

Alberto A. Romano

Diritto dell'arbitrato rituale



G. Giappichelli Editore

Abbreviazioni

Ac	Archivio civile
acc.	accordo
ADR	alternative dispute resolution
aff.	in senso affermativo
Agop	Archivio giuridico delle opere pubbliche
all.	allegato
arg.	argomento, se ne trae argomento
art., artt.	articolo, articoli
c.a.d.	codice dell'amministrazione digitale (d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82)
Cass.	Corte di cassazione
Cass. sez. un.	Corte di cassazione a sezioni unite
c.	comma, commi
c.c.	codice civile
c.c.i.i.	codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14)
c.c.p.	codice dei contratti pubblici (d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36)
c.d.	così detto, così detti
c.d.f.	codice deontologico forense (approvato dal CNF il 31 gennaio 2014)
CE	Comunità europea
C.e.d.u.	Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali
cfr.	si confronti, si confrontino
Cg	Il corriere giuridico
CGE	Corte di giustizia dell'Unione europea
CImpr	Contratto e impresa
cit.	citato, citata
CMer	Il corriere del merito

c.n.	codice della navigazione
cod. cons.	codice del consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206)
conf.	conforme, in senso conforme
cons.	considerando
Contr	I contratti
conv.	convenzione
Corte cost.	Corte costituzionale
Corte e.d.u.	Corte europea dei diritti dell'uomo
Cost.	Costituzione
c.p.	codice penale
c.p.a.	codice del processo amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104)
c.p.c.	codice di procedura civile
c.p.i.	codice della proprietà industriale (d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30)
c.p.p.	codice di procedura penale
crit.	criticamente, in senso critico
CS	Consiglio di stato
d.C.	dopo Cristo
Ddp sez. comm.	Digesto delle discipline privatistiche. Sezione commerciale
Df	Il diritto fallimentare
diff.	difforme, in senso difforme
dir.	diretto da, a cura di
dir. proc. civ.	diritto processuale civile
disp. att. c.c.	disposizioni per l'attuazione del codice civile e disposizioni transitorie
disp. att. c.p.c.	disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile e disposizioni transitorie
disp. prel.	disposizioni sulla legge in generale
d.l.	decreto legge
d.lgs.	decreto legislativo
Dm	Il diritto marittimo
d.m.	decreto ministeriale
d.p.r.	decreto del Presidente della Repubblica
DResp	Danno e responsabilità
ecc.	et coetera
EDir	Enciclopedia del diritto
es.	esempio

esattam.	esattamente
Fall	Il fallimento
fav.	in senso favorevole
Fi	Il foro italiano
Fpad	Il foro padano
Ga	Giurisprudenza arbitrale
Gc	Giustizia civile
Gcost	Giurisprudenza costituzionale
Gi	Giurisprudenza italiana
Gpc	Il giusto processo civile
HIus	Historia et ius
ICC	International Chamber of Commerce
i.e.	id est
ig	in generale
impl.	implicitamente
IntL	Int'l lis
it	in tema
l.	legge
LCIA	London Court of International Arbitration
l. div.	legge di disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio (l. 1° dicembre 1970 n. 898)
n.	numero, numeri
NDi	Nuovo digesto italiano
Ngcc	La nuova giurisprudenza civile commentata
NnDi	Novissimo digesto italiano
Not	Notariato
nt.	nota, con nota di
parz.	parzialmente
p.e.c.	posta elettronica certificata
p.m.	pubblico ministero
pos.	in senso positivo
prec.	precedentemente, in precedenza
pt	si veda per tutte, si vedano per tutte
Ra	Rivista dell'arbitrato
Rcp	Responsabilità civile e previdenza
r.d.	regio decreto

Rdc	Rivista di diritto civile
Rdi	Rivista di diritto industriale
Rdint	Rivista di diritto internazionale
Rdipp	Rivista di diritto internazionale privato e processuale
Rdp	Rivista di diritto processuale
Rdpc	Rivista di diritto processuale civile
Ref	Rivista dell'esecuzione forzata
reg.	regolamento
Rta	Rivista trimestrale degli appalti
Rtdpc	Rivista trimestrale di diritto e procedura civile
Soc	Le società
sost.	sostanzialmente
spec.	specialmente
ss.	seguenti
t.a.r.	tribunale amministrativo regionale
Trattato fUE	Trattato sul funzionamento dell'Unione europea
UE	Unione europea
ult.	ultima
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
v.	si veda, si vedano
variam.	variamente
Vnot	Vita notarile
vs.	versus
ZPO	Zivilprozessordnung (tedesca)

Sezione prima

Introduzione all'arbitrato

Capitolo primo

Concetto e fondamenti dell'arbitrato

Sommario: 1. Rischi e benefici della privatizzazione della funzione giurisdizionale civile. – 2. Nozione e linee essenziali dell'arbitrato nel diritto processuale civile italiano. – 3. Il problema della c.d. «natura» dell'arbitrato. – 4. Arbitrato, Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

§ 1. Rischi e benefici della privatizzazione della funzione giurisdizionale civile

Bibliografia: *Horsmans*, La fusione della giustizia pubblica e della giustizia privata. L'arbitro privato/pubblico, CImpr 2017, 1230; *Perlingieri*, Sulle cause della scarsa diffusione dell'arbitrato in Italia, Gpc 2014, 657; *Picardi*, I grandi modelli socio-culturali per la giusta risoluzione delle controversie civili internazionali e nazionali, Ra 2011, 365; *Punzi*, Le nuove frontiere dell'arbitrato, Rdp 2015, 1; *Tavormina*, Sul contratto di accertamento e sulla tutela, anche cautelare ed esecutiva, a mezzo di arbitri irrituali, Cg 2006, 1614.

I. Come accade oggi pressoché in ogni altro paese del mondo, in Italia lo **stato** provvede alla **tutela dei diritti soggettivi** riconosciuti ai singoli dall'ordinamento giuridico privato. Vi provvede (art. 2907 c.c.) per mezzo di pubblici dipendenti, i **giudici ordinari**, selezionati per concorso, dei quali la Costituzione garantisce indipendenza (artt. 104, 105 e 107 Cost.), imparzialità (art. 111 Cost.) ed idoneità tecnica (art. 106 Cost.).

Alla tutela dei diritti soggettivi, i giudici ordinari provvedono esercitando la **funzione giurisdizionale civile** (art. 102 Cost.; art. 1 c.p.c.). Tale funzione, che è fra quelle essenziali del moderno stato di diritto, è di regola esercitata su domanda del titolare del diritto soggettivo che sia stato violato, perché rimasto

insoddisfatto o comunque contestato (art. 99 c.p.c.), in contraddittorio col titolare dell'obbligo corrispondente (art. 101 c.p.c.); essa opera principalmente in due forme, la **tutela giurisdizionale dichiarativa** e la **tutela giurisdizionale esecutiva**.

Giacché, non diversamente da altre funzioni dello stato, anche la funzione giurisdizionale civile si esercita tramite il compimento di serie ordinate di atti giuridici, *i.e.* tramite **processi**, a dette due forme di tutela corrispondono **processi dichiarativi**, o di cognizione, e **processi esecutivi**.

Per sommi capi, si ha tutela giurisdizionale *dichiarativa*, o di cognizione, quando il giudice sia chiamato ad accertare se esista o meno un determinato diritto soggettivo, contestato o insoddisfatto (artt. 163 ss. c.p.c.): ciò che egli fa in modo vincolante per i contraddittori, risolvendo la controversia giuridica tra loro insorta con efficacia di giudicato (*ius dicet*: art. 2909 c.c.; così, ad es., il giudice accerta che esiste il diritto di proprietà di A sul bene x, nei confronti di B che gliel'ha contestato; accerta che esiste il diritto di credito di C e condanna il debitore D a pagare il dovuto; accerta che non esiste il diritto vantato da E e che F si astenga da un certo comportamento, che F può quindi legittimamente tenere; accerta che esiste il diritto di G alla stipulazione del contratto definitivo che H rifiuta viceversa di stipulare, poiché tra G ed H vige un anteriore contratto preliminare valido ed efficace, e pronuncia perciò una sentenza che tenga luogo della stipulazione dovuta; ecc.).

Si ha invece tutela giurisdizionale *esecutiva*, quando il giudice sia chiamato a dar materiale attuazione, se del caso con l'ausilio della forza pubblica, e comunque sotto minaccia del suo coercitivo utilizzo, ad un diritto soggettivo rimasto insoddisfatto: particolarmente, benché non soltanto, ad un diritto soggettivo insoddisfatto la cui esistenza sia stata previamente accertata nell'esercizio della tutela giurisdizionale dichiarativa (artt. 474 ss. c.p.c.; così, ad es., se dopo la sentenza che lo condanna a pagare il dovuto a C, D persista nell'inadempimento, il giudice può farne vendere forzatamente i beni, onde soddisfare C col ricavato di tale vendita).

Accanto a queste due forme di tutela giurisdizionale, talora dette per contrasto «finali» ed evocate già *ab antiquo*, per mezzo di bilancia e spada rispettivamente, nelle tradizioni iconografiche della giustizia, se ne annovera in verità anche una terza, che ha però il più limitato scopo «strumentale» di assicurare il buon esercizio futuro delle prime due, quando una condizione di urgenza impedisca di attendere i tempi necessari per concederle. È questa la tutela giurisdizionale *cautelare*, nel cui esercizio il giudice non è chiamato a pronunciare in modo vincolante intorno a diritti soggettivi, né a dar loro compiuta e definitiva soddisfazione materiale, bensì è chiamato a valutarne sommariamente l'esistenza, ed occorrendo a disporre e mettere in opera, anche qui con l'ausilio eventuale della forza pubblica, misure di protezione provvisoria (artt. 669 *bis* ss. c.p.c.; così, ad es., se vi sia timore che D, nel tempo occorrente ad accertare il diritto di credito di C, occulti i propri beni onde frustrarne la futura vendita forzata, il giudice può intanto disporre sequestro e custodia).

II. Sebbene non si possa discorrere della funzione giurisdizionale civile come di un **pubblico servizio** in senso proprio, è indubbio che essa operi per molti versi in modo simile a tanti pubblici servizi. Oltre ad essere esercitata da pubblici dipendenti, in Italia essa è identicamente accessibile a tutti i privati, a

«prezzi» comparativamente contenuti (artt. 9 ss. d.p.r. 30 maggio 2002, n. 115) e di sicuro inidonei a coprire i costi del suo esercizio, che deve perciò esser altrimenti finanziato dallo stato. Lo stato si fa tuttavia comprensibilmente carico di questi costi ulteriori, perché la funzione giurisdizionale civile non è esercitata solo nell'interesse individuale di quei singoli che di volta in volta domandano tutela del loro diritto: il suo esercizio, ed ancor prima il fatto stesso che essa sia prevista e messa a disposizione dei privati a costi contenuti, contribuisce a favorire la pace sociale, il rispetto spontaneo dei diritti soggettivi altrui e la soluzione autonoma delle controversie giuridiche.

III. Come per tanti pubblici servizi e per tante attività il cui svolgimento soddisfa, o soddisfa anche, un interesse pubblico, pure per la funzione giurisdizionale civile si pone il difficile problema dell'opportunità o meno di **privatizzarne l'esercizio**: il problema cioè se alla collettività convenga o meno – in termini di qualità, efficienza, costi ecc. – che l'esercizio della funzione giurisdizionale sia affidato a privati.

Trattandosi di una delle funzioni fondamentali del moderno stato di diritto, i legislatori sono in proposito tradizionalmente assai prudenti.

1. L'idea che lo stato **abbandoni interamente il campo** della tutela giurisdizionale civile dei diritti soggettivi ai privati non è, a ragione, ritenuta oggi realisticamente praticabile da nessun legislatore: l'effettiva ed uniforme applicazione della legge, la certezza dei rapporti giuridici, e di conseguenza la stessa pace sociale, sarebbero in tal caso verosimilmente esposte a **pericoli troppo gravi**, quand'anche magari lo stato mantenesse nel contempo i delitti di arbitrario esercizio delle proprie ragioni e riservasse in capo a sé la funzione giurisdizionale in materia penale.

2. L'idea che la funzione giurisdizionale civile sia esercitata **tanto dallo stato quanto dai privati**, e che dunque il titolare del diritto soggettivo violato possa alternativamente rivolgersi all'uno o agli altri per ottenere la tutela che gli spetta per legge, è invece ritenuta variamente praticabile: solo però con **limitazioni** idonee a prevenire taluni **rischi** che i legislatori moderni comprensibilmente temono.

In particolare, occorre guardarsi dai **rischi** seguenti: che l'esercizio della funzione giurisdizionale civile da parte dei privati generi occasioni di utilizzo della forza al di fuori del controllo dello stato; che per suo tramite una parte imponga ad un'altra un giudice non sufficientemente imparziale, o non sufficientemente preparato, o inefficiente dal punto di vista dei tempi, o troppo costoso; che i giudici privati rivelino la tendenza ad evitare pronunce di integrale accoglimento o integrale rigetto delle ragioni di una o dell'altra parte (c.d. sindrome di re Salomone); che le decisioni dei giudici privati risultino per tutti tali motivi mediamente meno giuste; che esse diventino strumento attraverso cui le parti, d'accordo tra loro, dispongano di diritti indisponibili o si sottraggano all'applicazione

cazione di norme imperative; che sia più difficile, in caso di vizio della decisione che implichi responsabilità del giudice privato, ottenere poi da lui il giusto risarcimento dei danni subiti; che da tutto ciò derivino, da un lato, minor uniformità nell'applicazione del diritto oggettivo privato nazionale e, dall'altro lato, maggior discriminazione tra soggetti che siano più abbienti, o socialmente e professionalmente meglio connessi, e soggetti che lo siano di meno.

3. A questi rischi si cerca appunto di ovviare **limitando, ma non escludendo** l'esercizio della funzione giurisdizionale civile da parte di privati. In particolare, ai privati che esercitano funzioni giurisdizionali non sono attribuiti poteri coercitivi: alla coercizione dei loro provvedimenti sovrintende infatti il giudice dello stato, o comunque un ufficio pubblico; il ricorso al giudice privato può darsi solo se tutti gli interessati si siano accordati in tal senso; nessuno degli interessati ha maggior possibilità degli altri di concorrere alla scelta della persona che svolge la funzione di giudice; il ricorso al giudice privato è possibile soltanto in materia di diritti disponibili; il giudice privato ha, per pronunciare la propria decisione, un termine la cui violazione è sanzionata dalla legge; la decisione illegittima o ingiusta del giudice privato può di regola esser impugnata dinanzi al giudice dello stato.

In presenza di simili limitazioni, la maggior parte dei rischi segnalati sopra risulta largamente prevenuta, mentre altri si attenuano, o comunque se ne riduce l'importanza, poiché gli stessi interessati mostrano di volerli liberamente correre.

4. I rischi che restano si ritengono allora di regola ampiamente compensati dai **benefici** che la possibilità di ricorrere all'esercizio privato della funzione giurisdizionale offre ai singoli ed alla collettività. Tra questi, si annoverano la c.d. deflazione del contenzioso, *i.e.* la riduzione della litigiosità dinanzi ai giudici dello stato, con conseguente risparmio di risorse e recupero di efficienza della giurisdizione esercitata da costoro; la possibilità, per gli interessati, di scegliere un giudice che reputino più adatto di quello statale a definire la controversia tra loro, perché particolarmente esperto in un certo ramo del diritto, o magari versato in altri saperi rilevanti nel caso concreto (si da comparativamente ridurre l'eventualità di decisioni ingiuste), o ancora dotato di speciali qualità morali, o semplicemente capace di calmare gli animi ed operare *pro amicitia conservanda* (la conciliazione risulta d'altronde comparativamente frequente in corso di giudizio privato); la maggior celerità del giudizio dinanzi al giudice privato, giacché, se è vero che i legislatori moderni mettono in guardia dal rischio che tale giudizio si riveli inefficiente dal punto di vista dei tempi, nella prassi l'esercizio della giurisdizione civile da parte dei privati è pressoché sempre più rapido di quello statale, oltre che mediamente non meno valido in termini di giustizia della decisione; la minor pubblicità ed il minor *strepitus* che di regola accompagna l'esercizio della giurisdizione da parte di privati, potendosi fra l'altro qui più efficacemente vincolare parti e giudici a

precisi obblighi di riservatezza; nonché altri e più specifici vantaggi nella composizione delle controversie internazionali (v. § 95 I).

Nella pratica, il beneficio più avvertito da chi sceglie di ricorrere al giudice privato è probabilmente quello dei più rapidi tempi della tutela giurisdizionale, o comunque dei poteri che la legge riserva alle parti intorno alla determinazione di tali tempi; gli altri benefici sono pure importanti, ma raramente decisivi. L'esercizio della funzione giurisdizionale civile da parte dei privati è invece sovente piuttosto inefficiente dal punto di vista dei costi per gli utenti, che sono molto variabili, ed in tanti paesi risultano significativamente maggiori della tutela dinanzi ai giudici statali. Molti utenti accettano tuttavia di sostenere costi più alti, o di correre il rischio di sostenerli in caso di soccombenza, per beneficiare dei vantaggi offerti dal giudice privato; e naturalmente è abbastanza ragionevole ipotizzare che, secondo consolidate logiche economiche, l'ampliamento ed il perfezionamento del mercato possa nel tempo condurre ad un aumento dell'offerta di giurisdizione privata e ad una contrazione dei relativi prezzi.

Le decisioni dei giudici privati risultano poi, in molti paesi, più stabili di quelle dei giudici statali di primo grado, nel senso che, sebbene impugnabili, sovente lo sono solo per un più ristretto novero di vizi. Questa maggior stabilità, però, non può esser inclusa *tout court* tra i benefici della giurisdizione privata, giacché, se è indubbio che essa attraggia molti utenti, spinti dal desiderio di definire la lite pressoché in un unico grado di giudizio, è pure indubbio che ne dissuada molti altri, preoccupati piuttosto di non poter un domani reagire in caso di pronuncia ingiusta.

IV. I rischi ed i benefici dell'esercizio della funzione giurisdizionale civile da parte di privati, così sommariamente descritti, sono da sempre ben noti al legislatore italiano, che già ammetteva tale esercizio nel codice di procedura civile del 1865 (v. § 7) e che lo ammette tuttora, nel **titolo ottavo del libro quarto del codice vigente (**artt. 806-840**): oggi come ieri, peraltro, solo in presenza di limitazioni che corrispondono grosso modo a quelle comuni negli altri ordinamenti.**

1. Così, attualmente, l'esercizio della funzione giurisdizionale da parte di privati è anzitutto limitato, anche da noi, a compiti giurisdizionali che possano utilmente assolversi **senza l'ausilio diretto della forza**, *i.e.* a quelli **di cognizione o dichiarativi** (v. § 1 I). In particolare, si può ricorrere ad un giudice privato, in alternativa a quello statale, per far **decidere in modo vincolante una controversia giuridica**: alla decisione del giudice privato, la legge italiana riconosce infatti gli stessi effetti della sentenza del giudice statale, *i.e.* l'idoneità alla cosa giudicata e l'efficacia di titolo esecutivo (artt. 824 *bis* e 825; v. § 56; § 79; cfr. anche art. 112, c. 2e, c.p.a.).

Il terreno di elezione della giurisdizione privata è dunque quello della tutela giurisdizionale dichiarativa, perché, onde conoscere e decidere una controversia giuridica, non è essenziale disporre di mezzi coercitivi. Al contrario, a giudici privati non è consentito ricorrere per riceverne tutela giurisdizionale esecutiva, la quale non potrebbe efficacemente fare a meno dell'eventualità della coazione. Quanto alla tutela giurisdizionale cautelare, che ha scopo strumentale, la legge prevede dal 2022 una coerente soluzione mediana: ne consente cioè l'esercizio da parte di giudici privati, solo finché si tratti di pronunciare la

decisione provvisoria, mentre la sua coattiva attuazione materiale, ove si riveli necessaria, rimane riservata ai giudici dello stato (v. § 1 I; § 2 I 2; § 44 VII; § 82 IV).

2. Si prevede inoltre che al giudice privato si possa ricorrere solo per la tutela giurisdizionale di **diritti soggettivi disponibili**, e se vi sia nel contempo **accordo** di tutte le parti interessate in tal senso (art. 806; v. § 2 III; § 22 II 2). La decisione del giudice privato è **impugnabile per nullità dinanzi alla corte d'appello**, se egli abbia deciso in assenza dei suddetti presupposti, se abbia commesso determinati errori di procedura, e, ove le parti ciò abbiano espressamente previsto, anche se abbia commesso errori di giudizio; né le parti possono preventivamente rinunciare a questo potere di impugnare (artt. 827 ss.; v. § 65 I; § 65 III; § 82 IX). Al rischio che il giudice privato impieghi tempi eccessivi per pronunciare la decisione, si ovvia mediante la previsione di un **termine** (art. 820; v. § 53), disponibile per accordo delle parti, la cui violazione può comportare responsabilità civile del giudice e nullità della decisione pronunciata (art. 813 *ter*, c. 1, n. 2; v. § 33 II 3). Al rischio che sia nominato un giudice privato non imparziale, si ovvia assicurando variamente che nessuna **parte abbia più poteri dell'altra** nel procedimento di nomina e prevedendo comunque casi di **ricusazione** del giudice (artt. 809, 810 e 815; v. § 25; § 29 I; § 29 II).

Mancano, in Italia, studi su vasta scala intorno alla diffusione, i tempi, i costi e la qualità della giurisdizione privata. I dati disponibili, relativi soprattutto ai procedimenti amministrati da istituzioni arbitrali (v. § 91), l'esperienza e la percezione degli operatori inducono a ritenere che la diffusione nel nostro paese sia percentualmente ancora molto limitata in rapporto alla giurisdizione statale, ancorché certo significativa; che i tempi siano normalmente assai più brevi, ma di sicuro non brevissimi, giacché le proroghe del termine sono frequenti, e non sono rari giudizi privati di durata ben superiore a un anno, soprattutto in presenza di giudici collegiali (v. § 53 I); e che il maggior ostacolo al successo della giurisdizione privata non sia la qualità delle decisioni, mediamente nient'affatto inferiore a quella delle sentenze dei giudici statali, bensì il livello dei costi (v. § 31 III), nel nostro paese tuttora non competitivo.

§ 2. Nozione e linee essenziali dell'arbitrato nel diritto processuale civile italiano

Bibliografia: *Alpa/Vigoriti*, Arbitrato. Profili di diritto sostanziale e di diritto processuale, Assago 2013; *Barbieri/Bella*, Il nuovo diritto dell'arbitrato, Padova 2007; *Benedettelli/Consolo/Radicati di Brozolo* (dir.), Commentario breve al diritto dell'arbitrato, Milano 2017; *Bernardini*, Il diritto dell'arbitrato, Bari 1998; *Biamonti*, Arbitrato (dir. proc. civ.), EDir, II, Milano 1958, 899; *Bove*, La giustizia privata, Assago 2021; *Carnacini*, Arbitrato rituale, NnDi, I, 2, Torino 1958, 876; *Carpi* (dir.), Arbitrato, Bologna 2016; *Cavallini*, L'arbitrato rituale, Milano 2009; *Cecchella* (dir.), L'arbitrato, Torino 2005; *Consolo*, Problemi e soluzioni in tema di arbitrato, Padova 2020; *Danovi*, L'arbitrato, Milano 2020; *Fazzalari*, L'arbitrato, Torino 1997; *Giorgetti/Impagnatiello* (dir.), Manuale sintetico dell'arbitrato, Pisa 2017; *Grazio-*

si/Salvaneschi (dir.), *L'arbitrato*, Milano 2020; *La China*, *L'arbitrato*, Milano 2011; *Mantucci* (dir.), *Trattato di diritto dell'arbitrato*, Napoli 2019-2022; *Mirabelli/Giacobbe*, *Diritto dell'arbitrato*, Napoli 1994; *Nardo*, *Profili di diritto dell'arbitrato*, Napoli 2018; *Punzi*, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova 2012; *Rubino Sammartano*, *Il diritto dell'arbitrato*, Milano 2010; *Salvaneschi*, *Arbitrato*, Bologna 2014; *Verde*, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino 2021; *Verde* (dir.), *Diritto dell'arbitrato*, Torino 2005; *Zucconi Galli Fonseca*, *Diritto dell'arbitrato*, Bologna 2016.

I. L'esercizio della funzione giurisdizionale civile da parte di privati, ammesso dall'ordinamento italiano nei limiti sommariamente tratteggiati sopra (v. § 1 IV), ha luogo per mezzo dell'istituto giuridico dell'arbitrato** (artt. 806-840 c.p.c.); e le persone incaricate di tale esercizio prendono nome di **arbitri**.**

Il termine «arbitrato» non era in verità in uso nel codice del 1865, che disciplinava l'istituto sotto il capo «del compromesso» (artt. 8-34: quasi di sfuggita, il solo art. 19 di quel capo discorreva di «arbitramento», parola che la coeva dottrina civilistica adoperava di regola per indicare l'odierno «arbitraggio»); già allora, però, esso era ampiamente in uso in dottrina.

1. Nella sua accezione più ampia, il termine «arbitrato» («*arbitration*» in inglese; «*arbitrage*» in francese; «*arbitraje*» in spagnolo), che il codice vigente impiega, ma non definisce, indica il vario complesso delle attività svolte dagli arbitri, dalle parti ed eventualmente da altri soggetti, per comporre la controversia giuridica fra le parti stesse.

Inteso in questo senso, che è quello ad es. della rubrica del titolo ottavo del libro quarto del codice di rito o della frequente locuzione normativa «in materia di arbitrato», l'arbitrato comprende atti ed effetti giuridici non giurisdizionali, e finanche atti propriamente negoziali come la convenzione di arbitrato o il contratto di arbitrato, i quali sono nondimeno necessari perché dei privati possano esercitare una funzione giurisdizionale in materia civile; esso comprende inoltre atti di «assistenza» del giudice statale, a ciò identicamente necessari (v. § 2 V).

Per indicare l'eterogeneo insieme di norme che disciplinano l'arbitrato, secondo tale ampia accezione, è in uso l'espressione «diritto dell'arbitrato», le cui istituzioni formano l'oggetto di questo libro. Il diritto dell'arbitrato non è dunque *interamente* diritto processuale, giacché include indispensabili previsioni di diritto sostanziale; vero è, però, che tale diritto è senza dubbio *prevalentemente* processuale, poiché in esso i negozi e gli altri atti non propriamente giurisdizionali giocano un ruolo strumentale, onde appunto consentire lo svolgimento del giudizio privato: appare perciò ben fondata la tradizionale collocazione della disciplina dell'arbitrato all'interno del codice di procedura civile.

2. In un'accezione più ristretta, di impiego assai più comune, il termine «arbitrato» indica invece il solo processo giurisdizionale dichiarativo che si svolge dinanzi agli arbitri, e dunque la serie ordinata di atti che normalmente comincia con la domanda di una parte e si conclude con la decisione arbitrale.

Nel medesimo senso (che è quello ad es. di locuzioni normative come «in corso di arbitrato» o «domanda di arbitrato»), è frequente pure l'utilizzo dell'espressione «procedimento arbitrale» (cfr. ad es. art. 808 *quinquies*; «*Schiedsverfahren*» o «*schiedsrichterliches Verfahren*» in tedesco), o «processo arbitrale», nonché, per traslato, quella di «giudizio arbitrale» (cfr. ad es. art. 669 *quinquies* c.p.c.), giacché la controversia giuridica tra le parti, non diversamente da quanto accade nei processi dichiarativi dinanzi ai giudici dello stato, è di regola composta dagli arbitri mediante un giudizio.

Conviene qui peraltro avvertire che la comune descrizione dell'arbitrato in termini di giudizio dichiarativo condotto da privati conserva piena attualità, anche adesso che si è finalmente consentito (dal 2022: v. § 1 IV 1; § 9 IV) di domandare agli arbitri pure la pronuncia di misure cautelari. Tale descrizione suona forse oggi, è vero, un po' semplificata, potendosi ormai dare dinanzi ad arbitri anche un procedimento cautelare; essa continua però a cogliere l'aspetto essenziale, nonché quello praticamente più significativo, frequente e visibile dell'istituto: ciò, perché i provvedimenti cautelari hanno natura «strumentale» (v. § 1 I), essendo variamente adottati proprio a provvisoria protezione del giudizio dichiarativo davanti agli arbitri (quasi sempre mentre esso pende ed in attesa che si concluda: v. § 82 V 2); e perché gli arbitri tuttora non dispongono dei poteri coercitivi necessari per dare a quei provvedimenti materiale attuazione (si che l'esercizio della giurisdizione cautelare da parte loro è comunque sempre e solo parziale: v. § 82 IV 2; § 82 X).

II. Secondo l'accezione più pregnante del termine (v. § 2 I 2), nelle sue linee essenziali l'arbitrato è quindi un **processo dichiarativo** (processo di cognizione) che si svolge dinanzi a **giudici privati** (arbitri). Oggetto di tale processo è una **controversia giuridica** tra due o più parti, *in nuce* non differente da quella che forma l'abituale oggetto del processo di cognizione ordinario o degli altri processi di cognizione dinanzi ad un giudice statale: una controversia che, semplificando al massimo, concerne di regola l'esistenza di un determinato diritto soggettivo, che una parte affermi e pretenda tutelato, e che l'altra parte invece neghi (v. § 21 I).

1. Gli **arbitri** definiscono questa controversia, all'esito di quel processo, **accertando** (dichiarando, giudicando) se il diritto soggettivo esista o meno (*ius dicendo*), ed ove occorra pure condannando il soggetto passivo ad adempierlo, nonché costituendo, regolando o estinguendo rapporti giuridici nei limiti consentiti dall'art. 2908 c.c. Il provvedimento con cui la controversia è così definita, che prende nome di **lodo**, equivale perciò alla sentenza del giudice statale tanto nei possibili contenuti (di accertamento mero, di condanna o costitutivi), quanto negli effetti (artt. 824 *bis* e 825): in particolare, esso è idoneo a far stato tra le parti, i loro eredi ed aventi causa, ai sensi dell'art. 2909 c.c. (v. § 79 II), avendo piena efficacia di **giudicato** e vincolando in tal modo ogni eventuale giudizio successivo, dinanzi a giudici statali o ad arbitri, intorno al medesimo diritto soggettivo o a diritti dipendenti; ed ancora, ove formalmente regolare, costituisce titolo esecutivo, ai sensi degli artt. 474 ss. c.p.c.

2. Gli arbitri svolgono dunque attività che, dal punto di vista oggettivo e da

quello degli effetti giuridici prodotti, non differisce sostanzialmente dall'attività svolta dai giudici statali in un ordinario processo di cognizione (v. § 1 I; § 1 IV 1; § 2 I 2). Per tale ragione, non ha senso dubitare che essi esercitino una funzione giurisdizionale (v. § 3): è anzi del tutto corretto dire che l'arbitrato costituisce un **mezzo di definizione giurisdizionale delle controversie alternativo alla giurisdizione statale**.

L'*alternatività* dell'arbitrato alla giurisdizione statale è alla base di molte proposte di inquadramento teorico dell'istituto nel più ampio «sistema» della giustizia civile. Si pensi in particolare alla proposta che fa dell'arbitrato il nucleo principale dell'unitaria categoria della «giustizia privata», in contrapposizione alla giustizia «statale» o «pubblica». O ancora, si pensi alla proposta che colloca l'arbitrato nella categoria dei metodi di c.d. *alternative dispute resolution* (ADR): collocazione, quest'ultima, importata dai diritti nordamericani ed alquanto ricorrente negli ultimi anni presso la nostra dottrina, la quale suole precisare al riguardo che, tra i vari metodi di ADR, l'arbitrato si caratterizza per avere fondamento rigorosamente «volontario», non essendo imposto dalla legge ad alcuna parte in causa (v. § 1 IV 2; § 4 II); nonché per tendere ad una definizione della controversia di provenienza «eteronoma» (la definizione dovendosi ad un terzo imparziale e non ad un accordo delle parti), contenuto «valutativo» (la controversia essendo composta mediante giudizio), ed efficacia «vincolante».

Queste ed altre sistemazioni, seppur didatticamente piuttosto utili, appaiono nondimeno prive di precisi riscontri legislativi e di reale significato esegetico nel diritto processuale civile italiano, per il quale l'unica categoria normativa al cui interno l'arbitrato è esplicitamente collocato è quella dei «procedimenti speciali» del libro quarto del codice di rito (v. § 2 IV; cfr. tuttavia art. 2, c. 1s, d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3).

La *giurisdizionalità* dell'arbitrato è invece alla base della distinzione tra l'istituto in esame ed il c.d. arbitrato «irrituale», o «libero», o «improprio» (art. 808 *ter*). Fra l'arbitrato esaminato qui, talora per contrasto qualificato «rituale», e l'arbitrato irrituale corrono infatti moltissime affinità, ma pure questa ineliminabile e decisiva differenza: che, nell'arbitrato irrituale, gli arbitri sono chiamati a definire la controversia giuridica non già con un provvedimento giurisdizionale di efficacia equivalente a quella di una sentenza del giudice statale, bensì con un atto avente natura ed effetti di «determinazione contrattuale»; non già dunque con un provvedimento frutto dell'esercizio di una funzione giurisdizionale, bensì con un atto riconducibile alla volontà negoziale delle parti; non già, in altri termini ancora, con un atto idoneo a produrre il vincolo di cui all'art. 2909 c.c. in difetto di gravame, bensì con un atto subito capace di produrre il diverso vincolo di cui all'art. 1372 c.c.

III. Come si è già anticipato (v. § 1 IV 2), in linea di principio, perché possa promuoversi un arbitrato, in luogo di un processo civile dinanzi ad un giudice statale, occorre che fra le parti vi sia controversia intorno ad uno o più **diritti soggettivi disponibili** e vi sia **accordo** per deferirla ad arbitri (art. 806).

Questi due requisiti sono tra loro coerentemente collegati. L'accordo delle parti prende il nome di **convenzione di arbitrato** ed è un **contratto** (v. § 11 VI

1): ben si spiega perciò che essa possa avere per oggetto soltanto diritti dei quali sia lecito disporre contrattualmente.

1. Stipulata la convenzione di arbitrato, la scelta delle parti in favore del procedimento arbitrale, in luogo di quello statale, è compiuta. Ciò comporta che, se una di esse intenda agire in giudizio, debba ormai farlo dinanzi agli arbitri, e non possa più farlo dinanzi al giudice statale. Se una delle parti della convenzione di arbitrato agisca comunque dinanzi al giudice statale, l'altra parte dispone di una eccezione processuale non rilevabile d'ufficio – l'**eccezione di arbitrato** (art. 819 *ter*, c. 1) – la cui proposizione impedisce al giudice statale di pronunciare sentenza sul merito della controversia.

Si suole al riguardo affermare che la convenzione di arbitrato comporta, per le parti, la volontaria *rinuncia* alla tutela giurisdizionale statale (v. § 12 III). E conviene sottolineare come si tratti di rinuncia meritevole di protezione legislativa: sia perché parziale e provvisoria, non essendo escluso il successivo intervento dei giudici dello stato, nel caso di impugnazione del lodo; sia e soprattutto perché inscindibilmente effettuata in favore di una tutela giurisdizionale alternativa – quella privata – d'identica efficacia giuridica e, almeno in linea di principio, di non minore efficienza pratica.

2. Parimenti contrattuale è il rapporto giuridico corrente tra le parti e gli arbitri. È in virtù di tale contratto, per il quale è diffuso in dottrina il nome di **contratto di arbitrato**, che si genera in capo agli arbitri l'obbligo di provvedere alla definizione della controversia tra le parti, ed in capo a queste ultime l'obbligo di corrispondere agli arbitri il relativo compenso; insieme a tali obblighi, il contratto di arbitrato genera naturalmente i correlati diritti, nonché i reciproci doveri e facoltà ad essi strumentali (v. § 24 II).

IV. Il processo dichiarativo dinanzi agli arbitri si differenzia, quanto a **regole di procedura**, dal processo ordinario di cognizione dinanzi ai giudici dello stato. Esso infatti si sottrae alla necessità di applicare indistintamente gli artt. 163-189 e 267-310 c.p.c., ed anzi quasi mai si svolge secondo le scadenze ivi previste, benché in teoria ciò possa accadere: spetta alle parti, o in loro difetto agli arbitri, di stabilire di volta in volta le norme di svolgimento del procedimento arbitrale che ritengano più opportune (art. 816 *bis*, c. 1; v. § 40 II 2; § 41 I; § 41 II).

Inquadrate nel codice tra i «procedimenti speciali», l'arbitrato è dunque *speciale* in due sensi: perché si svolge dinanzi ad un giudice diverso da quello del processo ordinario di cognizione, e perché le parti sono libere di concordare norme di svolgimento del procedimento arbitrale diverse da quelle previste per il giudizio dichiarativo del libro secondo del codice. Da quest'ultimo non si distingue invece per scopo o funzione, poiché, come nel processo ordinario (v. § 2 II) e a differenza di altri procedimenti speciali, anche nell'arbitrato si definisce una controversia giuridica per mezzo di un provvedimento contenente un giudizio ed avente capacità di giudicato.

Vi sono tuttavia alcuni principi, regole e modalità operative, tra quelli che disciplinano il processo ordinario di cognizione, ai quali le parti non paiono poter derogare, e che trovano perciò **necessaria applicazione** anche nell'arbitrato: si tratta d'altronde di principi e regole comuni a pressoché ogni altro procedimento giurisdizionale dichiarativo, e anche per ciò disciplinati nel libro primo del codice di rito (oltre che in larga misura imposti dalla Costituzione: v. § 4 III).

1. Così, senz'altro opera nell'arbitrato il **principio della domanda di parte** (*nemo iudex [arbiter] sine actore; ne procedat iudex [arbiter] ex officio*), coerentemente con il fondamento volontario dell'istituto e con la disponibilità della situazione giuridica di cui si controverte: non solo, quindi, per accedere all'arbitrato occorre che tutte le parti in conflitto si siano volontariamente vincolate in tal senso, ma occorre pure, poi, che **almeno una di esse** promuova in concreto il procedimento arbitrale, determinandone l'inizio. Allo stesso modo, operano nell'arbitrato il **principio di allegazione**, per il quale è vietato agli arbitri di fondare il giudizio su fatti loro taciuti dalle parti – mentre le eccezioni non rilevabili d'ufficio serbano tale loro qualità anche nel procedimento arbitrale – ed il **principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato** (*ne eat iudex [arbiter] ultra petita partium*: art. 829, n. 4, 9 e 12): principi che costituiscono immediate applicazioni del principio della domanda di parte.

2. Opera senz'altro nell'arbitrato anche il **principio della parità delle armi processuali**, che ha la propria più importante manifestazione nell'esigenza di un **equivalente diritto al contraddittorio**, in capo a ciascuna parte del procedimento arbitrale (*audiatur et altera pars*: artt. 816 *bis*, c. 1, art. 829, n. 9). Le parti in causa devono cioè avere ragionevoli ed equivalenti possibilità di influire sull'esito del procedimento, argomentando e deducendo in favore o contro l'esistenza della situazione giuridica controversa. L'operare del contraddittorio consente di discorrere del procedimento arbitrale come di un autentico «**processo**».

3. Come nei processi di cognizione dinanzi al giudice civile, la controversia è poi definita mediante giudizio, applicando le **norme giuridiche**, salva la sola decisione secondo **equità** se le parti ciò abbiano richiesto (art. 822, c. 1). E l'applicazione delle norme giuridiche presuppone necessariamente l'obiettiva verifica dei fatti storici all'uopo rilevanti (arg. *ex* artt. 115, 816 *ter*, 820, c. 4, e 824 *bis*). Anche l'arbitrato aspira alla **conoscenza della realtà fattuale**, e dunque alla ricostruzione della verità dei fatti, nei limiti in cui ciò serva al giudizio e sia possibile nel processo; anche nell'arbitrato si svolge un'**istruzione probatoria**, che, sia pur con notevoli differenze strutturali dall'istruzione propria del processo ordinario (artt. 191-266; artt. 2699-2739 c.c.), tende al medesimo scopo e si informa ai medesimi criteri logici e cognitivi che contraddistinguono quest'ultima (v. § 40 IV 2); anche nell'arbi-

trato opera senz'altro il **principio dell'onere della prova**, onde orientare gli arbitri nella soluzione della controversia in caso di prova assente o insufficiente (v. § 44 I).

V. Fin qui si sono sottolineate soprattutto identità e somiglianze correnti fra l'arbitrato ed i processi civili – particolarmente i processi di cognizione di primo grado – dinanzi a giudici statali. Conviene però subito accennare anche ad una importante differenza. Avendo fondamento nella concorde volontà delle parti (v. § 1 IV 2) ed essendovi rigorosamente precluso l'impiego della forza (v. § 1 IV 1; § 82 II; § 82 III), la giurisdizione dichiarativa degli arbitri rischia di entrare in crisi quando, in talune speciali situazioni, manchi la spontanea collaborazione di terzi privati o delle stesse parti allo svolgimento dei processi arbitrali. Onde porre rimedio a situazioni del genere, il legislatore prevede eterogenei ed eccezionali interventi di «appoggio» o «**assistenza**» **all'arbitrato da parte del giudice dello stato**, che comprensibilmente non hanno eguale nel contesto del processo ordinario di cognizione (v. § 2 I 1; § 3 II).

Questi interventi concernono per lo più la nomina o la sostituzione di arbitri da parte del presidente del tribunale: segnatamente, nel caso in cui le parti non trovino un accordo al riguardo (artt. 809 e 811); nel caso in cui la parte alla quale compete la nomina di uno o più arbitri, magari col chiaro intento di ostacolare l'arbitrato, non vi provveda; nel caso in cui a non provvedere sia invece il terzo che in forza della convenzione ne abbia l'obbligo (art. 810); nel caso in cui un arbitro ometta di compiere un atto relativo alle sue funzioni (art. 813 *bis*) o ancora debba esser ricusato (art. 815); ecc. Vi sono però anche interventi di assistenza radicalmente diversi: si pensi al caso in cui il presidente del tribunale sia chiamato a liquidare il compenso degli arbitri (art. 814), o a dirimere il conflitto sorto fra parti ed arbitri intorno all'opportunità di una proroga del termine per la pronuncia del lodo (art. 820, c. 3*b*), o ad ordinare la coercibile comparizione davanti agli arbitri di un testimone che avesse previamente rifiutato di comparirvi spontaneamente (art. 816 *ter*).

Sbaglierebbe tuttavia chi volesse trarre dalle precedenti constatazioni la conclusione che la giurisdizione dichiarativa esercitata nell'arbitrato non sia vera giurisdizione. Gli interventi di assistenza di cui si è detto, con la sola e marginale eccezione, forse, di quelli *ex artt.* 814 e 816 *ter*, non sono interventi oggettivamente giurisdizionali, bensì di c.d. giurisdizione volontaria, *i.e.* di amministrazione pubblica di un rapporto giuridico tra privati, tanto che non si faticherebbe troppo ad immaginare quegli interventi attribuiti *de iure condendo* alla competenza di un funzionario statale diverso dal magistrato ordinario (v. § 26 VII; § 29 IV 1; § 31 III 2; § 53 V; § 56 III; § 69 III 9; § 96 I; § 99 IV 2; né per lo più si dubita che tali interventi restino di competenza del giudice ordinario, pur quando la controversia compromessa in arbitri appartenga alla giurisdizione del giudice amministrativo: arg. *ex art.* 12 c.p.a.): essi non tolgono perciò che, nell'arbitrato, la funzione giurisdizionale sia esercitata dagli arbitri.

§ 3. Il problema della c.d. «natura» dell'arbitrato

Bibliografia: *Bonato*, La natura e gli effetti del lodo arbitrale, Napoli 2012; *Fornaciari*, Gli effetti del lodo e il falso problema della natura negoziale oppure giurisdizionale dell'arbitrato, Ra 2015, 247; *Marinelli*, La natura dell'arbitrato irrituale. Profili comparatistici e processuali, Torino 2002; *Ricci*, La never ending story della natura negoziale del lodo: ora la Cassazione risponde alle critiche, Rdp 2003, 557; *Ruffini*, L'arbitrato come equivalente della giurisdizione statale: linee evolutive, Rdp 2018, 1; *Sassani*, Divagazioni su arbitrato e giurisdizione, Ra 2020, 375.

I. Nei paragrafi precedenti, si è fra l'altro sottolineato che gli arbitri per lo più fanno, nell'arbitrato, ciò che il giudice statale fa nel processo di cognizione, e particolarmente che essi decidono una controversia giuridica tra due o più parti con un provvedimento che ha i medesimi effetti della sentenza del magistrato (v. § 2 II 1). In ragione di ciò, si è in più circostanze affermato che gli arbitri esercitano una **funzione giurisdizionale** e che l'arbitrato essenzialmente è una forma di **esercizio privato di giurisdizione dichiarativa**.

Conviene ora brevemente tornare su queste pur comuni affermazioni, per avvertire che in Italia si nega, da parte di una nutrita minoranza di studiosi, che esse siano corrette, e si trova invece variamente sostenuto, ancora oggi, che l'arbitrato sia un fenomeno interamente negoziale, in cui di giurisdizione non se ne esercita affatto.

Questa radicale divergenza di opinioni alimenta un risalente, ma ancora non del tutto sopito dibattito, per lo più posto in termini di «natura» dell'istituto, tra sostenitori appunto della «natura» giurisdizionale dell'arbitrato, inclini ad equiparare, a molteplici fini dogmatici ed esegetici, l'arbitro ad un giudice, il procedimento arbitrale ad un giudizio civile ed il lodo ad una sentenza, nonché a marcare le differenze tra l'istituto ed il fenomeno, esso sì tutto contrattuale, dell'arbitrato irrituale (v. § 2 II 2); e sostenitori della «natura» negoziale dell'arbitrato, inclini piuttosto ad accostare, ai medesimi fini, l'arbitro ad un mandatario delle parti o ad un arbitratore, ed il lodo ad un contratto o ad un atto di integrazione della volontà contrattuale delle parti, nonché a ricondurre quanto più possibile ad unità l'arbitrato di rito e quello libero (c.d. teorie «unitarie» dell'arbitrato).

Si tratta di un dibattito che ha avuto notevole importanza in passato, ha influenzato a più riprese e con alterne fortune la giurisprudenza, ed ha svolto una preziosa funzione di guida agli interventi normativi posteriori all'entrata in vigore del codice del 1940, allorché il lodo doveva esser depositato dinanzi al giudice statale entro cinque giorni dalla sua sottoscrizione ed acquistava solo in tal modo efficacia di sentenza, mentre restava nullo in difetto di deposito. Oggi, la maggior parte delle questioni controverse in passato tra i sostenitori dell'una e dell'altra tesi sono state risolte per via normativa (in genere nel senso reputato corretto dai «giurisdizionalisti» e col rischio di qualche eccesso: v. § 9 IV), sì che, sebbene la polarizzazione a parole sopravviva, molte affermazioni contrapposte paiono doversi ormai ascrivere all'impiego di differenti accezioni del concetto di «giurisdizione» o di quello in sé intrinsecamente vago di «natura», piuttosto che a vere diversità nella ricostruzione della disciplina concreta dell'arbitrato.

1. A ben vedere, se si chiarisce a monte che, tra le molte e legittime concezioni della «giurisdizione dichiarativa», si sceglie quella che ne individua il *proprium* nell'attività di comporre controversie giuridiche per mezzo di provvedimenti eteronomi (*i.e.* assunti da un terzo imparziale) e vincolanti (*i.e.*, almeno di regola, idonei al giudicato), è poi del tutto coerente affermare che anche l'attività svolta dagli arbitri **sia oggettivamente un'attività «giurisdizionale»**.

Per giustificare l'affermazione *de iure condito*, basterebbe oggi il richiamo al già citato art. 824 *bis* (v. § 79 II; cfr. anche art. 112, c. 2e, c.p.a.). Ad ulteriore sostegno di essa, si possono inoltre menzionare l'art. 819 *bis*, c. 1, n. 3, che riconosce la possibilità per gli arbitri rituali di sollevare la questione di legittimità costituzionale di una norma (v. § 48 IV); l'art. 819, che testualmente discorre di decisioni degli arbitri con e senza efficacia di giudicato (v. § 80 III); gli artt. 827-831, che assoggettano il lodo ad un sistema di impugnazioni dinanzi al giudice statale per molti versi simile a quello della sentenza di primo grado (v. § 65 II); gli artt. 669 *octies*, c. 5, e 816 *bis*.1 c.p.c., unitamente agli artt. 2652, c. 2, 2653, c. 2, 2690, c. 2, 2691, c. 2, 2943, c. 4, 2945, c. 4, c.c., che equiparano, nella produzione di numerosi effetti sostanziali, la domanda di arbitrato alla domanda giudiziale (v. § 34 I; § 35 I); gli artt. 819 *ter* e 819 *quater*, ove è sancito il carattere processuale dell'eccezione di arbitrato e si trattano, sotto alcuni profili, i rapporti fra arbitri e giudici ordinari come rapporti di competenza (v. § 86 II 3; cfr. anche, similmente, l'art. 4, c. 2, l. 31 maggio 1995, n. 218; v. § 99 III); il fatto che il deposito dinanzi al giudice statale comporti, per l'art. 825, soltanto un controllo estrinseco e formale, e sia ormai richiesto unicamente ai fini dell'esecutività del lodo, senza che più sia ad esso subordinata l'efficacia vincolante del lodo medesimo (come avveniva in origine ed è stato fino al 1983: v. § 56 I); la collocazione della disciplina dell'istituto all'interno del codice di rito.

2. Sulla scorta delle superiori premesse, non vi è poi alcunché di inaccettabile nell'affermare che, esercitando gli arbitri un potere in tal senso «giurisdizionale», all'arbitrato – che pure, certo, a differenza del giudizio dinanzi al giudice statale, necessita dell'investitura di tutte le parti, anziché di quella di una sola – possa riconoscersi «**natura giurisdizionale**». Ferma l'ineludibile vaghezza del concetto, non può infatti davvero destar scandalo che si discorra di «**natura giurisdizionale**» a proposito di un istituto giuridico per mezzo del quale si fa oggettivo esercizio di giurisdizione.

II. Riconoscere che gli arbitri esercitano una funzione giurisdizionale non deve ovviamente indurre a trascurare le **differenze** che corrono tra la loro giurisdizione e quella del giudice statale. Benché di differenze ve ne siano e meritino di esser segnalate, esse non paiono tuttavia tali da toglier ragionevolezza alla descrizione dell'arbitrato in termini di istituto di «**natura giurisdizionale**».

Così, è giusto sottolineare che l'esercizio della giurisdizione arbitrale, diversamente da quella statale, presuppone sempre l'accordo dei contendenti, ma tale differenza di presu-

posti non fa venir meno l'oggettiva identità delle funzioni svolte nei due casi e degli effetti da esse prodotti. Allo stesso modo, è giusto sottolineare che gli arbitri non hanno poteri giurisdizionali coercitivi, ma la conseguenza di ciò non può esser la negazione *tout court* della loro giurisdizione, quanto la constatazione che quest'ultima sia più limitata di quella del giudice statale. Ancora, è giusto sottolineare che gli arbitri abbiano in certi casi bisogno dell'assistenza da parte dello stato, ma, come si è già notato (v. § 2 V), questa assistenza, che di per sé nemmeno ha contenuto *stricto sensu* giurisdizionale, non incide sull'oggetto della funzione svolta. Né d'altronde avrebbe ragione chi obiettasse che le parti non possono attribuire per contratto agli arbitri poteri – i poteri giurisdizionali appunto – di cui esse stesse sono prive: l'obiezione è superabile in vari modi, ad es. osservando come sia pur sempre la legge ad attribuire agli atti degli arbitri, in primo luogo per mezzo dell'art. 824 *bis*, i medesimi effetti che la stessa legge attribuisce agli atti del giudice statale (sbaglia infine chi obietta che, se davvero gli arbitri esercitassero funzioni giurisdizionali, l'arbitrato sarebbe in contrasto con talune previsioni costituzionali, ma di questo occorre dire separatamente: v. § 4 I).

III. Beninteso, le precedenti considerazioni potrebbero mutare, se si muovesse da diverse ed ugualmente legittime nozioni della giurisdizione, o da differenti concezioni della «natura giuridica» di un istituto. Nemmeno in tal modo si riuscirebbe però a negare persuasivamente un dato che, fuor d'ogni questione terminologica, pare in effetti inoppugnabile: che cioè le somiglianze strutturali e funzionali fra l'arbitrato ed il processo civile ordinario di cognizione sono moltissime ed *ictu oculi* assai maggiori delle differenze, nonché maggiori delle somiglianze strutturali e funzionali che pur corrono fra l'arbitrato ed i contratti che mirano alla composizione delle controversie.

1. Ora, se si considera che il fine ultimo del dibattito sulla «natura» dell'arbitrato, e comunque l'unico suo fine apprezzabile, è quello di ricavarne soluzioni interpretative nei casi in cui la lettera della legge non soccorra, non è forse neppure necessario prendere posizione rispetto ad esso per affermare almeno quanto segue: che in linea di principio è possibile, in materia di arbitrato, rifarsi per **analogia a principi e soluzioni normative dettate in materia di processo civile**, giacché, indipendentemente dalla controversa «natura» dell'istituto, esiste tra le due materie una indubbia omogeneità funzionale e strutturale; si tratta insomma di «materie analoghe» ai sensi dell'art. 12 disp. prel.

2. D'altro canto, però, al di là di questa prevalente omogeneità, si è visto che fra l'arbitrato ed il processo civile vi sono pure importanti differenze, che obbligano a guardarsi da approcci troppo sintetici e da tentanti formulazioni universali. **L'analogia dovrà perciò esser sempre adoperata con speciale prudenza**, ed in concreto ritenersi talvolta addirittura impedita, magari cedendo allora il passo all'applicazione – anche qui analogica, non mai diretta; ed anche qui indipendentemente dalla controversa «natura» dell'istituto – di norme e principi in materia contrattuale, là dove si tratti di risolvere singole

questioni, o gruppi omogenei di questioni, non espressamente disciplinati dalla legge, ma inerenti a quei profili dell'arbitrato rispetto ai quali la disciplina positiva dell'istituto rivela piuttosto differenze che somiglianze con la giurisdizione statale.

§ 4. Arbitrato, Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo

Bibliografia: *Briguglio*, Gli arbitrati obbligatori e gli arbitrati da legge, Rtdpc 2003, 81; *Capponi*, Contro il divieto di arbitrato su diritti disponibili, Gi 2006, 1785; *Cavallini*, Profili costituzionali della tutela arbitrale, Rdp 2003, 797; *Monteleone*, Arbitrato e giurisdizione nella giurisprudenza della Corte costituzionale, Gpc 2006, 19; *Punzi*, Dalla crisi del monopolio statale della giurisdizione al superamento dell'alternativa contrattualità-giurisdizionalità dell'arbitrato, Rdp 2014, 1; *Sardu*, Arbitrato volontario e giusto processo nella giurisprudenza C.e.d.u., Rdipp 2018, 691; *Van Compernelle*, La C.e.d.u. e l'arbitrato, Ra 2017, 663.

I. Benché se ne discutesse nel corso dei lavori preparatori, l'arbitrato non è stato fatto oggetto di espresse previsioni da parte del legislatore costituzionale. Anzi, i testi dell'**art. 25, c. 1, Cost.**, secondo cui nessuno può esser distolto dal giudice naturale precostituito per legge, e dell'**art. 102, c. 2, Cost.**, secondo cui la funzione giurisdizionale è esercitata dai magistrati ordinari dello stato e non può farsi luogo all'istituzione di giudici diversi da essi, a volerli intendere alla lettera, sembrerebbero addirittura di ostacolo all'esercizio della giurisdizione da parte di privati.

Il contrasto con la Costituzione è tuttavia solo **apparente**.

1. Quanto alla garanzia dell'**art. 25, c. 1**, essa deve senz'altro reputarsi rispettata, ogni volta che il «distoglimento» dal giudice naturale, come avviene negli artt. 806-838 *quater* c.p.c., lungi dall'esser imposto dal potere pubblico, sia il frutto di una **scelta** libera e consapevole di tutti gli interessati e di essi soltanto, riservata loro dalla legge ordinaria.

2. Quanto all'**art. 102, c. 2, Cost.**, che riconosce ai giudici statali il monopolio della funzione giurisdizionale, il problema è più complesso. Nondimeno, occorre considerare che l'attribuzione a privati di funzioni giurisdizionali civili non coercitive, per scelta libera e consapevole delle parti interessate, da esercitarsi attraverso provvedimenti sempre e comunque impugnabili dinanzi agli stessi giudici statali, reca un *vulnus* minimo a quel monopolio; inoltre, ed è poi questa la considerazione davvero decisiva, se anche un piccolo urto formale contro l'**art. 102** vi sia, l'arbitrato deve tuttavia ritenersi **implicitamente consentito** da altre norme della Costituzione, perché serve beni costituzionali di rango certo superiore al monopolio statale della giuri-

sdizione, quali in particolare l'**autonomia privata** e l'**effettività del diritto di azione** (art. 24, c. 1, Cost.).

Contenuto nei limiti entro i quali lo contiene il legislatore italiano, sì da profittare dei benefici dell'istituto e ridurre al massimo i rischi (v. § 1 IV), l'arbitrato permette infatti alle parti che lo desiderino di disporre di un servizio di tutela giurisdizionale che esse concordemente valutino meglio rispondente alle loro necessità, peraltro senza gravare sull'omologo servizio pubblico o almeno gravandovi in misura minore.

La Corte costituzionale non ha d'altronde mai seriamente dubitato della legittimità dell'arbitrato concordemente disposto dagli interessati. È vero però che sovente essa ne ha escluso il contrasto con la Costituzione sulla base di spiegazioni un po' sbrigative, come quella secondo cui l'art. 102, c. 2, Cost. sarebbe *tout court* derogabile per scelta delle parti¹; ovvero molto discutibili, come quella secondo cui gli arbitri non farebbero esercizio di giurisdizione (v. § 3)²; ovvero ancora dalla stessa Corte giustamente poi ripudiate, come la c.d. teoria del «convogliamento» o della «giurisdizionalizzazione *ex post*», secondo cui, dovendo il lodo, onde produrre tra le parti efficacia dichiarativa, fino al 1983 esser previamente sottoposto al vaglio di regolarità formale da parte del giudice dello stato (v. § 9 I), era allora pur sempre un giudice dello stato ad attribuire al lodo quell'efficacia che esso per forza propria non possedeva³.

II. Contrastano invece con la carta costituzionale quelle disposizioni di legge – talora se ne incontrano, soprattutto in risalenti norme di diritto amministrativo, con riguardo a controversie tra privati e pubblica amministrazione – che prevedono un **arbitrato c.d. obbligatorio** (o **necessario**; o **ex lege**): prevedono cioè che una determinata controversia non possa che esser promossa dinanzi ad arbitri. Simili previsioni infatti ledono le garanzie di cui agli artt. 25, c. 3, e 102, c. 2, Cost. e limitano in modo irragionevole il diritto delle parti di agire in giudizio dinanzi ai magistrati, assicurato dagli artt. 24, c. 1, e 113, c. 1, Cost.⁴.

È solo la libera volontà delle parti, insomma, che legittima l'arbitrato di fronte alla Costituzione, la quale non lo contempla espressamente, ma lo protegge implicitamente, perché tutela in varie forme l'autonomia privata, la disponibilità dei diritti soggettivi e finanche la scelta di *non* agire in giudizio. Per conseguenza, sebbene la questione appaia oggi per fortuna meramente teorica, dovrebbe ritenersi costituzionalmente illegittima, così come l'introduzione di arbitrati obbligatori, pure l'ipotetica e speculare soppressione, con norma di legge ordinaria, dell'arbitrato volontario. Nella stessa prospettiva, benché la Corte

¹ Corte cost. 13.6.2018 n. 123.

² Corte cost. 14.7.1977 n. 127.

³ Corte cost. 12.2.1963 n. 2; crit. Corte cost. 14.7.1977 n. 127.

⁴ Corte cost. 13.6.2018 n. 123; Cass. 7.5.2014 n. 9842; Corte cost. 8.6.2005 n. 221, Ra 2005, 515, nt. *Verde*; Gi 2006, 1450, nt. *Lombardini*; Corte cost. 21.4.2000 n. 115, Ra 2000, 275, nt. *Auletta*; Corte cost. 24.7.1998 n. 325; Corte cost. 11.12.1997 n. 381; Corte cost. 27.2.1996 n. 54; Corte cost. 23.2.1994 n. 49, Ra 1997, 477, nt. *Recchia*; Corte cost. 27.12.1991 n. 488, Ra 1992, 247, nt. *Recchia*; Corte cost. 14.7.1977 n. 127.

costituzionale abbia finora solo sfiorato il problema⁵, è anzi giusto vagliare con attenzione la legittimità di ogni norma che vieti il ricorso all'arbitrato volontario anche solo per alcuni diritti soggettivi disponibili, in assenza di ragioni costituzionalmente rilevanti che giustificino un simile divieto (v. § 20 III; § 22 I; § 22 V). Pare infatti corretto affermare che la piena esplicazione della garanzia riconosciuta dall'art. 24, c. 1, Cost. imponga in linea di principio, per la tutela giurisdizionale dei diritti di cui le parti *possono* disporre, anche la *possibilità* dell'arbitrato.

L'illegittimità dell'arbitrato obbligatorio implica che la scelta in favore dell'arbitrato volontario debba esser libera e consapevole. Sotto tale profilo, sono sospette di invalidità le convenzioni di arbitrato stipulate dalle parti per controversie in relazione alle quali la legge incostituzionalmente preveda un arbitrato obbligatorio, potendosi in linea di principio dubitare, in tali casi, dell'effettiva libertà del processo di determinazione volitiva di simili stipulazioni (c.d. contrattualizzazione dell'arbitrato obbligatorio)⁶. Giustamente, inoltre, il legislatore ripone speciale cautela nel disciplinare le convenzioni di arbitrato tra parti contraenti che abbiano differente forza contrattuale, onde limitare al massimo l'eventualità di scelte non pienamente libere (artt. 1341 e 1342 c.c.; artt. 33, c. 2*t*, e 34 cod. cons.: v. § 14 IV; § 15 II).

Per analoghe ragioni, sono incostituzionali tutte le norme che prevedano arbitrati *ex lege*, ai quali gli interessati possano sottrarsi solo d'accordo tra loro, ma non invece unilateralmente⁷; e sono sospette di incostituzionalità tutte le norme che prevedano arbitrati *ex lege*, ai quali gli interessati possano sì sottrarsi unilateralmente, optando per la giurisdizione ordinaria, ma solo con modalità o entro termini incomodi da rispettare (arbitrati c.d. predisposti o facoltativi da legge)⁸. Nondimeno, si suole tollerare, nei rapporti giuridici plurilaterali con comunione di scopo, che una convenzione di arbitrato sia stipulata per volere della maggioranza, e sia imposta così alla minoranza dissenziente, se a questa si riservi in tal caso la possibilità di recedere dal rapporto (art. 838 *bis*, c. 6: v. § 15 III 1); è vero che, in simili circostanze, la volontà di chi, dissenziente, opti per non recedere ed in tal modo accetti l'arbitrato è significativamente coartata; ma essa non è sacrificata del tutto, ed il suo parziale sacrificio è comunque ragionevole, giacché in difetto dovrebbe in sostanza bandirsi l'arbitrato, quand'anche gradito alla maggioranza dei contraenti, da contesti economici dove la celerità e la riservatezza della giurisdizione privata risultano particolarmente preziose.

III. È questione delicata se all'arbitrato volontario debbano estendersi le numerose **garanzie** che la Costituzione prevede o implica per il processo civile (cfr. spec. artt. 24 e 111 Cost.). Sarebbero legittime, per intendersi, norme di legge ordinaria che vietassero alle parti dell'arbitrato ragionevoli possibilità di argomentare e provare le proprie affermazioni, o precludessero lo-

⁵ Corte cost. 27.1.2011 n. 31; Corte cost. 22.5.2009 n. 162; Corte cost. 15.1.2003 n. 10; Corte cost. 28.11.2001 n. 376, Cg 2002, 1009, nt. *Fornaciari*; Gc 2001, I 2883, nt. *Vaccarella*; Ra 2001, 657, nt. *Briguglio*.

⁶ Cass. 17.10.2018 n. 26007; Corte cost. 8.6.2005 n. 221, cit.

⁷ Corte cost. 9.5.1996 n. 152; Corte cost. 13.2.1995 n. 33.

⁸ It variam. Cass. 17.1.2001 n. 563, Fi 2001, I, 1577; Cass. 28.8.2000 n. 11218, Ra 2001, 689, nt. *Fusillo*; Cass. 9.6.2000 n. 7895.

ro il diritto di farsi assistere da un difensore? E norme che affidassero ad una sola delle parti il potere di nominare tutti gli arbitri⁹? Per lo più, probabilmente no (v. § 26 IV 6; § 40 III 1; § 51 I 5; § 65 I). Verrebbe forse da obiettare in senso contrario che, potendo le parti rinunciare ai propri diritti disponibili, esse dovrebbero pure poterli rischiare in un arbitrato privo delle predette garanzie; ma par vero che molti dei principi costituzionali in materia di processo civile – e tra di essi almeno il contraddittorio, il diritto alla prova, la difesa tecnica e l'imparzialità del giudice – appartengono piuttosto all'«in sé» della giurisdizione e debbono perciò valere anche quando essa sia legittimamente esercitata da privati.

Queste conclusioni non debbono però indurre a ritenere che arbitrato e processo civile di cognizione ordinaria costituiscano in tutto «situazioni uguali» ai fini dell'applicazione dell'art. 3 Cost. Fermo per entrambi il rispetto dei principi imposti dalla Costituzione (nonché, per l'arbitrato, di quelli imposti dal fondamento volontario dell'istituto: v. § 1 IV 2; § 4 II), in linea di principio il legislatore deve poi reputarsi ben **libero di disciplinare diversamente** i processi che si svolgono dinanzi a giudici pubblici e a giudici privati.

IV. L'arbitrato non è oggetto di menzione neppure nella **Convenzione europea dei diritti dell'uomo**, ratificata in Italia con l. 4 agosto 1955, n. 848, il cui art. 6, c. 1, detta la più nota formulazione internazionale delle garanzie del giusto processo, sancendo il diritto di ciascuno «a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente ed imparziale, costituito per legge». In proposito, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha tuttavia chiarito in numerose occasioni che né l'arbitrato **volontario**, né l'arbitrato **obbligatorio**, contrastano di per sé con la C.e.d.u., se rispettino condizioni minime che la Corte è venuta negli anni precisando, sia pur ad oggi ancora solo in parte.

Soprattutto, per quanto qui interessa, la Corte ha ripetutamente statuito che l'arbitrato volontario non urta contro la C.e.d.u., se la rinuncia delle parti alla giurisdizione del giudice statale (ch'esso sempre presuppone: v. § 2 III) sia «libera, lecita e non equivoca»¹⁰; e che, se tale sia il caso, le parti rinunciano con ciò, almeno «parzialmente», anche alle garanzie dell'art. 6, c. 1. L'estensione di quest'ultima rinuncia «parziale» non è però stata finora del tutto chiarita (v. § 65 I): essa vale certo per la pubblicità delle udienze¹¹, e per la precostituzione *ex lege* del giudice¹², mentre è assai dubbio che possa ritenersi conforme alla convenzione una disciplina dell'arbitrato volontario che consenta recise violazioni del

⁹ It Corte cost. 9.2.2017 n. 30; Corte cost. 13.2.1995 n. 33.

¹⁰ Pt Corte e.d.u. 28.10.2010, Suda.

¹¹ Pt Corte e.d.u. 23.2.1999, Suovaniemi.

¹² Pt Corte e.d.u. 3.4.2008, Regent Company.

contraddittorio o non sappia sufficientemente assicurare l'imparzialità degli arbitri (di recente, la Corte ha in verità statuito che è in teoria possibile, per i compromittenti, rinunciare anche a quest'ultima garanzia, ma ha escluso che basti all'uopo la semplice scelta dell'arbitrato)¹³.

La C.e.d.u., come si è accennato, non osta invece, secondo la Corte, agli arbitrati *ex lege*, ma l'art. 6, c. 1, trova per essi integrale applicazione, sì che in tanto tali arbitrati possono ritenersi conformi alla convenzione, in quanto la loro disciplina rispetti pienamente le garanzie ivi previste¹⁴.

¹³ Corte e.d.u. 20.5.2021, Beg.

¹⁴ Pt Corte e.d.u. 1.3.2016, Tabbane, IntL 2016, 80, nt. Henke; Ra 2016, 293, nt. Zarra; cfr. anche Cass. sez. un. 13.12.2018 n. 32358.

Capitolo secondo

Cenni storici, fonti nel diritto vigente e prospettive future

Sommario: 5. Cenni alle origini ed allo sviluppo storico dell'istituto. – 6. L'arbitrato nel codice napoleonico e negli stati italiani preunitari. – 7. Il codice di procedura civile del 1865. – 8. Il codice di procedura civile del 1940. – 9. Gli interventi di riforma successivi. – 10. Prospettive future.

§ 5. Cenni alle origini ed allo sviluppo storico dell'istituto

Bibliografia: *Dominici*, L'arbitrato nell'evoluzione del pensiero giuridico romano, Roma 2002; *Garetto*, Arbitro e arbitratore (diritto intermedio), NnDi, I, 2, Torino 1958, 928; *Martone*, Arbitrer-arbitrator. Forme di giustizia privata nell'età del diritto comune, Napoli 1984; *Piano Mortari*, Arbitrato (diritto intermedio), EDir, II, Milano 1958, 895; *Talamanca*, Ricerche in tema di «compromissum», Milano 1958.

I. Benché con notevole varietà di letture ed interpretazioni, tutti gli studiosi dell'arbitrato concordano sul fatto che esso abbia **origini storiche molto antiche**: lo suggeriscono numerosissime fonti giuridiche del più lontano passato, ma forse prim'ancora lo suggerisce l'intelletto, a prescindere dal dubbio, irrisolto e un po' *rétro*, se si tratti solo di un istituto di diritto positivo o si possa magari intravedervi l'opera di principi di ragione naturale.

1. In effetti, è constatazione di buon senso che l'uso di incaricare di comune accordo un terzo privato, da parte di due contendenti, affinché egli componga la contesa, onde prevenire soluzioni violente, **debba esser sorto col diritto sostanziale**, e forse addirittura prima di esso, e debba necessariamente averne accompagnato il progresso, ben prima che si sviluppassero comunità organizzate di individui in grado di offrire ai propri membri lo stabile esercizio di funzioni giurisdizionali: è in questo senso che talora si adopera la locuzione «**arbitrato originario**».

Attestata già presso i sovrani dell'antichità e mai dismessa, la diffusa pratica dell'arbitrato come mezzo di risoluzione pacifica delle controversie tra stati nel diritto internazionale pubblico, per le quali manca un'autorità giurisdizionale universale, preconstituita e dotata di poteri coercitivi, costituisce in fondo buon argomento proprio in favore di tale

constatazione (cfr. spec. artt. 37 ss. della convenzione dell'Aja del 18 ottobre 1907, sulla risoluzione pacifica dei conflitti internazionali).

2. Il rilievo che precede, banale eppur suggestivo, non è forse particolarmente utile per tracciare la storia dell'arbitrato moderno, il cui *proprium* è quello di costituire un'alternativa, su base volontaria, alla soluzione giurisdizionale delle controversie civili da parte del giudice pubblico, e che dunque deve trovare collocazione all'interno di un ordinamento statale. Nondimeno, sembra pure possibile affermare che **non vi fu giurisdizione statale del passato che non conobbe il fenomeno** del concorrente ricorso a terzi privati per la composizione delle liti, quand'anche magari senza normarlo, o evitando di prestargli idonea assistenza ed agevolarlo, o in qualche raro caso, e con molto dubbio successo, vietandolo *tout court*.

3. Naturalmente, non tutti i caratteri essenziali dell'arbitrato moderno furono ugualmente diffusi nel passato, né tutti hanno la medesima origine, né tutti hanno avuto le stesse vicende storiche. Per grandi linee, si può solo rilevare una generale tendenza evolutiva, che muove da primitive esperienze limitate al campo del negozio, onde dirigersi nel senso di una **progressiva «giurisdizionalizzazione»** delle forme procedimentali e degli effetti dell'arbitrato (v. § 3). Nondimeno, tratti normativi oggi solidamente acquisiti nella nostra cultura giuridica, quali la base volontaria dell'arbitrato, l'ampia utilizzabilità nel campo dei diritti disponibili, la compromettibilità di liti non ancora sorte, lo svolgimento in contraddittorio, la decisione secondo diritto, la cogenza del compromesso dinanzi al giudice dello stato, la coercibilità del lodo, la possibilità di un più o meno ampio controllo in sede di giurisdizione statale, la facoltà di ricorrere all'assistenza dello stato in caso di crisi, hanno conosciuto **fortune alterne e sviluppi non lineari**, con frequenti «fughe in avanti» e non minori «marce indietro», in dipendenza di un vasto e difficilmente compendiabile insieme di fattori sociali, politici e giuridici: tanto che pare ben giustificato il diffuso scetticismo in ordine all'utilità, a stretti fini dogmatici ed applicativi, dell'eccellente ricerca storiografica in materia.

Al di là di impieghi non sempre corrispondenti a quelli moderni dei termini «*iudex*» ed «*arbiter*» nelle fonti, non è dubbio che, nel diritto romano, forme di giudizi privati convivessero con la giurisdizione dei magistrati pubblici fin dal tempo delle *legis actiones*, perdurassero in età classica e postclassica e risultassero poi ampiamente disciplinate nel *Corpus iuris civilis*, ove, nonostante la tradizionale maggior attenzione per i profili privatistici dell'istituto, paiono tra gli altri affermati i principi dell'inimpugnabilità della decisione degli arbitri e della loro tendenziale libertà dal giudizio secondo diritto, non meno che alcuni limiti di arbitrabilità, ad es. in materia di *crimina*, e coercibilità. Né fu trascurabile, in quei contesti storici, la spinta esercitata in favore di giudizi non statali – per lo più dinanzi a capi religiosi: notevole, a partire dal I secolo d.C. e ben oltre la caduta dell'Impero romano d'Occidente, il caso dell'*episcopalis audientia* cristiana; ma anche dinanzi ad autorità di diversa specie – dalle più varie istanze particolaristiche, che inducevano tanti ad

evitare la giurisdizione statale, mantenendo in tal modo la soluzione delle controversie civili all'interno delle rispettive comunità etniche, sociali o confessionali.

Favorito dalle sempre crescenti esigenze mercantili, oltre che dalla mutevolezza e fragilità di tante autorità statali, l'arbitrato risulta poi assai diffuso nelle legislazioni italiane ed europee del diritto intermedio, sebbene alcuni dei giudizi designati in allora come tali avessero in realtà base obbligatoria (arbitrati c.d. necessari) e non di rado costituissero, almeno secondo criteri moderni, esercizio di speciali giurisdizioni pubbliche. L'istituto diviene oggetto di manifesto interesse di commentatori e giurisperiti, talora pure materia di compiuti studi monografici, e, fors'anche per forza di contaminazione tra modelli volontari e modelli obbligatori, sviluppa in molti luoghi attributi propriamente processuali (vengono per lo più fatti risalire al diritto intermedio la graduale assimilazione «tecnica» alle sentenze statali e le prassi di omologazione giudiziale), prima di conoscere periodi di relativo minor successo, tra il Seicento ed il Settecento, al rafforzarsi dei poteri degli stati.

§ 6. L'arbitrato nel codice napoleonico e negli stati italiani preunitari

Bibliografia: *Ferri*, La costruzione teorica dei poteri dell'arbitro nell'età moderna, *HIus* 2012, II, 11.

I. Dopo aver formato oggetto di soluzioni oscillanti e contrastate nella convulsa stagione della legislazione rivoluzionaria, l'arbitrato fa il proprio ingresso nell'età della codificazione con la compiuta disciplina che, nel 1806, gli riserva il **codice di procedura civile napoleonico** (artt. 1003-1028). In essa, sono stabilite la **libertà di chiunque di compromettere in arbitri controversie già sorte**, che abbiano ad oggetto diritti disponibili da parte dei compromittenti, salvi pochi divieti espliciti (artt. 1003, 1004 e 1015); la **libertà di forme** del procedimento, salvo il ricorrere a quelle dell'ordinario processo statale in difetto di diversa previsione convenzionale (art. 1009); la regola della **decisione secondo diritto**, salva la possibilità di convenire che gli arbitri pronuncino come «amichevoli compositori» (art. 1019); la nomina di un terzo arbitro da parte del presidente del tribunale, nel caso in cui, in seno al collegio nominato dalle parti, non si formi una maggioranza, né vi sia accordo sulla scelta di tale terzo arbitro (art. 1017: si tratta dell'unica forma espressa di **assistenza del giudice statale** al procedimento dinanzi agli arbitri); la pubblica coercibilità del lodo nelle ordinarie forme esecutive, previo **provvedimento di *exequatur*** del giudice statale (art. 1020); la generale **appellabilità del lodo** dinanzi al giudice statale, salvo valida rinuncia delle parti e salvo che l'oggetto del compromesso sia un giudizio di gravame (ammesso, dunque, l'arbitrato delle cause d'appello contro sentenze del giudice statale: art. 1010); l'**impugnabilità del lodo per nullità**, dinanzi al giudice statale, in taluni casi espressi di vizi formali (mancanza o nullità del compromesso, violazione del termine per la pronuncia, extrapetizione, incapacità degli arbitri ecc.: art. 1028); l'**inopponibilità del lodo ai terzi** (art. 1022).

Il codice di procedura civile napoleonico esercita, in Italia, grande influenza sulla legislazione degli stati preunitari, pur dopo il congresso di Vienna. Molto chiara ne è l'eco nel codice di procedura civile per il Regno di Sardegna (artt. 1103-1135: da segnalare tuttavia la previsione, qui, del necessario numero dispari degli arbitri), in quelli per gli stati di Parma, Piacenza e Guastalla (artt. 1-48: degno però di nota, al riguardo, il fatto che il codice esordisca affermando «le controversie si decidono o da arbitri, o da giudici. Gli arbitri sono scelti dalle parti, i giudici dalla sovrana autorità»), e di Modena e Reggio (artt. 1-20, con analoga disposizione di apertura), nelle leggi di procedura civile per il Regno delle Due Sicilie (artt. 1079-1104: essenzialmente una traduzione), ed ancora nel regolamento giudiziario per gli affari civili dello Stato pontificio (artt. 1746-1783: importante al riguardo la precisazione, inespressa nella legge francese, secondo cui l'*exequatur* non esige il riesame del merito della controversia). D'impronta più antica ed autonoma, ma di contenuti in fondo non molto difforni, risulta il regolamento di procedura civile per i tribunali del Granducato di Toscana (artt. 1097-1121); mentre è assai concisa e significativamente diversa la disciplina di matrice austriaca in vigore dal 1815 nel Regno Lombardo-Veneto (§§ 349-355: in particolare, la pronuncia degli arbitri è per essi di regola liberamente opponibile dinanzi al giudice statale di primo grado, che decide allora la causa «senza riguardo agli atti ed all'arbitramento»).

§ 7. Il codice di procedura civile del 1865

Bibliografia: *Amar*, Dei giudizi arbitrali, Torino 1879; *Barbareschi*, Gli arbitrati, Milano 1937; *Carnacini/Vasetti*, Arbitri, NDi, I, Torino 1937, 648; *Codovilla*, Del compromesso e del giudizio arbitrale, Torino 1915; *Satta*, Contributo alla dottrina dell'arbitrato, Milano 1931.

I. Il primo codice di procedura dell'Italia unita, nel 1865, segna ulteriori progressi. Esso disciplina l'arbitrato agli artt. 8-34, accanto alla conciliazione (artt. 1-7), all'interno di un medesimo titolo, preliminare al libro primo, rubricato «della conciliazione e del compromesso». L'accesso all'istituto vi è subordinato alla **volontà delle parti** ed alla loro capacità di **transigere sopra il diritto in contesa** (artt. 8 e 9). Espressa è finalmente la distinzione tra compromesso e clausola compromissoria (art. 12), entrambi da stipulare in **forma scritta** (art. 11), ed entrambi ragione di un'eccezione «dilatatoria» o «preliminare» dinanzi al giudice statale eventualmente adito nonostante il patto. Pochi sono i limiti di **eleggibilità** all'ufficio arbitrale (art. 10), mentre ancora piuttosto rudimentali sono le regole di **assistenza giudiziaria**, stabilite per il caso di cattivo funzionamento dei meccanismi convenzionali di nomina degli arbitri, nella sola ipotesi però della clausola compromissoria (art. 12). Il procedimento si svolge «**senza alcuna formalità giudiziale**» (artt. 14 e 17), entro un **termine** di solito di novanta giorni (art. 34), salva la libertà delle parti di fissare pattiziamente regole *ad hoc* (art. 17).

1. La **decisione** degli arbitri, da pronunciarsi obbligatoriamente in Italia (art. 22), a **maggioranza** (art. 21; donde la necessità del **numero dispari**: art. 8, c.

1), **secondo diritto** (salvo espressa autorizzazione a decidere **secondo equità**, «come amichevoli compositori»: art. 20) ed in forma di **sentenza** (art. 21), deve essere **depositata**, a cura degli arbitri stessi, entro cinque giorni, dinanzi al giudice statale, **sotto pena di nullità** (art. 24); il giudice statale deve poi, nei cinque giorni successivi, verificarne la c.d. «regolarità esteriore», rendendola «**esecutiva**» ed attribuendole con ciò l'autorità della pronuncia giudiziale, senz'altro idonea per dottrina e giurisprudenza al **giudicato**, il tutto con proprio decreto soggetto a reclamo (art. 25). Secondo dottrina e giurisprudenza del tempo, invece, la sentenza arbitrale non depositata non può vincolare le parti, nemmeno per sua forza contrattuale: è questa probabilmente una delle principali ragioni per cui, a fianco dell'arbitrato disciplinato dalla legge, nel vigore del c.p.c. 1865 si afferma nella prassi il già menzionato arbitrato irrituale (v. § 2 II 2); diffusa tuttavia risulta l'abitudine di ottemperare prontamente alla sentenza e soprassedere al deposito.

2. Se pronunciata secondo diritto, la sentenza arbitrale resa esecutiva è di regola soggetta all'**appello** dinanzi al giudice statale (artt. 28 e 29; più raramente, a **ricorso per cassazione**: art. 31), ed è sempre soggetta a **revocazione**, anche ove adottata secondo equità (art. 30); discussa invece la praticabilità dell'**opposizione di terzo**. La sentenza è inoltre soggetta all'**impugnazione per nullità** (art. 32), nel medesimo termine dato per proporre l'appello (art. 33), in caso di **nullità** della convenzione di arbitrato, nonché di **vizio formale** del procedimento o della sentenza medesima (ad es. per violazione del termine, incapacità dell'arbitro, omissione di pronuncia, pronuncia fuori del Regno d'Italia, pronuncia fuori dei limiti del compromesso, difetto di motivazione o dispositivo); al giudice statale investito dell'impugnazione, ove abbia dichiarato la nullità della decisione degli arbitri, spetta poi pronunciare sul **merito** della controversia (art. 33).

§ 8. Il codice di procedura civile del 1940

Bibliografia: *Mammone*, L'arbitrato, Milano 2003; *Schizzerotto*, Dell'arbitrato, Milano 1988; *Vecchione*, L'arbitrato nel sistema del processo civile, Milano 1971.

I. Con il testo originario del codice vigente, superati taluni dubbi sull'**opportunità** di conservare l'istituto, il legislatore mantiene essenzialmente fermo l'impianto normativo del 1865, introducendovi tuttavia qualche non trascurabile novità. L'arbitrato non è più collocato in un titolo preliminare, bensì tra i procedimenti speciali, nel **libro quarto del codice** (agli artt. 806-831). È discusso il senso di questo spostamento, da ritenersi probabilmente di matrice **ideologica** e privo di reali implicazioni esegetiche: decisivo fu forse l'intento