitività del decreto ingiuntivo, altrimenti gli arbitri avrebbero dovuto pronunciare con lodo i provvedimenti di cui all'art. 653 c.p.c.²⁷.

Questa soluzione avrebbe garantito al procedimento monitorio innanzi al giudice statale, al pari dei procedimenti cautelari, piena compatibilità con il giudizio arbitrale a cognizione piena sul merito della controversia, con il sistema, appunto, della doppia competenza.

Si potrebbe anche prevedere, in deroga alla competenza funzionale prevista dall'art. 645 c.p.c., direttamente la competenza degli arbitri per il giudizio di opposizione, con la operatività dell'art. 50 c.p.c., anzi del nuovo art. 819 *quater* c.p.c. in caso di incompetenza degli arbitri, e, semmai, conservare la competenza del giudice (attraverso un meccanismo anche simile all'opposizione) soltanto per i provvedimenti *ex* artt. 648 e 649 c.p.c. nel contraddittorio delle parti. Quest'ultima soluzione, rispetto a quella della Commissione Vaccarella avrebbe il pregio di affrancare le parti dai tempi del giudice dell'opposizione per la pronuncia sulla competenza arbitrale in caso di contestazione: la fase sommaria (*ante causam*) dinnanzi al giudice statale, la fase di merito a cognizione piena direttamente dinanzi agli arbitri.

Peraltro, considerando il nuovo art. 818 c.p.c. (competenza degli arbitri ad emettere provvedimenti cautelari in corso di causa), si potrebbe legittimare gli arbitri ad emettere provvedimenti ingiuntivi in corso di causa al pari dei provvedimenti *ex* art. 186 *ter* c.p.c., soprattutto nel caso sussista il presupposto del *periculum in mora* che legittima l'applicazione dell'art. 642, comma 2 prima parte, c.p.c.

²⁵ V., per una ricognizione completa, TOTA, *Arbitrato e tutale ingiuntiva*, cit., la quale più drasticamente esclude che il creditore possa chiedere il decreto ingiuntivo e che il giudice possa emetterlo. Così anche S.A. VILLATA, *Arbitrato e procedimenti sommari*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 891 s.

²⁶ CONSOLO – GODIO, *Tralattizi orientamenti*, cit., 2218 ss., che riprende una tesi di S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 2, Milano, 1971, 234 ss., ma anche di Punzi e Verde. V. TOTA, op. ult. cit., nota 15.

²⁷ v. TOTA, *Arbitrato e tutale ingiuntiva*, cit., nota 49.



I benefici della tutela monitoria sono fin troppo noti: consente al creditore di ottenere rapidamente il titolo esecutivo e, in caso di mancata opposizione, di chiudere la “partita” definitivamente, almeno sino a ieri²⁸; consente di realizzare importanti economie dei giudizi; limita fortemente l’abuso dell’esercizio del diritto alla difesa da parte del debitore. Senza scomodare la carta fondamentale e la violazione dell’art. 3 o dell’art. 24, comma 1, non si può negare che costituisce uno spreco la rinuncia a tali benefici in presenza di una convenzione di arbitrato. L’interpretazione consolidata della giurisprudenza appare del tutto inadeguata, inappagante e, anzi, fonte di inutile e costoso contezioso sul mero rito.

Ciononostante, per avere la doppia competenza e la pacifica coesistenza tra tutela monitoria e convenzione di arbitrato, occorre attendere la prossima riforma.

²⁸ V. *supra* nota 7.