

PARTE I
ARBITRATO

DIVAGAZIONI SU ARBITRATO E GIURISDIZIONE*

Signore e signori, ragazzi e colleghi, questa è una lezione per modo di dire; la hanno chiamata *lectio magistralis* per dare un nome pomposo a una chiacchierata rievocativa e un po' fuori registro. Si potrebbe parlare di *lecture* (*vulgo*: predica) opposta a *lesson*, il che vuol dire solo che non è propriamente roba per studenti, bensì per ex-studenti che nella vita non hanno trovato di meglio che rimuginare quel che avevano raccolto quando sedevano dall'altra parte dell'aula, per poi riversare a loro volta su altri studenti il loro rimuginio.

Sicché per gli studenti veri presenti (si fa per dire) sarà un successo se riuscirò almeno a non annoiarli.

Data la circostanza speciale della conclusione del mio ciclo in ruolo, parlerò anche un pochino di me, cosa da evitare in genere: nel migliore dei casi è *kitsch* (e se ne può sorridere) e nel peggiore è insopportabile narcisismo.

Mi accontenterei che la prendiate nel primo senso.

Trasporto il nostro oggetto a ritroso nel tempo, a quando mi sono affacciato sul suo territorio. Dell'arbitrato non si imparava granché dall'università perché raramente la materia confluiva nel corso di Diritto processuale (in verità non si studia molto neppure adesso, salvo benemeriti corsi *ad hoc*) e poco veniva dalle letture formative postlaurea.

Arriva inatteso il primo arbitrato professionale e l'impatto è sorprendente: solitudine di fronte al silenzio della dottrina. Se guardo al panorama dottrinale di quegli anni, ritrovo pochi contributi, e (a parte qualche antico e nobile saggio quale l'opera prima di Salvatore Satta, il *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, del 1931, ma ristampato da non molti anni e destinato alla incomprensione) di autori praticamente ignoti. Ma, soprattutto, di valore prossimo allo zero dal punto di vista pratico-operativo. Faccio solo un esempio: l'art. 825 dell'epoca parlava di "*atti contenenti i quesiti*" ma non c'era un solo autore che si degnasse di dire in che cosa i quesiti si rapportassero alla domanda degli artt. 163 ss. (evi-

* *Testo della lectio magistralis tenuta (in collegamento video) il 27 maggio 2020 a chiusura del corso di Diritto Processuale Civile dell'Università della Calabria e, simbolicamente, del servizio in ruolo dell'autore nelle patrie università.*

dentemente si trattava di un qualche “indefinibile linguistico” alla Paul Ricoeur che rimandava ad un “vocabolario della precomprensione” che mi era precluso). Il campo era occupato da una modesta scuola dell’esegesi, con tutto il rispetto per le scuole dell’esegesi storicamente succedutesi.

Solitudine, dunque. Come dire: arrangiati, trova qualcuno con un po’ di esperienza e fatti spiegare. Ma non potevo farlo perché le parti mi avevano scelto per la mia qualificazione accademica che ai loro occhi garantiva la competenza. Competenza che non avevo ma non potevo però confessarlo.

Mi arrangio allora, sopravvivo, istruisco, gestisco tre eredi in feroce guerra tra loro per un cospicuo patrimonio, decido con l’acqua alla gola per i termini giugulatori di allora, e mi ritrovo, mentre mi affanno a motivare accuratamente, nell’imbuto del comb. disp. dell’825 e dell’829 n. 5 di allora. Cosa dicevano l’originario art. 825 e l’originario art. 829 n. 5 c.p.c.?

Dicevano, l’art. 825, che l’originale del lodo doveva essere depositato – e dall’arbitro – nel termine perentorio di 5 giorni dalla data della sottoscrizione, nella cancelleria della “pretura” del luogo della pronuncia per permettere al pretore di controllarne la “regolarità formale” e di dichiararlo “esecutivo” [*exequatur*] con un decreto che attribuiva al lodo “efficacia di sentenza” (comma 3), e l’art. 829 n. 5 che era impugnabile per nullità “*nonostante qualunque rinuncia*” all’azione di nullità (questione di ordine pubblico, allora) il lodo (la sentenza) non depositato entro il termine dell’art. 825. Dunque, o deposito nei 5 giorni o sparizione della decisione.

Occorreva quindi correre, senza il tempo per aggiustare, rifinire, riscrivere, a pena di trovarsi con un nulla di fatto, cioè con un lodo inesistente, e un inadempiamento nei confronti delle parti con conseguente responsabilità.

Fiorisce all’epoca un universo parallelo. La pratica del commercio e, in generale, della gente di mondo, evitava spesso la pubblicità del deposito (con le sue conseguenze fiscali) e l’intervento dello Stato. Lo faceva attraverso la dispensa dell’arbitro dal deposito, cioè investendo l’arbitro del potere di giudicare del torto e della ragione delle parti (cioè di “decidere”) con una decisione non depositabile e quindi non idonea a ricevere l’*exequatur* e quindi ad evolvere in titolo esecutivo. Lo si chiama arbitrato irrituale (per opporlo a quello rituale regolato dal codice), o “libero”, ma poiché l’alternativa appena vista “*senza deposito non c’è lodo*” viene intesa come “*un lodo da non depositare non può essere un lodo*”, ci si sottrae all’impasse con una finzione (accettata come i vestiti dell’imperatore): la finzione per cui nell’arbitrato irrituale le parti non incaricano il terzo di giudicare ma lo incaricano ... di volere in loro vece. Giudicare, infatti, *dicere jus* è funzione pubblica e un privato in tanto giudica in quanto lo Stato (con la lettera maiuscola) trasformi in proprio verdetto la sua opinione.

In realtà nessun litigante, nel dispensare l’arbitro dal deposito, aveva mai rinunciato a domandare all’arbitro di giudicare. Praticamente mai veniva detto al-

l'arbitro: “*fa quel che ti pare*”, “*scegli*”, perché all'arbitro viene sottoposto un quesito, con suggerimento della soluzione da adottare, cioè gli si chiede un'attività in nessun modo distinguibile da quella richiesta a chi deve agire da arbitro pronunciando il lodo. Solo si tratta qui di pronunciare un “lodo senza la coda”, cioè senza il gancio attraverso cui appendersi al ramo della giurisdizione per confluire in questa.

Siccome però l'ideologia dominante è il giurisdizionalismo, riesce difficile pensare una decisione senza gancio; e così la decisione diventa qualcosa altro: diventa un atto di volontà, una determinazione contrattuale delle parti per interposta persona. Diventa cioè una buffa cosa che, presa sul serio, rende serie le incongruenze che provoca.

Appena cessati gli affanni contro il tempo (timbro del cancelliere con data del deposito), plop... tutto cambia: abbiamo scherzato!

La legge n. 28/1983 riforgia gli 825 e 829 e cancella l'obbligo del deposito. La portata è davvero rivoluzionaria ma quel che ne segue è il caos, condizionato dallo status teorico dei problemi che la legge ingenuamente sottovaluta: ne nascono proposte e soluzioni che impegnano i maggiori luminari e che vengono considerate ponderate e gravi.

Tanto gravi che oggi stentiamo a considerarle serie.

Vediamo le novità chiave per il nostro discorso (prescindendo da altrettanto rivoluzionarie quali, per esempio, la fine del requisito di cittadinanza per l'arbitro). All'articolo 823 viene aggiunto un comma: “*Il lodo ha efficacia vincolante tra le parti dalla data della sua ultima sottoscrizione*”. L'art. 825 viene modificato nel senso che “*La parte che intende fare eseguire il lodo nel territorio della Repubblica è tenuta a depositarlo ... nel termine di un anno dal ricevimento del lodo. / Il predetto termine ha carattere perentorio*”. Come si vede non si tratta più di un obbligo dell'arbitro ma di un onere della parte interessata.

Dal numero 5 del primo comma dell'articolo 829 scompare il motivo di nullità del mancato deposito del lodo; restando però inalterato l'art. 828 che prevedeva l'impugnazione per nullità “*davanti al giudice del luogo in cui la sentenza (arbitrale) è depositata*” non oltre “*un anno dalla data del provvedimento col quale è stato dichiarato esecutivo il lodo*”.

La grande novità è quindi la possibilità che un lodo non depositato esista e abbia “*efficacia vincolante tra le parti*”. Panico. Che razza di efficacia sarà mai questa?

Solo per pochissimi “il re è nudo” (sono coloro che hanno una certa esperienza dell'arbitrato internazionale o anche solo di lodi da far valere in un differente paese, sanno che si può ma stentano a spiegare perché); i più cercano di trovare soluzioni a problemi inesistenti, creati *ad hoc* per salvare le proprie rassicuranti categorie mentali.

Soluzioni arzigogolate per problemi fittizi.

E così si legge – e parliamo dell'Olimpo della processualistica – che il lodo

sottoscritto ma non depositato, a cui la legge espressamente conferisce efficacia vincolante, produrrebbe invece “effetti prodromici” destinati a svilupparsi in effetti di sentenza in caso di deposito e omologazione, ovvero in effetti di negozio in caso di scadenza del termine per il deposito. Strana efficacia vincolante di un giudizio che distribuisce la ragione e il torto tra i suoi destinatari ma non vincola affatto chi ha torto bensì vincola le parti ... a scegliere quel che loro aggrada, in libertà. La chiamerei la tesi dell’incertezza di genere, un’incertezza per sciogliere la quale può passare un anno. E nel frattempo?

Ancor più recondita è la tesi per cui la riforma, con la creazione di un lodo vincolante ma non depositato, avrebbe dato luogo ad un terzo tipo di lodo a cavallo tra il lodo rituale codicistico e quello libero della prassi, un “lodo-mozzarella” cioè con data di scadenza apposta alla efficacia: scaduto il termine per il deposito, il lodo non avrebbe più ragione di esistere (la mozzarella diviene immangiabile e va avviata alla raccolta differenziata). E l’efficacia tra le parti? Be’, viene spiegato, si tratta di “vera efficacia” (non solo prodromica) ma è un’efficacia a tempo, dura un anno ... e poi? Chi, condannato, ha adempiuto nel frattempo ha diritto a ripetere?

Frattanto, nell’incertezza, sorge il problema se – nel frattempo – il lodo sia impugnabile per nullità. *Rebus dictantibus*, di fronte al lodo efficace ma non depositato, alcuni soccombenti, condannati lasciati a bagnomaria, cominciano a proporre la domanda *ex art. 827*. Negativo è il responso della giurisprudenza: come si fa ad impugnare una cosa che non ha ricevuto i sacri caratteri della giurisdizione?

Forse il meccanismo è congegnato in modo tale da non poter giustificare altro che questa risposta, ma le motivazioni fanno affiorare un grado di incomprendimento dei problemi da parte della giurisprudenza per cui l’arbitrato si mostra *terra incognita*: condannato a pagare, il povero soccombente non può impugnare se non si fa zelantemente carico prima di rendere esecutivo contro se stesso un lodo di per sé non esecutivo.

Provare a chiedere aiuto alla teoria del lodo-mozzarella, o a quella dell’incertezza di genere. Alla sua prima vera prova dal codice di un quarantennio prima, la dottrina aveva evidentemente sbandato. C’era da rimpiangere la scuola dell’esegesi, poco utile ma almeno più innocua.

I nodi si intrecciano per un decennio e per scioglierli c’è bisogno di una nuova riforma.

Undici anni dopo, un gruppo di giuristi di varia estrazione, radunati in via XX Settembre presso l’allora sede dell’AIA, riscrive l’art. 827 (lasciato intatto nel 1983: “*La sentenza arbitrale è soggetta soltanto all’impugnazione per nullità e a quella per revocazione*”) regalandogli un secondo comma con la legge n. 25/1994: “*I mezzi di impugnazione possono essere proposti indipendentemente dal deposito del lodo*”: la specifica azione di nullità dell’art. 827 viene estesa al lodo non depositato, con buona pace delle teoriche degli effetti propedeutici o

degli effetti mozzarella. L'art. 828, che fissava in un anno dal deposito il termine per esercitare l'azione di nullità, fissa ora i termini in novanta giorni dalla notificazione, ovvero un anno dall'ultima sottoscrizione.

La soluzione è invocata (dal *primus inter pares* di quella cellula carbonara) quale norma interpretativa, chiamata a consolidare *jure imperii* una soluzione già ragionevolmente possibile (come dire: *poiché, prima del 1983, un lodo efficace privo di exequatur non esisteva, la norma originaria sui termini poteva contemplare solo il lodo depositato; una volta introdotta nell'ordinamento la figura del lodo efficace in sé, le regole dell'analogia rendono plausibile la considerazione di un diverso dies a quo*). Ragionamento però troppo elegante per aver la forza di imporsi, cioè per superare la difficoltà di un giudice competente (per la nullità) individuato, in assenza di deposito, nel giudice del deposito.

In realtà, il vero merito della riforma del 1994 (per quel che ci riguarda; ne taccio altri importanti) fu quello di stimolare una rifondazione della dottrina soprattutto attraverso la seduzione di giovani giuristi che scoprono l'arbitrato come problema intellettuale. Sono i giovani che hanno osservato la *débâcle* cioè il fiasco della vecchia dottrina alle prese con il mutamento, e vogliono invece affrontare proprio il mutamento.

Cambiamento di paradigma, secondo l'abusata ma sempre efficace espressione di Thomas Kuhn che indica la modifica degli assiomi, dei postulati e dei meccanismi di elaborazione all'interno di una teoria scientifica dominante. È un fatto generazionale (le nuove idee vincono non perché convincono i vecchi ma perché i vecchi muoiono), e la cosa bella è che esso è innescato da un giurista carico d'anni e di gloria.

Bisogna dar merito ad un processualista che giovane non era, ma che dà il suo meglio nella riscossa dello studio dell'arbitrato come oggetto peculiare di studio con suoi problemi specifici e non come appendice applicativa di altro. Parlo di Elio Fazzalari.

L'importanza che l'impegno di Elio Fazzalari riveste nella storia dell'arbitrato moderno è (più ancora che nei suoi contributi specifici) nell'esempio e nell'indirizzo che diede, e nei rapporti diretti che intrattenne con le nuove generazioni di giuristi, anche e soprattutto attraverso la *Rivista dell'Arbitrato* che, da Bollettino semiparrocchiale di addetti ai lavori (parlo della precedente *Rassegna dell'Arbitrato*), si trasformò sotto la sua direzione in una pubblicazione a vocazione critico-scientifica, nell'organo non dei "cultori dell'arbitrato" (degni personaggi sempre esistiti) ma degli studiosi di un diritto nuovo (in Italia), il diritto dell'arbitrato, fin allora *rara avis*.

Diritto dell'arbitrato che appare finalmente nella sua dimensione specifica: deriva dal diritto processuale ma non è il diritto processuale *en raccourci*, il diritto delle soluzioni adattate e ricucite, ma è un ramo del sapere con sue peculiarità specifiche a cui la mente del giurista deve allenarsi, allenarsi a evitare le illu-

sioni ottiche (cioè percettive e cognitive) che derivano da una meccanica traslazione di categorie generali.

La rivoluzione incompiuta del 1983 aveva agitato il mare (provocando il naufragio della dottrina), e la seconda rivoluzione del 1994 si trova a navigare in quei marosi.

Il problema davvero serio delle illusioni cognitive che avvolgono il mondo dell'arbitrato emerge però dall'universo parallelo della giurisprudenza che continua a mostrare una sostanziale incomprensione dei problemi, incomprensione sostituita dall'ossequio a formule tralazie e ad una visione giurisdizionalistica (non si fa questione di colpe, poiché la giurisprudenza risente sempre della fonte primaria che è la dottrina, anche quando si erge a dottrina essa stessa e si illude di possedere un'autonomia concettuale che non ha).

Impreparazione che viene a galla con più manifestazioni.

Una delle tante, ma esemplare, è la tutela cautelare che viene negata pervicacemente per l'arbitrato irrituale (quella vicenda del lodo non depositabile che si usava quando era obbligatorio il deposito... ma che comunque continua ad adoperarsi) assurdamente inteso in termini di rinuncia assoluta alla giurisdizione.

Nel frattempo – bisogna ricordare – era intervenuta anche la legge n. 353/1990. Si sottovaluta la portata della legge n. 353 sul diritto dell'arbitrato, ma questa aveva sistemato il meccanismo della tutela cautelare, affidata integralmente alla giurisdizione per i procedimenti arbitrali mostrando la complementarità e la non conflittualità – anzi stabilendo positivamente il principio di cooperazione (di osmosi, direi) – dei meccanismi di tutela.

Orbene, negli anni Novanta la giurisprudenza si ostina a rifiutare di applicare la tutela cautelare quando l'arbitrato si presenta come irrituale. È un dramma a cui la Cassazione resta sorda: il creditore che per caso incappava in una clausola compromissoria *in irrituale* si vedeva fare “marameo” dal debitore, certo che nei suoi confronti l'A.G. non avrebbe potuto ordinare un sequestro conservativo.

Sul punto interviene la Corte costituzionale (che però, ricorrendo ad una sentenza interpretativa di rigetto, non vince la resistenza di molti giudici di merito, che non se ne sentono vincolati); interviene poi a soccorso il legislatore societario (art. 35 d.lgs. n. 5/2003 che inserisce a pieno titolo l'arbitrato irrituale nelle forme di tutela assistite dai poteri cautelari della giurisdizione), e ancora, sul piano generale, l'aggiunta dell'espressione “*anche irrituale*” aggiunta all'art. 669-*quinquies* da parte del d.l. n. 35/2005.

Uno spiegamento davvero poderoso per un esito che a qualunque persona ragionevole sarebbe apparso ovvio: così la tutela cautelare apprestata dalla giurisdizione diventa parte integrante della vicenda dell'arbitrato irrituale, ma c'è ancora dottrina che continua a protestare, dichiarando di non comprendere come si possa concettualmente concepire la concessione di un provvedimento cautela-

re che, anziché essere posto al servizio dell'effettività della "tutela dichiarativa", sarebbe collegato invece al compimento di una soluzione negoziale della lite. Il discorso va semmai invertito: una tutela cautelare positivamente erogabile per l'arbitrato irrituale è semmai la prova che la soluzione della lite è solo apparentemente negoziale.

L'incomprensione giurisprudenziale è variopinta, ma il culmine è raggiunto con la famigerata S.U. n. 527/2000 (richiamo questa sentenza che è rimasta un po' l'emblema del filone, ma le pronunce fioccano, *condizionate anche da un altro riflesso pavloviano della nostra Suprema che l'allergia al regolamento di giurisdizione, di cui ci sono tracce addirittura comiche ancora ai nostri giorni ... ma di questo nella lectio magistralis del 2030*).

Abbiamo visto che, per facilitare la possibilità di impugnare immediatamente il lodo efficace ma non esecutivo, la riforma del 1994 si era vista costretta a eliminare il terzo comma dell'art. 825 ("Il decreto del pretore conferisce al lodo efficacia di sentenza") che era stato conservato dalla legge n. 28/83. A rigore non serviva, ma all'epoca sembrò il modo opportuno di operare.

Senonché tutto avrebbe potuto immaginare il legislatore di un quarto di secolo fa, salvo che la giurisprudenza ad un certo momento brandisse proprio quell'abrogazione per sabotare il fisiologico rapporto tra via arbitrale e via giurisdizionale, ormai rafforzato dalla positivizzazione del principio di cooperazione – di osmosi – tra le tutele scolpito dalla legge n. 353/90, in nome di un pensiero degno della peggiore scolastica centrato invece che sulla funzione concretamente svolta dagli istituti, sulla invocazione della loro "essenza" e della loro "natura".

Le S.U. n. 527/2000 (ma, come anticipato, sull'onda di una linea già maturata e ripetutamente espressa dalla Corte) affermano: "*Le modifiche apportate dalla novella del 1994 agli artt. 825, 826, 827, 828, 829, 830 e 831 cod. proc. civ. con l'eliminazione anche del nomen di sentenza arbitrale, che nel testo originario del Codice, era attribuito al lodo dopo l'emanazione del decreto pretorile che lo dichiara esecutivo, sono sufficienti a cancellare ogni dubbio sulla natura del dictum arbitrale che è, e resta, un atto di autonomia privata*".

Ora, la premessa è qui visibilmente falsa. La riforma del 1994 fu un lavoro di ripulitura dell'uso promiscuo nel codice dei termini "lodo" e "sentenza": nella versione originaria il nome sentenza indicava talora il lodo prima del deposito, talora invece il contrario: si parla di "lodo esecutivo" e di "sentenza esecutiva".

Che poi il "*dictum arbitrale*" sia un atto di autonomia privata è affermazione financo accettabile (soddisfatte certe condizioni di verità), ma sicuramente irrilevante per le scelte da compiersi (*ignoratio elenchi*) perché non è certo la sua postulata natura a contare, bensì la funzione espletata che è funzione di tutela realizzata tramite un giudizio (l'autonomia privata si esercita a monte, nella scelta alternativa e significa ben poco in seguito).

La Corte prosegue inanellando poi una catena di truismi, di mezze verità difficilmente degne di nota, brandendole come se fossero determinanti delle conclusioni. Vale la pena leggerle: il *dictum* arbitrale è un atto di autonomia privata “i cui effetti di accertamento conseguono ad un giudizio compiuto da un soggetto il cui potere ha fonte nell’investitura conferitagli dalle parti” (e con ciò?); “di conseguenza (!), si deve escludere che si possa parlare di arbitri come di organi giurisdizionali dello Stato”, e, addirittura, di “organi giurisdizionali” (v. sent. 24 maggio 1995 n. 377 e ord. 26 aprile 1996 n. 377). La nuova normativa avrebbe addirittura fatto emergere un “diritto naturale dell’arbitrato” (nientedimeno!): “Alla medesima conclusione è prevenuta anche la prima sezione civile di questa Corte, secondo la quale, la nuova normativa ha riconosciuto il c.d. diritto naturale dell’arbitrato, cioè una giustizia cognitiva privata che si estrinseca in un *dictum* di uno o più privati, che non siano giudici, reso su richiesta di entrambe le parti, al termine di un procedimento in cui gli arbitri risolvono la controversia mediante una regolamentazione negoziale degli interessi in conflitto: in tal modo, il giudizio arbitrale, non dotato di *ius imperii*, ma basato solo sul consenso delle parti è divenuto autonomo rispetto al giudizio civile ordinario (Cass., 14 gennaio 1999 n. 345)”. “Dunque” (?) – continua la Corte – “l’orientamento di questa Corte è nel senso ... della natura privata dell’arbitrato rituale e del *dictum* che lo definisce”. E, proseguendo, l’attribuzione al lodo, “a posteriori, di effetti propri della sentenza non può incidere sulla sua configurazione quale atto negoziale e, a fortiori, sulla costruzione del giudizio arbitrale quale giudizio privato; e può essere intesa solo quale attribuzione quoad effectum che lascia inalterata la natura originaria”. E qui viene il richiamo a una antichissima sentenza della Consulta (C. Cost. 12 febbraio 1963 n. 2) che aveva osservato che “il decreto pretorile” ex art. 825 cod. proc. civ. “conferisce al lodo l’efficacia e non la natura di sentenza, in modo che manca nell’arbitro il potere di produrre atti sostanzialmente identici a quelli pronunciati dalla potestà del giudice”.

Seguono squilli di tromba per una prosa marziale che non si avvede che tutto quel che è accaduto significa proprio il contrario, che cioè lo *ius imperii* (che non è attribuito del giudizio ma del potere), quando serve, viene e va messo al servizio del giudizio privato: la natura privata “esclude la configurabilità del processo arbitrale come affidamento agli arbitri di una frazione di quello stesso potere giurisdizionale che la legge attribuisce ai giudici dello Stato, e come forma sostitutiva della giurisdizione degli organi dello Stato”.

In piena schizofrenia istituzionale, nel frattempo, la Corte costituzionale (sentenza n. 376 del 2001) legittima gli arbitri a sollevare la questione di costituzionalità. Per molti la sentenza sancisce di fatto la natura oggettivamente giurisdizionale dell’istituto arbitrale: si può discutere del senso di questa interpretazione, ma è un fatto che questa presuppone l’accordo su una serie di valutazioni quali la parificazione funzionale alla giurisdizione, attuata attraverso le regole di

giusto processo imposte alla procedura, l'affiancamento della giurisdizione al giudizio arbitrale attraverso le misure cautelari, l'obbligo di giudicare, il carattere di giudizio vincolante del risultato.

Ma, a costo di salti mortali, la Corte di cassazione non si dà per vinta e continua imperterrita a sostenere – con formula standard, e per anni – che la propria interpretazione asimmetrica “*non si pone in contrasto con la sentenza della Corte costituzionale 28 novembre 2001 n. 376*” poiché questa “*non ha negato la natura privata dell'arbitrato rituale e la distinzione tra arbitri e giudici (requisito soggettivo), ma si è limitata a constatare la sussistenza, nella disciplina dell'arbitrato rituale, di un giudizio (requisito oggettivo), e cioè di “un procedimento previsto e disciplinato dal codice di procedura civile per l'applicazione obiettiva del diritto nel caso concreto, ai fini della risoluzione di una controversia, con le garanzie del contraddittorio e di imparzialità tipiche della giurisdizione civile ordinaria”*”.

E così, astretto da questa inconcludenza densa di conseguenze, e sull'onda di una dottrina giustamente indignata, il legislatore del decreto legislativo n. 40 del 2006 è indotto *oborto collo* a recuperare, dalla discarica in cui era finito, il vecchio comma 3 dell'art. 825 c.p.c. e a scrivere un art. 824-*bis* che suona: “*dalla data della sua ultima sottoscrizione gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria*”, per rimediare allo sbandamento della giurisprudenza con le S.U. n. 527/2000 (e i suoi minacciosi prodromi e le sue conseguenze). È un peccato per eccesso, ma praticamente non se ne può fare a meno.

E poiché effetto perverso del *risorgimento giurisdizionalista* è stata la cancellazione di tutti i ponti di collegamento e coordinazione di due forme di tutela poste in alternativa l'una all'altra, e che non possono non coordinarsi su un piano di reciprocità (rispetto a tale piano è puro *nonsense* invocare lo *ius imperii* che ci sarebbe da una parte e mancherebbe nell'altro con spreco di *non sequitur* che non sono altro che gergali *clichés*), il legislatore del 2006 deve allora regolare anche il rapporto e il sempre incombente conflitto con l'eventuale procedimento giurisdizionale sull'oggetto dell'arbitrato e deve scrivere norme come un art. 819-*ter* per evitare che la Cassazione continui a negare la possibilità di regolamento di competenza contro la pronuncia con la quale il giudice afferma o nega la propria competenza in relazione ad una convenzione di arbitrato, a motivo che da tale convenzione si diparte una vicenda negoziale inidonea a permettere di regolare rapporti *inter pares*.

La vicenda, negoziale o no che sia, è quella di un procedimento alternativo di produzione che presuppone la rinuncia all'esercizio della giurisdizione ma non al giudizio ed al suo risultato.

Ci vogliono però altri sette anni – e ben tredici dalla n. 527/2000 – per arrivare a S.U. n. 24153/2013 che ammette che, forse, è tempo di ripensare l'idea della negozialità dell'arbitrato (almeno di quello rituale). Non è però un caso che la forza di questa convinzione (per la quale sarebbe bastato l'art. 824-*bis*)

venga ricavata dalla impossibilità di negare la “giurisdizionalità” dell’arbitrato estero “*per la cui natura giurisdizionale militano anzi altri elementi*”¹.

Sembra evidente che la soluzione interna si è scavata il cammino partendo dall’esterno.

Saltando a piè pari altri significativi episodi di incomprensione, noto che anche l’applicazione della disciplina della *translatio iudicii* tra arbitro e giudice, introdotta dall’art. 69 della legge n. 69/2009, è faticosa, perché trova l’irragionevole ostacolo del senso unico di Cass. 6 dicembre 2012, n. 22002 e deve venire sciolta di forza (ancora una volta) dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 223/2013.

Tra tante incoerenze, però, nel frattempo la dottrina è diventata adulta: le scarne voci degli incolori esegeti della mia gioventù danno ormai l’idea degli orchestrali della Sinfonia dei Mille di Gustav Mahler; le monografie sull’arbitrato nella mia biblioteca privata occupano una parete. Corrispondono esse ai problemi che si pongono? Taccio della grande influenza dei temi degli arbitrati internazionali – per i quali mi preno ancora una volta per una *lectio magistralis* dell’anno 2030 – e dico solo che Elio Fazzalari *tanto tuonò che piove*: tra alti e bassi, originalità e routine, i temi di interesse vero si sono moltiplicati, in ragione dei mutamenti sociali: arbitrati multipartiti, arbitrati amministrati (con l’esplosione degli arbitrati delle Camere di commercio e con il grande successo dei Regolamenti arbitrali e dei problemi di deroga al codice), arbitrati societari, arbitrati speciali, *third party funding*, arbitrati del lavoro, comparazione e tanti altri.

E le tecniche di trattazione degli argomenti si sono affinate, non sempre secondo modelli ideali, ma certamente in un clima di scambio, di controllo reciproco e di rilancio che impedisce la solidificazione di solipsismi e ideologismi.

La giurisprudenza va un po’ al traino, resta diffidente (ché non tutto le è intellegibile) ma alla fine evita grossolane scivolate.

¹ “Come rilevato dalla dottrina”, – si legge in quella Motivazione – “se si ritenesse la natura negoziale dell’arbitrato estero, la relativa eccezione sarebbe di merito e non di rito, con la conseguenza che la pronuncia del giudice statale sulla validità o invalidità, efficacia o inefficacia dell’accordo compromissorio spiegherebbe, per i suoi effetti di giudicato sostanziale, insuperabile vincolo potenzialmente destinato alla esportazione in altri ordinamenti ed ivi spiegare effetti vincolanti per arbitri o giudici esteri. L’affermazione per la quale l’eccezione fondata sull’accordo compromissorio per arbitro estero non rappresenta, per il giudice italiano, una eccezione di difetto di giurisdizione è, dunque, cosa intrinsecamente errata, perché non può essere vero in assoluto ... che con quel patto le parti hanno rinunciato ad ogni tipo di giurisdizione sia essa italiana o straniera. La verifica di una simile totale rinuncia dovrebbe passare, volta per volta, attraverso l’analisi dell’ordinamento straniero in cui l’arbitrato è destinato a radicarsi ed il lodo è destinato a produrre i suoi effetti originari; dovrebbe cioè presupporre che anche l’ordinamento straniero nel suo complesso consideri il suo arbitro ed il suo lodo ... avulsivi e radicalmente alternativi alla giurisdizione e non solo rispetto alla organizzazione giudiziaria statale. Altrimenti non potrà certo ritenersi che le parti, con quell’accordo compromissorio per arbitro estero, abbiano rinunciato anche alla giurisdizione italiana”.

Tanto resta da fare e studiare (solo per fare un es., l'arbitrato multipartito, fuori dalle procedure amministrative, resta ancora la quadratura del cerchio, poco concludendo il faticoso art. 816-*quater*) ma tanta è anche la fiducia che merita l'impresa collettiva.

A mio parere il passo veramente importante che resta da fare è capire (interiorizzare) l'importanza di sbarazzarsi definitivamente della gerarchia valoriale frutto di una malintesa ideologia giurisdizionalista che ha asfissiato il tema e che sarà definitivamente sconfitta solo quando si smetterà di presupporre (più o meno inconsapevolmente) la distinzione tra un'efficacia *maior* – nobile – della fonte giurisdizionale, e una qualche efficacia *minor* delle fonti non giurisdizionali, una gerarchia cioè tale che dalla natura dell'atto si ricavano il tipo di efficacia, il suo livello e le sue modalità di funzionamento.

Questo è il grande equivoco determinato dalla vicenda italiana dell'arbitrato irrituale, ma è merito di pochi (forse del solo Luiso?) aver chiarito a monte (cioè in sede di offerta dei postulati su cui sviluppare la costruzione sistematica) che, postulato l'effetto di un atto nella determinazione delle reciproche regole di condotta dei suoi destinatari, la tipologia dell'atto è irrilevante perché una regola di condotta è una regola di condotta, e non cambia perché affermata da un tipo di atto piuttosto che da un altro. Certamente un atto giurisdizionale è diverso da un atto non giurisdizionale, ma un giudizio ... è un giudizio, e un giudizio vincolante è un giudizio vincolante provenga esso da un atto giurisdizionale o no.

In questo senso resta ancora da completare lo status dell'arbitrato un tempo detto irrituale – e oggi ritualizzato, seppure con una terminologia che non mi piace (e qui batto il *mea culpa* perché c'ero anche io quando fu scritto) – dall'art. 808-*ter*. Non perché sia il fenomeno sociale rilevante dei tempi in cui serviva a garantire la sopravvivenza del lodo senza *executur*, ma perché il suo valore di titolo eteronomo dei comportamenti a cui le parti sono reciprocamente tenute inidoneo a trasformarsi in autonomo titolo esecutivo, ci permette di toccare veramente con mano che questa è l'unica “*efficacia vincolante*” pensabile. Il resto è un problema di evoluzione del bruco in farfalla, cioè di possibilità di evolvere in titolo esecutivo e di tecnica di controllo (cioè di controllo per via di *Hauptanspruch* o per via di *Nebenanspruch*, direbbero i vecchi processualisti cresciuti alle scuole dei giuristi teutonici; se si preferisce *querela nullitatis specialis* dell'art. 827 c.p.c. o *querela nullitatis generalis*).

I fatidici quarantacinque minuti sono quasi consumati. Debbo sterezare a questo punto verso la fine e vorrei concludere con una cosa che mi viene alla mente di tanto in tanto: la conclusione inattesa di uno dei primi convegni che l'AIA organizzò dopo la riforma del 1983: uno studente si alza e, dichiarato il proprio entusiasmo per l'arbitrato descritto dai relatori, dice: ho deciso che dopo la laurea voglio diventare arbitro, che debbo fare? La domanda era rivolta a

quel grande avvocato e cultore dell'arbitrato che fu Pasquale Chiomenti, che ne sorrise ma non deluse l'ingenuo interlocutore, lo incoraggiò spingendolo a nutrire di curiosità e impegno culturale la sua aspirazione.

Non credo che quel ragazzo ragionasse in una prospettiva strettamente economica: quel dibattito – complesso, anzi straniante per gli addetti ai lavori – per quanto ancora alborale, o proprio per questo, gli aveva acceso qualcosa dentro. Qualcosa a cui improvvisamente anelava perché in esso riconosceva confusamente se stesso.

Parliamo spesso di crisi di fiducia, ma quel ragazzo esprimeva ancora e chiedeva ancora fiducia. E mi sovviene, questo piccolo strambo episodio, *in su del vespro*, nel momento cioè in cui prevale in me il sentimento della gratitudine per la fiducia accordatami dai miei maestri Alessandro Giuliani e Nicola Picardi, dai miei fratelli maggiori Francesco P. Luiso e Romano Vaccarella, e per il calore di stima e di affetto che ricevo che da quelli che non chiamerei i miei allievi – Dio ne scampi – ma i miei amici più giovani.