

## TUTELA MONITORIA E ARBITRATO

Tribunale di Roma, 27 gennaio 2020, n. 1695 (Est. Colazingari)

Il Tribunale di Roma, con la sentenza in rassegna, ha affermato due principi in tema di rapporti tra tutela monitoria e arbitrato. Il primo: il giudice adito con le forme del procedimento per decreto ingiuntivo, pur se ritenga che il diritto azionato sia fatto oggetto di devoluzione in arbitrato, deve, sussistendo i presupposti *ex art. 633 c.p.c.*, accogliere la domanda pronunciando il provvedimento di ingiunzione, dovendo necessariamente l'eccezione di arbitrato essere fatta valere dall'ingiunto attraverso la proposizione dell'opposizione a decreto ingiuntivo. Il secondo: alla fondatezza dell'eccezione di arbitrato riscontrata in sede di opposizione consegue necessariamente la revoca del decreto ingiuntivo, con possibilità per le parti di riassumere la causa in sede arbitrale con *translatio* della stessa.

Per quanto riguarda la prima questione la decisione si uniforma ad un consolidato orientamento giurisprudenziale, il quale esclude che il giudice della fase monitoria possa rigettare la domanda ancorché emerga *ex actis* la devoluzione in arbitrato della controversia (cfr., tra le altre, Trib. Civitavecchia, 12 marzo 2020, n. 309, in *Dejure*; Trib. Treviso 3 novembre 2016, in *Pluris*; Trib. Torino 10 febbraio 2016, in *Giur. it.*, 2016, 2216, con nota di C. CONSOLO, F. GODIO, *Trattatizi orientamenti sulla sorte del d.i. opposto per clausola arbitrale (rituale)*). Al rilievo officioso sarebbe, anzitutto, ostativo il disposto dell'art. 819-ter, comma 1, c.p.c. là dove impone che l'eccezione di arbitrato sia sollevata dal convenuto nella prima difesa, con venir meno, in difetto della stessa, della competenza arbitrale in relazione alla controversia che potrà essere decisa nel merito dal giudice togato. Si è poi escluso che nella fase monitoria si sia di fronte ad una "controversia" deferibile alla decisione degli arbitri (Trib. Velletri, 24 novembre 2009, in *Corriere merito*, 2010, 832, con nota di A. PERIN, *Il procedimento di ingiunzione e l'eccezione di clausola arbitrale*). Infine, non è mancato chi ha osservato che la tutela monitoria andrebbe garantita, tenuto conto che non è possibile per gli arbitri la pronuncia di provvedimenti di ingiunzione (Cass., sez. un., 21 settembre 2018, n. 22433; Trib. Civitavecchia, 12 marzo 2020, n. 309, cit.).

La soluzione, tuttavia, è ben lungi dall'essere pacifica in dottrina.

Secondo un orientamento permarrebbe la competenza del giudice togato all'emissione del decreto ingiuntivo, ma la fase a cognizione piena, introdotta a seguito dell'opposizione, non potrebbe approdare ad una decisione sul merito, sicché il giudice dell'opposizione dovrebbe declinare la

propria *potestas iudicandi* (C. CONSOLO, F. GODIO, *Tralatizi orientamenti*, cit., 2216 ss.).

Altri negano che, a fronte della devoluzione in arbitrato il giudice della fase monitoria possa emettere l'ingiunzione di pagamento, dovendo rilevare d'ufficio la propria carenza di *potestas iudicandi* (C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, 27<sup>a</sup> ed. III, Torino, 2019, 17; C. CECHELLA (a cura di), *L'arbitrato*, Torino, 2005, 201; L. BERGAMINI, *Clausola compromissoria e tutela monitoria*, cit., 896 ss.; M. ABBAMONTE, *Clausola compromissoria e tutela ingiuntiva: un rapporto controverso*, in *Giustiziacivile.com*, 2020, 6), pur potendo le parti far salva, nella convenzione di arbitrato, la possibilità di ricorrere al procedimento ingiuntivo, non escludendo taluno che esse possano perfino attribuire agli arbitri il potere di concedere provvedimenti monitori (S.A. VILLATA, *Arbitrato e procedimenti sommari*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 904 ss.; *contra*, G. TOTA, *Arbitrato e tutela ingiuntiva*, in *Riv. arb.*, 2019, 443 ss.).

L'opzione per l'arbitrato preclude, a mio avviso, la possibilità di richiedere l'emissione di un decreto ingiuntivo al giudice ordinario. La scelta per l'arbitrato, difatti, opera a monte rispetto alla scelta del rito, escludendo la *potestas iudicandi* sulla controversia rientrante nel campo d'applicazione della convenzione di arbitrato a prescindere dalle forme attraverso le quali la domanda sia proposta: il ricorso al procedimento di cui agli art. 633 ss. c.p.c. presuppone che il giudice ordinario abbia *potestas iudicandi* in ordine alla stessa. Si è dunque di fronte al medesimo errore in cui, a mio avviso, incorre quella parte della giurisprudenza quando ammette che sia percorribile il procedimento di convalida di sfratto a dispetto della devoluzione in arbitrato delle controversie derivanti dal rapporto di locazione (Cass. 16 gennaio 1991, n. 387; Cass. 23 giugno 1995, n. 7127).

Né l'esclusione dell'utilizzabilità del rito monitorio, che discende dall'opzione per l'arbitrato, solleva dubbi di legittimità costituzionale (prospettati invece da C. CONSOLO, F. GODIO, *Tralatizi orientamenti*, cit., 2218). Come è stato condivisibilmente osservato, alla volontarietà della scelta per la soluzione arbitrale consegue la legittimità alla rinuncia di talune forme di tutela proprie della giurisdizione statale, tenutosi conto, d'altronde, che la tutela monitoria non gode di copertura costituzionale (G. TOTA, *Arbitrato e tutela ingiuntiva*, in *Riv. arb.*, 2019, 448). Ciò che il ricorso all'arbitrato non potrà precludere non è l'utilizzo dei procedimenti speciali, alternativi al giudizio ordinario di cognizione, ma il solo accesso alla tutela cautelare: e ciò è garantito dall'art. 669-*quinquies* c.p.c.

Sulla base di queste premesse il problema diviene quello di stabilire il regime di rilevanza dell'incompetenza del giudice a favore dell'arbitro, tenutosi conto che l'art. 819-*ter*, comma 1, c.p.c. sancisce, nei giudizi a

contraddittorio pieno, la necessità di eccezione di parte. In modo analogo l'art. 38 c.p.c. richiede l'eccezione di parte per il rilievo del difetto di competenza territoriale semplice e ciò aveva portato la giurisprudenza ad esprimersi per lungo tempo nel senso che, nella fase *inaudita altera parte*, non fosse possibile per il giudice il rilievo officioso, sicché l'eccezione di competenza era riservata alla successiva ed eventuale opposizione. Tuttavia, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 410 del 2005 ha stabilito, con pronuncia interpretativa di rigetto, il principio per il quale anche l'incompetenza territoriale semplice può essere rilevata d'ufficio dal giudice della prima fase del procedimento per decreto ingiuntivo.

Il Giudice delle leggi ha valorizzato, in questa pronuncia, l'esigenza di «non imporre all'ingiunto una onerosa costituzione in giudizio solo per far valere la violazione di norme attinenti all'individuazione del giudice» e le medesime ragioni possono essere richiamate per la soluzione del problema in esame. Dunque, o si respinge, a monte, l'idea per la quale l'eccezione di incompetenza territoriale semplice può essere rilevata d'ufficio dal giudice della fase senza contraddittorio oppure, se la si ammette, ad una analoga conclusione non si può non approdare a fronte della carenza di *potestas iudicandi* per devoluzione della controversia in arbitrato (E.F. RICCI, *I poteri del giudice adito con ricorso per decreto ingiuntivo secondo la Corte costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 1477). Soluzione, quest'ultima, che mi pare rafforzata in ragione del fatto che i confini tra difetto di competenza e carenza di *potestas iudicandi* del giudice per devoluzione in arbitrato della controversia si sono sempre più assottigliati, se si tiene conto, per un verso, della impugnabilità, prevista dall'art. 819-ter, comma 1, c.p.c. con il regolamento di competenza della sentenza con la quale il giudice afferma o nega la propria competenza in relazione a una convenzione d'arbitrato e, per altro verso, della piena applicabilità, a seguito dell'intervento della Corte costituzionale n. 233/13, dell'istituto della *translatio* nei rapporti tra arbitro e giudice.

È proprio con riferimento a quest'ultimo aspetto che la pronuncia qui in rassegna appare d'interesse, là dove afferma che a seguito dell'accoglimento dell'opposizione a decreto ingiuntivo sulla base della eccezione di arbitrato, la causa può proseguire, previa riassunzione, davanti agli arbitri. L'assunto, difatti, non è pacifico essendo stato sostenuto da altro orientamento che il giudice dell'opposizione si dovrebbe limitare a definire l'opposizione declinando la propria *potestas iudicandi* e revocando il decreto ingiuntivo (Trib. Pordenone 16 maggio 2017, in *Pluris*). Nella medesima prospettiva si è altresì soggiunto che «se si nega che gli aderenti a un accordo compromissorio possano beneficiare della tutela monitoria erogata dall'a.g.o., deve poi parimenti e logicamente escludersi che l'opposizione a

decreto ingiuntivo con la quale si deduca la violazione di tale limite possa avere un esito diverso dalla mera *absolutio ab instantia*» (G. TOTA, *Arbitrato e tutela ingiuntiva*, in *Riv. arb.*, 2019, 452).

L'opinione non pare condivisibile.

Va infatti preferita la tesi opposta (Trib. Milano, 18 maggio 2018, n. 5650, in *Dejure*; Trib. Torino, 10 febbraio 2016, cit.; Trib. Treviso 3 novembre 2016, in *Dejure*; Trib. Modena, 11 giugno 2013, n. 945; in dottrina, v. C. CONSOLO, F. GODIO, *Tralatizi orientamenti*, cit., 2218; M. ABBAMONTE, *Clausola compromissoria e tutela ingiuntiva: un rapporto controverso*, in *Giustiziacivile.com*, 2020, 7), alla quale la sentenza in rassegna mostra di uniformarsi. Ciò in quanto è principio acquisito che l'opposizione a decreto ingiuntivo non ha ad oggetto la validità del decreto ingiuntivo, ma il diritto azionato dal creditore con ricorso per decreto ingiuntivo. La notifica del ricorso e del decreto ingiunzione porta con sé tutti gli effetti sostanziali e processuali della domanda, dei quali va garantita la salvezza al pari dell'ipotesi in cui la domanda fosse stata introdotta con le forme ordinarie.

Non vedo dunque ragione alcuna per escludere che la causa, una volta approdata alla fase a contraddittorio pieno, prosegua in sede arbitrale, previa revoca del decreto ingiuntivo, che peraltro, secondo l'opinione a nostro avviso preferibile, neppure avrebbe dovuto essere pronunciato.

ELENA MARINUCCI