

Giovanni Verde

Lineamenti di
DIRITTO
DELL'ARBITRATO

Sesta edizione

Appendice di Valeria Verde



G. Giappichelli Editore

CAPITOLO PRIMO

ARBITRATO E GIURISDIZIONE

SOMMARIO: 1. Il monopolio statale della giurisdizione e l'arbitrato. – 2. L'arbitrato e la Costituzione. – 3. L'arbitrato e l'autonomia privata. – 4. L'arbitrato e le pubbliche amministrazioni. – 5. L'arbitrato rituale e irrituale. – 6. La vocazione sopranazionale dell'arbitrato. – 7. La natura dell'arbitrato. – 8. Il rapporto fra arbitrato e giurisdizione statale. – 9. La nuova disciplina e il *révirement* giurisprudenziale. – 10. Arbitrato e figure affini. – 11. La giustizia sportiva.

1. *Il monopolio statale della giurisdizione e l'arbitrato*

In origine la giustizia fu affidata agli arbitri, ossia a persone che nelle comunità primitive godevano di fiducia e di prestigio. Non infrequente dovette essere, in epoche in cui *fas* e *ius* apparivano mescolati e confusi fra loro, il ricorso ai sacerdoti per dirimere le controversie. Si comincia a distinguere l'arbitro dal giudice mano mano che la collettività si organizza e impone la propria giustizia. Mentre quella degli arbitri era fondata sull'*auctoritas*, quella dei giudici trovava base sull'*imperium*. Il processo evolutivo è lento e accompagna quello della sovranità dello Stato e della completezza della sua organizzazione. È così possibile trovare epoche e luoghi – si pensi all'epoca del processo formulare in Roma – in cui l'*imperium* dello Stato è a base dell'erogazione della giustizia (fase *in ius*), che si concretizza attraverso l'opera di cittadini dotati di *auctoritas* (fase *apud iudicem*).

Nel momento in cui lo Stato, modernamente inteso, assume su di sé il compito di amministrare giustizia, il rapporto fra i giudici statali e gli

arbitri si colora diversamente. I modelli possibili sono vari: a) a una concezione forte della sovranità corrisponde l'idea che la giustizia sia monopolio esclusivo dello Stato; di conseguenza, lo spazio operativo degli arbitri tende a scomparire, se il modello di Stato è quello autoritario, mentre viene relegato nell'ambito dell'autonomia privata, se il modello di Stato si ispira alle regole della democrazia; b) a una concezione debole della sovranità, che esclude in ipotesi che si sia dinanzi a uno Stato autoritario, corrisponde l'idea che la giustizia somministrata dallo Stato non sia l'unica possibile; di conseguenza, viene assicurato agli arbitri uno spazio operativo che si dispiega in vari modi, nel senso che la giustizia arbitrale si pone come possibile giustizia alternativa a quella statale dotata di rilevanza sua propria ovvero di rilevanza nella misura e nei modi in cui l'ordinamento statale gliela riconosce.

In concreto e per quanto riguarda i regimi democratici, non è facile, poi, stabilire se lo Stato riconosca l'arbitrato come mera espressione dell'autonomia privata ovvero se dia ad esso la rilevanza, in tutto o in parte, degli atti giurisdizionali. La questione si complica per l'abitudine a guardare le cose attraverso le lenti della nostra impalcatura concettuale. Ed infatti, essendo abituati all'idea che lo Stato abbia il monopolio della giurisdizione, siamo portati a ritenere che l'atto giurisdizionale debba essere necessariamente espressione dell'imperatività propria degli atti dello Stato e che, ove l'atto ne sia privo, lo stesso possa valere come parere o consiglio, persuasivo (ma non autoritario) nella misura in cui chi l'ha reso sia autorevole, o possa essere il contenuto che le parti fanno proprio, trasfondendolo in un autonomo atto negoziale.

Queste premesse ci aiuteranno a comprendere le ragioni che sono alla base di molte questioni che vengono sollevate in materia di arbitrato.

2. *L'arbitrato e la Costituzione*

Sarà chiaro, dopo la breve premessa, che oggi si può parlare di arbitrato soltanto come di un mezzo alternativo, rispetto alla giurisdizione statale, di risoluzione delle controversie. In altre parole, l'arbi-

trato sarà frutto di una scelta in suo favore e in luogo della giurisdizione dello Stato.

È possibile questa scelta? In astratto si potrebbe immaginare un ordinamento che vieta il ricorso all'arbitrato o che, più semplicemente, gli nega qualsiasi rilevanza. Se si parte dal principio che la giurisdizione è attività propria dello Stato, che ne detiene il monopolio, questa tesi è tutt'altro che peregrina. Ed infatti, poiché la nostra Carta costituzionale nulla prevede in tema di arbitrato, mentre sembra collegare la tutela dei diritti alla giurisdizione dello Stato, ci fu chi, pochi anni dopo l'entrata in funzione della Corte costituzionale, ebbe a dubitare della conformità a Costituzione delle norme che il codice di procedura civile dedica all'arbitrato (artt. 806 ss.). La risposta che la Corte diede alla fine degli anni cinquanta e agli inizi degli anni sessanta (sentt. **2 maggio 1958, n. 35 e 12 febbraio 1963, n. 2**) non fu – si badi – nel senso dell'assoluta irrilevanza della questione, ma quella della infondatezza della medesima, in quanto il diritto di allora prevedeva che la decisione arbitrale dovesse essere necessariamente convogliata nell'alveo della giurisdizione, così finendo con l'essere, anche se *a posteriori*, statalizzata (all'epoca, infatti, gli arbitri dovevano depositare entro cinque giorni la decisione da loro presa presso la pretura e il giudice statale, constatata la regolarità, la dichiarava esecutiva, così trasformandola in sentenza. In mancanza, la decisione perdeva qualsiasi efficacia).

Era una risposta ambigua, che sembra ancora oggi in linea con l'ideologia di uno Stato ispirato a un'idea forte della sovranità. Infatti, il rilievo dell'arbitrato era quello di un'attività prodromica, posta a base della necessaria attività dello Stato volta a dotare la prima dell'imperatività senza la quale non esiste atto giurisdizionale. Ma non poteva essere questo l'intento del nostro Costituente, che aveva posto le basi per un ordinamento a democrazia diffusa con piena tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, “sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove svolge la sua personalità” (art. 2). Ed infatti, negli anni successivi la Corte costituzionale, intervenendo di nuovo sulla questione, ebbe a correggere il tiro (sentt. **14 luglio 1977, n. 127 e 27 dicembre 1991, n. 488** e, poi, altre ancora, fino alla decisione **8 giugno 2005, n. 221**). La Corte ha posto in evidenza che l'art. 24 Cost., quando prevede che “tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi”, ob-

bliga lo Stato ad apprestare l'organizzazione giudiziaria indispensabile per garantire tale diritto, secondo le modalità previste negli artt. 101 ss. Cost., ma non obbliga il cittadino a farvi ricorso. Quest'ultimo, come può decidere di non tutelare i propri diritti, così può decidere di tutelarli diversamente e, quindi, senza ricorrere al giudice dello Stato. Il fondamento dell'arbitrato, quindi, dal punto di vista negativo, è nell'art. 24 e, dal punto di vista positivo, è nell'autonomia privata e nella sfera incolpicabile di tale autonomia, là dove si muova dentro i confini del lecito possibile.

Tanto chiarito, tuttavia, il problema sottoposto alla Consulta circa l'ammissibilità degli arbitrati obbligatori, non era del tutto risolto. Infatti, si sarebbe potuto osservare (e fu osservato) che, proprio per la sua natura privatistica, l'arbitrato non è omologabile ad una giurisdizione speciale, così che la previsione della sua obbligatorietà mai potrebbe andare contro il divieto di introdurre nuove giurisdizioni speciali. Soprattutto nella sentenza del 1977 la Corte costituzionale (e in relazione a questa obiezione), pur ribadendo che l'attività degli arbitri "risulti pur sempre irriducibile" a quella del giudice togato, giustifica la sua contrarietà agli arbitrati obbligatori, in quanto "il costituente ha voluto tutelare la concentrazione della funzione giurisdizionale sia nei confronti delle giurisdizioni speciali sia **contro altri congegni di sostanziale svuotamento**" (il grassetto è nostro). È, a ben vedere, una posizione ambigua, prodromica di un decisivo mutamento di indirizzo. Infatti, se da un lato si riafferma l'infungibilità dell'attività degli arbitri rispetto a quella del giudice togato, dall'altro lato si riconosce che l'arbitrato può "erodere l'unità della giurisdizione, sottraendo al giudice statale intere serie di controversie" (il che presuppone una sostanziale concorrenza fra arbitrato e giurisdizione).

È storia. Oggi nessuno più dubita che l'arbitrato sia ammissibile nel nostro ordinamento. Il principio che la giurisdizione appartiene al monopolio dello Stato è stato eroso. La stessa Consulta non ragiona più in termini di giurisdizione, ma di autonomia delle persone e di possibilità che esse partecipino all'esercizio delle funzioni pubbliche in maniera diffusa e attraverso le formazioni sociali(v. *infra*, n. 7).

3. *L'arbitrato e l'autonomia privata*

Il ricorso all'arbitrato è, negli ordinamenti democratici, la necessaria e non sopprimibile conseguenza del riconoscimento dell'autonomia privata. Ciò è di solito inteso nel senso che i soggetti possono farvi ricorso nei limiti in cui possono disporre, tramite atti dell'autonomia privata, dei diritti controversi. Ed infatti, non a caso l'art. 806 c.p.c., riformulato dal d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, stabilisce che è possibile l'arbitrato per le controversie "che non abbiano ad oggetto diritti indisponibili, salvo espresso divieto di legge", recependo l'equazione che ciò che non è disponibile sul piano sostanziale non è disponibile neppure sul piano della tutela.

Se questa equazione poggia sulla premessa che l'indisponibilità del diritto include anche l'indisponibilità del mezzo di tutela, essa prova troppo. Il soggetto, nel nostro ordinamento, quasi sempre continua ad avere il monopolio della tutela delle situazioni indisponibili, essendo poche ed eccezionali le ipotesi in cui la sua legittimazione concorre con quella di un altro soggetto (di solito, il pubblico ministero) e, quindi, quasi sempre può decidere di non tutelare la situazione o di lasciar cadere l'azione promossa. Di conseguenza, pare eccessiva e non spiegabile razionalmente l'opinione per la quale chi può decidere di non tutelare il suo diritto, non può, invece, decidere di tutelarlo non facendo ricorso al giudice statale.

È probabile che la premessa sia altra. Si immagina, cioè, che la tutela apprestata dallo Stato sia quella normale e che, pertanto, il ricorso al giudice privato costituisca un'eccezione, tollerata nell'ambito di ciò che è indifferente per l'ordinamento statale, ossia nell'ambito dell'autonomia privata. In altre parole, si riafferma, sia pure in maniera ridotta, il monopolio della giurisdizione statale. Ma, se questa è la premessa, la conseguenza è destinata a perdere terreno nella misura in cui si afferma l'idea che la giurisdizione statale non è l'unica possibile, ma concorre con altre giurisdizioni.

Sulla base di questa evoluzione in atto, il campo dell'indisponibilità che impedisce il ricorso all'arbitrato è destinato a ridursi alla stretta area in cui l'interesse generale è ritenuto così forte, da imporre già sul piano sostanziale che il potere di disporre del diritto non spetti al solo titolare,

ma anche ad altri soggetti. In altri settori, generalmente ricondotti all'indisponibilità (e dei quali discorreremo in appresso), in cui la presenza di un interesse superindividuale consiglia il legislatore a dettare discipline differenziate, il problema non è tanto quello di vietare l'arbitrato, ma quello di impedire che attraverso l'arbitrato si possano eludere disposizioni di legge di carattere cogente. Ce ne occuperemo in seguito.

Sia come sia, anche dopo la riforma del 2006 il limite dell'art. 806 c.p.c. (che anche a noi per il passato era apparso insuperabile) resta. Le parti, di conseguenza, possono stabilire, nell'ambito di ciò che è consentito alla loro privata autonomia, di far decidere la controversia da soggetti privati, ossia dagli arbitri, anziché dai giudici dello Stato. L'atto con cui operano tale scelta è un contratto, la c.d. convenzione d'arbitrato (questa espressione è stata adottata dal d.lgs. n. 40/2006, che così intitola il capo I del titolo VIII, libro IV, c.p.c.). Questa convenzione può assumere due forme, secondo che abbia ad oggetto una controversia già in atto ovvero una controversia futura, di solito legata a un contratto di durata. Nel primo caso parliamo di **compromesso**, che è regolato dall'art. 807 c.p.c.; nel secondo caso, di **clausola compromissoria**, regolata dall'art. 808 c.p.c.

4. *L'arbitrato e le pubbliche amministrazioni*

A) La discussione ora sintetizzata circa ciò che può formare oggetto di arbitrato ha lungamente influenzato il tema della possibilità di deferire agli arbitri le controversie nei confronti di pubbliche amministrazioni.

Il tema necessitava di un radicale ripensamento su quelli che costituiscono due assiomi della nostra cultura giuridica: l'indisponibilità delle situazioni che connotiamo come interessi legittimi (una figura che, ad onta degli innumerevoli sforzi, sempre più appare come un'entità concettuale dai contorni non ben definiti e non definibili, essendo dipendente dallo storicamente mutevole rapporto fra cittadino e amministrazione) e la nullità dei patti sulla giurisdizione. È su questi "tabù" concettuali che è stata costruita la teoria della non arbitrabilità delle controversie contro la pubblica amministrazione di competenza del giudice amministrativo, in quanto in questo modo il ricorso all'arbitrato avrebbe comunque inciso sulla giurisdizione.

Tuttavia, già l'art. 6, 2° comma, legge n. 205/2000, accogliendo gli auspici della dottrina più sensibile, aveva stabilito che "le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto". Si discuteva se tale disposizione avesse contenuto processuale, così che fosse da ritenere possibile l'arbitrato anche in caso di clausole invalide, perché riguardanti controversie devolute al giudice amministrativo (in questo senso **Cass., SS.UU., 14 novembre 2005, n. 22903**), ovvero se essa risolvesse un problema di merito e, pertanto, non avesse efficacia retroattiva e non valesse a sanare clausole originariamente invalide (così **Cass., SS.UU., 18 novembre 2008, n. 27336** e la giurisprudenza del giudice amministrativo: **Cons. Stato, Sez. V, 22 dicembre 2005, n. 7324; 13 settembre 2005, n. 4698**). Ma soprattutto si discuteva se la disposizione non contenesse un implicito rinvio agli artt. 806 ss. c.p.c. Il Consiglio di Stato (con dec., **Sez. V, 19 giugno 2003, n. 3655**), nonostante l'art. 6 cit., aveva rivendicato alla sua competenza l'impugnazione per nullità del lodo sulla base di una sorta di attrazione naturale delle controversie amministrative nell'area della sua giurisdizione. Ma si trattava di una pretesa che non aveva nel diritto (già allora) vigente una base sicura che potesse giustificarla; ed infatti la S.C. (**SS.UU., 3 luglio 2006, n. 15204**) aveva ritenuto infondata tale conclusione, così recependo una nostra opinione precedentemente espressa (con questa decisione la S.C. ha ritenuto ammissibile il regolamento di giurisdizione sollevato in pendenza del giudizio di nullità del lodo proposto dinanzi al Consiglio di Stato e ha ritenuto che quest'ultima impugnazione dovesse essere indirizzata alla Corte di appello del distretto in cui era stata fissata la sede dell'arbitrato).

Nel 2010 è entrato in vigore il d.lgs. 2 luglio, n. 104 (il c.d. c.p.a.) il cui art. 12 stabilisce che "le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto ai sensi dell'art. 806 e seguenti del codice di procedura civile". Pertanto, non è più possibile porre in dubbio che anche in queste ipotesi i lodi siano impugnabili dinanzi la Corte di appello.

Inoltre l'inserimento della disposizione nel codice del processo amministrativo, generalizzando una disposizione che, nella legge del 2000, faceva parte di un articolo regolante la giurisdizione esclusiva, e l'espresso richiamo agli artt. 806 ss. c.p.c., mancante nell'art. 6, legge n. 205/2000, inducono a prospettare conclusioni, che tengano conto anche dell'art. 30 c.p.a., secondo il quale l'azione di condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dallo "illegittimo esercizio dell'attività amministrativa e dal mancato esercizio di quella obbligatoria" può

essere proposta in via autonoma dinanzi al giudice amministrativo (e cioè senza passare per il pregiudiziale annullamento dell'atto, essendo stata soppressa la c.d. pregiudiziale amministrativa).

È nostra opinione, pertanto, che l'arbitrato, nelle controversie contro una pubblica amministrazione, sia diventato sempre possibile qualora la parte si limiti ad esercitare la pretesa risarcitoria, senza invocare l'annullamento dell'atto. In questi casi gli arbitri conosceranno in via incidentale dell'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o del mancato esercizio di quella obbligatoria. Ciò che non è compromettibile riguarda le controversie con le quali si chiedi in via principale l'annullamento dell'atto o una decisione surrogatrice dell'inerzia della amministrazione nel compiere un'attività vincolata (per **Cass. 8 novembre 2018, n. 28533** possono essere deferite agli arbitri le controversie contro la P.A. "purché si verta in tema di diritti disponibili e non di interessi legittimi, l'arbitrato abbia carattere rituale e sia escluso il potere di decidere secondo equità").

B) Affermata in linea di principio la possibilità dell'arbitrato nelle controversie contro le pubbliche amministrazioni, non tutti i problemi sono risolti. Secondo la giurisprudenza, la controversia non è arbitrabile quando non sia possibile distinguere la situazione di interesse, che comporta il necessario controllo sull'esercizio sul potere discrezionale dell'amministrazione, da quella di diritto soggettivo. Infatti, le **SS.UU., 5 maggio 2008, n. 10969** hanno escluso la possibilità dell'arbitrato in una controversia riguardante lo svolgimento del rapporto nato da una concessione-contratto (e, per l'affermazione del principio, **Cass. 31 gennaio 2014, n. 2126**). Questo orientamento è stato successivamente precisato nel senso che, in tema di concessione di lavori pubblici, le controversie che sorgono dopo l'aggiudicazione, ivi comprese le questioni inerenti agli adempimenti e alle relative conseguenze indennitarie (e quindi anche quelle di risoluzione per eccessiva onerosità della concessione), non impingendo nei poteri autoritativi dell'Amministrazione, possono essere oggetto di arbitrato (**SS.UU., 18 dicembre 2019, n. 33691**). Resta fermo l'ostracismo verso la possibilità di fare ricorso all'arbitrato irrituale, che **SS.UU., 16 aprile 2009, n. 8987** desume da ciò che la nomina degli arbitri irrituali non offrirebbe adeguate garanzie di trasparenza e di pubblicità nella scelta (in tal senso, di recente, **Cass. 8 aprile 2020, n. 7759**).

C) Tra le controversie contro le pubbliche amministrazioni tradizionalmente affidate alla soluzione arbitrale ci sono quelle che nascono dall'esecuzione di contratti in materia di opere pubbliche (nelle quali, di regola, la questione riguarda diritti e non interessi).

La legge n. 415/1998 prevedeva che l'attività della Camera arbitrale istituita presso il Ministero dei lavori pubblici fosse organizzata in base ad un regolamento emanato con d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 544. La legittimità di questo regolamento (che, in quanto tale, è sindacabile dal giudice amministrativo alla stregua di un qualsiasi altro atto o provvedimento dell'amministrazione) fu messa in dubbio. Il Consiglio di Stato (**Sez. IV, 17 ottobre 2003, n. 6335**) ritenne fondato il dubbio riguardante la nomina del terzo arbitro, in quanto il regolamento illegittimamente espropriava le parti del relativo potere. Ne derivò una situazione alquanto confusa, perché non si sapeva se e come potessero essere svolti arbitrati in materia di opere pubbliche. Il legislatore intervenne con l'art. 5, comma 16-*sexies*, legge 14 maggio 2005, n. 53, ripristinando il potere delle parti di procedere alla nomina, di comune accordo, del terzo arbitro. In tal caso, l'arbitrato avrebbe avuto luogo nelle forme del codice di rito con due salvezze: obbligo per gli arbitri di rispettare la tariffa predisposta dalla Camera arbitrale per la liquidazione dei loro compensi ed obbligo per gli arbitri di depositare il lodo presso la Camera arbitrale, pagando un'apposita tassa (pari all'uno per mille del valore della controversia). Qualora, poi, le parti non si fossero accordate per la nomina del terzo arbitro, la parte diligente avrebbe potuto rivolgersi alla Camera arbitrale, che avrebbe provveduto (e l'arbitrato si sarebbe svolto presso la Camera). Su questa base il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 dettava alcune disposizioni sull'arbitrato (artt. 241 ss.). Il legislatore, tuttavia, aveva un ripensamento, ritenendo che fosse giunto il momento di porre fine agli arbitrati nel settore delle opere pubbliche. L'art. 3, 19° comma, legge 24 dicembre 2007, n. 244 (la c.d. legge finanziaria per il 2008) ha posto il divieto, per le pubbliche amministrazioni, di introdurre clausole compromissorie nei contratti di cui ci stiamo occupando. Questo divieto, alquanto insensato, non è mai stato operativo, avendone lo stesso legislatore prorogato l'entrata in vigore fino al 30 aprile 2010. Infatti, il d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53 (entrato in vigore il 27 aprile successivo), modificando gli artt. 241 e 243 d.lgs. n. 163/2006, l'ha abrogato.

La diffidenza verso l'arbitrato nelle controversie relative alle opere pubbliche non è cessata. La legge 6 novembre 2012, n. 190, che ha dettato norme "anticorruzione", modificando gli artt. 241-243 d.lgs. n. 163/2006, all'art. 1, 18° comma ha introdotto divieti poi ripresi dal codice degli appalti oggi in vigore. Sono colpiti dal divieto anche i magi-

strati e gli avvocati dello Stato ed è singolare che ciò avvenga in un testo di legge che, per combattere la corruzione, sembra individuare in questi soggetti persone corruttibili (e non, come dovrebbe essere, garanti della correttezza dell'operato dei collegi).

Attualmente la materia è regolata dagli artt. 209 e 210 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (c.d. codice degli appalti).

In sintesi, la disciplina è per ora la seguente:

a) sono arbitrabili le controversie su diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici in discorso, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario previsto dall'art. 240;

b) è in facoltà della stazione appaltante di inserire nel bando o nell'avviso con cui indice la gara ovvero, per le procedure senza bando, nell'invito, se il contratto da stipulare conterrà la clausola compromissoria; clausola che l'aggiudicatario può rifiutare;

c) l'inserimento della clausola richiede "la previa autorizzazione motivata dell'organo di governo della amministrazione appaltatrice";

d) sono vietati i compromessi (ossia gli accordi successivi alla stipulazione dei contratti con cui si deferiscano agli arbitri specifiche controversie già insorte);

e) al giudizio arbitrale si applicano le norme del codice di procedura civile, salvo quanto disposto dal codice dei contratti pubblici. La convenzione tra le parti o il regolamento che gli arbitri si danno all'inizio del procedimento può stabilire termini perentori;

f) il collegio è composto di tre membri ed è nominato dalla Camera arbitrale (dal che si arguisce che dalla data della nomina decorrono i termini per l'emanazione del lodo);

g) le parti designano il proprio arbitro. Se la controversia si svolge tra due amministrazioni, gli arbitri di parte sono individuati tra i dirigenti pubblici. Nella controversia contro privati l'amministrazione lo sceglie preferibilmente tra i dirigenti; altrimenti deve attingere all'albo predisposto dalla Camera arbitrale. Il presidente del collegio è designato dalla Camera che lo sceglie tra i soggetti iscritti nell'apposito albo. Richiamando la legge n. 190/2012, sono ribaditi divieti e incompatibilità: non possono essere arbitri magistrati e avvocati o procuratori dello Stato anche in pensione; chi nel triennio anteriore sia stato arbitro in controversie dei

lavori pubblici; chi abbia difeso nel passato la parte richiedente; chi abbia emesso pareri in relazione alla controversia; chi abbia preso parte alla progettazione o alla esecuzione dell'opera. La nomina degli arbitri che non rispetti i divieti rende il lodo nullo (i divieti rasentano l'irragionevolezza, quando si estendono a magistrati e avvocati dello Stato anche a riposo o a chi nel passato, senza alcun limite temporale, abbia svolto qualsiasi attività defensionale per la parte richiedente);

h) nel giudizio arbitrale sono ammessi tutti i mezzi di prova previsti dal c.p.c., ad esclusione del giuramento;

i) il lodo si ha per pronunciato con la sua ultima sottoscrizione e diviene efficace con il suo deposito presso la Camera arbitrale, da effettuare entro dieci giorni dall'ultima sottoscrizione, in tanti originali quante sono le parti più un originale per la Camera (in tale occasione, a cura degli arbitri e a carico delle parti (sic!), dovrà essere versata una tassa pari all'uno per mille del valore della controversia);

l) l'originale del lodo depositato presso la Camera è restituito con attestazione dell'avvenuto deposito alla parte interessata, ai fini degli adempimenti di cui all'art. 825 c.p.c. (di conseguenza, per ottenere il decreto di esecutorietà sono necessari il previo deposito presso la Camera e il pagamento della tassa). La legge, così, distingue tra efficacia ed esecutorietà, volendo significare che, senza il deposito e senza il pagamento della tassa, il lodo non è spendibile in alcun modo;

m) il compenso è determinato dalla Camera (esso, comprensivo dell'eventuale compenso del segretario, non può superare i centomila euro, da rivalutarsi ogni tre anni) e la relativa ordinanza costituisce titolo per ottenere un decreto ingiuntivo.

5. *L'arbitrato rituale e irrituale*

Abbiamo visto che non è possibile in un ordinamento democratico escludere il diritto di ricorrere agli arbitri per la risoluzione delle controversie; non è detto, però, che lo Stato debba dare alla decisione una rilevanza particolare o, come si preferisce dire, ricalcando un linguaggio naturalistico che spesso ci porta fuori strada, ricollegarle effetti diversi da quelli propri degli atti di autonomia privata, ossia dei negozi. In altre

parole, si potrebbe osservare che se le parti hanno fatto ricorso ai privati, non possono poi pretendere che gli atti degli arbitri-privati valgano diversamente da ciò che vale un qualsiasi negozio giuridico.

In base a queste premesse, tuttavia, non ci sarebbe ragione per regolare analiticamente l'arbitrato e, per di più, per regolarlo nel codice di procedura civile. Non sarebbe necessaria alcuna disciplina specifica o, al massimo e per evitare il dubbio che rientri nell'ambito dell'autonomia privata anche il potere di deferire agli arbitri la soluzione (negoziale) delle controversie, sarebbe sufficiente una norma che contempli espressamente tale possibilità.

Non è così. Gli ordinamenti giuridici, e quindi non solo quello italiano, dedicano all'arbitrato ampio spazio e ne riconoscono espressamente la rilevanza, stabilendo collegamenti più o meno intensi con la giustizia ufficiale. La scelta più coerente con un'ideologia accentratrice dello Stato è quella di inglobare la giustizia degli arbitri in quella statale. Era la scelta del codice del 1865 e del codice del 1942. Le parti che facevano ricorso all'arbitrato, dovevano necessariamente, poi, incamminarsi per la strada della giustizia statale, in quanto era imposto agli stessi arbitri di chiedere che la loro decisione (il c.d. lodo) fosse trasformato in sentenza statale. Non deve meravigliare che, in questo contesto, le parti, non volendo che la decisione fosse "statalizzata" (spesso per ragioni fiscali, ma non di rado anche per conservare il carattere riservato della decisione), abbiano escogitato di fare ricorso a privati che risolvesero la loro controversia con atti negoziali (di solito, si affidava loro un mandato in bianco con incarico agli arbitri di riempirlo con la decisione: c.d. biancosegno). Si discusse se la prassi fosse ammissibile e i giudici, agli inizi del secolo scorso, dopo molte discussioni finirono col ritenere che essa era lecita e ammissibile. Nacque, così, in contrapposizione all'arbitrato ufficiale, detto **rituale**, un arbitrato libero o **irrituale**. Per definizione questo arbitrato nasceva come non regolato, proprio perché frutto del libero esplicarsi dell'autonomia privata. E difatti per molti e molti anni dell'arbitrato irrituale non si trova traccia nei testi di legge, che soltanto di recente (a partire, se non cadiamo in errore, dall'art. 7, legge 15 luglio 1966, n. 604 sui licenziamenti individuali) e spesso a sproposito hanno fatto ad esso espresso riferimento. Il legislatore del 2006 ha, per così dire, saltato il fosso e ha inserito un art. 808-ter, che

disciplina espressamente l'arbitrato irrituale (sulle disposizioni dovremo ritornare). Tuttavia la differenza resta come ha posto in rilievo **Cass. 7 aprile 2015, n. 6909**, che, qualora la clausola arbitrale sia dubbia, dà preferenza all'arbitrato rituale, dato che la conclusione del processo arbitrale con un lodo che ha gli effetti della sentenza costituisce l'ipotesi normale (conf. **Cass. 7 agosto 2019, n. 21059**).

La contrapposizione tra arbitrato rituale e arbitrato irrituale nel passato si giustificava in quanto il primo era un arbitrato destinato a concludersi con una sentenza statale (frutto di una combinazione di atti: lodo + decreto di esecutorietà) e il secondo, invece, dava vita a un semplice negozio, sottoposto alle regole e al regime dei negozi. Come è stato dimostrato di recente, la contrapposizione non è un prodotto tipico della nostra cultura giuridica, perché istituti analoghi all'arbitrato irrituale si trovano anche in altri Paesi, nei quali all'arbitrato, per così dire, ufficiale si dà un rilievo particolare.

Una vicenda collaterale, però, aveva creato numerose difficoltà al nostro arbitrato rituale ed il tentativo di superarle ha finito con l'aver ripercussioni anche sulla distinzione fra quest'ultimo e l'arbitrato irrituale.

6. La vocazione sopranazionale dell'arbitrato

La vicenda, cui si è accennato, ha una premessa. L'arbitrato è un istituto per vocazione sopranazionale. La giustizia ufficiale ha il limite di essere localizzata in uno Stato, là dove la giustizia resa dagli arbitri può essere localizzata dove si vuole. È questa la ragione principale per la quale gli operatori economici, che sempre più spesso agiscono a livello sopranazionale, preferiscono fare ricorso agli arbitrati per risolvere le loro controversie. A questo punto, però, non basta che gli arbitri decidano, è anche necessario che gli Stati, nel cui ambito le decisioni devono avere rilevanza o produrre effetti, riconoscano le decisioni arbitrali. L'interesse è così avvertito che gli Stati non hanno incontrato molte difficoltà a stipulare convenzioni al riguardo. L'Italia ha, perciò, aderito alla convenzione di New York del 10 giugno 1958 (ratificata con legge 19 gennaio 1968, n. 62), la quale, per ciò che ora ci interessa, stabilisce

l'obbligo degli Stati contraenti, e quindi anche dell'Italia, a riconoscere le "sentenze" arbitrali diventate "obbligatorie" nel paese in cui sono state rese.

Si aveva, però, una strana situazione per ciò che riguarda i lodi rituali pronunciati in Italia. Prima della loro trasformazione in sentenza, tramite il decreto di esecutorietà, erano considerati non "obbligatori"; dopo la concessione dell'esecutorietà non erano più considerati come "sentenze arbitrali", ma come sentenze statali (non ricomprese, come tali, nella convenzione di New York e, quindi, esportabili all'estero come una qualsiasi sentenza statale). Sorte migliore sarebbe toccata, paradossalmente, ai lodi liberi o irrituali, se non si fosse cominciato a disquisire sul significato da dare al termine "obbligatorio" secondo la convenzione di New York (che sembrava alludere a un'efficacia diversa da quella meramente negoziale). Questa è la ragione per la quale la disciplina dell'arbitrato è stata cambiata per due volte: dapprima, con la legge 9 febbraio 1983, n. 28 e, poi, con la legge 5 gennaio 1994, n. 25.

La soluzione finale era stata quella di svincolare il lodo dal decreto di esecutorietà. Le parti avrebbero potuto richiedere il decreto di esecutorietà solamente se avessero voluto eseguire (coattivamente) il lodo, perché agli arbitri manca per definizione il potere coercitivo. Ma già prima e indipendentemente dal fatto che fosse stato o non concesso il decreto di esecutorietà, il lodo aveva "efficacia vincolante tra le parti" (così il previgente art. 823, ultimo comma, c.p.c.).

Questo nuovo assetto dell'arbitrato non poteva non avere ripercussioni sulla distinzione fra arbitrato rituale e arbitrato irrituale. Se le decisioni degli arbitri rituali erano "vincolanti" a prescindere dal riconoscimento statale (tramite il decreto di esecutorietà), quale era la differenza con le decisioni degli arbitri irrituali che erano "negozialmente" vincolanti? In altre parole, la forza vincolante del lodo rituale era eguale a quella del lodo irrituale o era diversa? Taluni dicevano che se fosse stata la stessa, la legge del 1994 non avrebbe risolto il problema per la cui soluzione era stata formulata. E questo dubbio era alla base di molte delle attuali discussioni in materia.

7. La natura dell'arbitrato

Di sicuro la convenzione di New York parla, sì, genericamente di efficacia obbligatoria, ma collega tale efficacia alla sentenza arbitrale (e non a qualsiasi atto negoziale). Il legislatore italiano non poteva non tenere conto dell'esigenza di uniformare la propria disciplina a quella delle convenzioni internazionali. Sul finire degli anni Settanta si è così dato vita a una contorta vicenda nella quale hanno giocato un ruolo prevalente le opzioni ideologiche o, forse meglio, le scorie delle opzioni ideologiche che trovavano un addentellato nella Costituzione e che, fino a quel momento, avevano condannato l'arbitrato a vivere una vita grama.

I Costituenti erano figli del loro tempo e, quindi, non posero in discussione la sovranità dello Stato, di cui la giurisdizione costituiva un'essenziale articolazione. L'idea dominante era quella dello Stato-istituzione, anche se non mancavano aperture verso lo Stato-comunità, quali emergono dall'art. 2 Cost. Coerentemente le disposizioni della Costituzione sulla magistratura affidarono ai giudici dello Stato il monopolio della giurisdizione. E non è un caso che i Costituenti ebbero a sorvolare sulla compatibilità dell'arbitrato con tale assetto (di cui pure si discusse in sede di lavori preparatori), affidando la soluzione del problema all'elaborazione successiva, essendo consapevoli che uno Stato democratico aperto ai rapporti con gli altri Stati non avrebbe potuto porre il veto all'arbitrato, che costituisce un valore irrinunciabile della moderna esperienza giuridica (tanto ciò è vero che persino nella Russia staliniana non fu possibile rinunciare all'arbitrato internazionale). Insomma, è questo un settore, non l'unico, in cui la nostra Carta fondamentale sconta qualche ambiguità.

Le ambiguità si pagano. Abbiamo detto (*retro*, n.2) delle tortuose vie percorse dalla Corte costituzionale per giustificare la compatibilità dell'arbitrato con il monopolio della giurisdizione statale. L'evoluzione segue una traccia ideale che parte dalla convinzione che il monopolio statale della giurisdizione sia esclusivo e approda alla constatazione che quel monopolio riguarda soltanto l'esercizio della forza, ossia tutto ciò che attiene alla realizzazione coattiva delle decisioni di giustizia. Nel mezzo di questo cammino si interpose la Corte di cassazione. Nel 2000