

CAPITOLO I

Le origini dell'arbitrato

SOMMARIO: I.I. Natura e tipicità della convenzione arbitrale. – I.II. La molteplicità delle fonti. – I.III. Controversie compromettibili. Il requisito oggettivo della compromettibilità. – I.IV. La convenzione arbitrale: forma e contenuto. I.V. La Prima Riforma dell'Arbitrato.– I.VI. La Seconda Riforma dell'Arbitrato.

I.I NATURA E TIPICITÀ DELLA CONVENZIONE ARBITRALE

È consuetudine risalente alla Roma antica, quella dei privati di deferire agli arbitri anziché alla giurisdizione ordinaria la decisione delle controversie tra di loro insorte. La necessità sembra nascere a seguito dei rapporti che i cittadini romani instauravano con gli stranieri o tra loro stessi, nel momento in cui tali rapporti non erano riconosciuti dalle *legis actiones*¹. Di fronte al rigetto del *praetor* di concedere una protezione giuridica alle convenzioni arbitrali così sorte, la giurisprudenza trovò l'espedito di far obbligare le parti a mezzo di reciproche *stipulationes*, alla promessa di pagamento di una somma di denaro *ponea* nel momento in cui uno dei contendenti venisse meno all'impegno di conferire ad un terzo la soluzione della controversia².

Ne nasceva così un accordo arbitrale *compromissum* articolato in due diversi negozi:

¹ MARRONE, *Sull'arbitrato nell'esperienza giuridica romana* in *Rivista dell'arbitrato*, a cura di Fazzalari, Giuffrè, 1996, p. 7.

² MARRONE, *op. cit.*, p. 2-3.

1. *Pactum* (o *conventio*): la decisione delle parti di conferire ad un terzo (*arbiter*) la soluzione della controversia, precisando altresì i termini della lite e l'ambito di azione dell'arbitro stesso;

2. *Stipulationes*: promesse unilaterali di pagamento reciproche a garanzia della scelta di compromettere la lite in arbitri³.

La tutela giuridica avveniva quindi attraverso l'*actio ex stipulatio* che costituiva il deterrente idoneo ad indurre la parte soccombente a rimettersi alla decisione dell'*arbiter*. A seguito del favore che questa pratica di soluzione delle controversie aveva trovato, il *praetor* all'inizio del primo secolo a.C., prese l'impegno, attraverso l'*edictum de receptis*⁴, di esercitare la *coercitio*, consistente nella minaccia dell'irrogazione di una multa nei confronti di colui che accettava l'incarico di arbitro e, a seguito dell'assunzione dell'impegno, si fosse poi dimostrato inadempiente⁵.

Con il passare del tempo, vennero definite in sede giurisprudenziale sempre nuove regole per l'arbitrato, con lo scopo di delineare una disciplina più unitaria: si stabilì ad esempio che la procedura proseguisse in capo agli eredi se una delle parti fosse deceduta nel corso del procedimento arbitrale, vennero escluse dall'arbitrato le materie riguardanti i *crimina* e le questioni relative allo *status*, venne definita la capacità di essere arbitri escludendo quindi gli schiavi, i minori di anni venticinque e gli incapaci⁶. Fu sottoposta al pagamento della *ponea*, anche la parte che, senza

³ VACCÀ, *La giustizia non togata*, Christian Marinotti 1998, p. 9.

⁴ MARRONE, *op. cit.*, p. 8

⁵ MARRONE, *op. cit.*, p. 4

⁶ VACCÀ, *op. cit.*, p. 10.

attendere il termine dell'arbitrato, sottoponesse la medesima questione avanti alla giurisdizione ordinaria⁷.

Le parti erano legittimate a disertare l'udienza solo se questa si fosse tenuta in un momento o luogo inadatto⁸; da parte loro gli arbitri avevano una competenza pressoché totale sulla controversia, nei soli limiti delle materie relative ai delitti ed allo *status*, o di una decisione non coincidente con l'oggetto del giudizio⁹. Il fatto che l'*arbiter* non percepisse alcun compenso, portava ad un uso diffuso di questo strumento di risoluzione delle controversie da parte dei vari ceti (classe senatoria, ceti medi fondiari e ceti più modesti). Oltre a ciò, l'arbitrato era l'espressione di gruppi "amicali", o comunque "sociali", nei quali i componenti si identificano più che nella compagine statale, talché si riteneva più sicuro, anzi affatto naturale, risolvere tra essi stessi le controversie privatistiche che reciprocamente li riguardano, affidandole quindi "ad uno dei loro" anziché ad un giudice integrato in una struttura – la struttura statale – estranea da essi in relazione all'affare di cui si tratta¹⁰.

Le controversie che più spesso venivano deferite in arbitrato riguardavano principalmente regolamenti di confini, restituzione di schiavi, pagamenti di somme di denaro.

Non sono tuttavia giunte ai giorni nostri casistiche esaustive di arbitrati. Si pensa che ciò sia dovuto alla caratteristica di immediatezza e concretezza dell'istituto e pertanto poco incline alla elaborazione scientifica e dottrinale dei più dotti giuristi dell'epoca. In un arco di tempo così ampio, l'arbitrato ha vissuto le sue fortune

⁷ MARRONE, *op. cit.*, p. 5

⁸ STEIN, *I fondamenti del diritto europeo*, Giuffrè, 1987, p. 6, ove è richiamato il caso di un arbitro che invitò le parti ad incontrarsi in una casa di malaffare.

⁹ MARRONE, *op. cit.*, p. 11.

¹⁰ MARRONE, *op. cit.*, p. 20.

grazie a due situazioni particolari: in un primo momento, veniva utilizzato per ottenere giustizia in luogo di una carente, se non inesistente, struttura ordinamentale forte, ovviamente in ambito privato; inoltre trovò notevole sviluppo nelle relazioni legate principalmente al commercio marittimo¹¹ dove occorrevano sistemi snelli e veloci di procedura che consentissero di evitare l'applicazione del più macchinoso *jus civile*.

Di pari grado sono le motivazioni che diedero ampio respiro all'utilizzo dell'arbitrato anche in epoca medievale: spesso le giurisdizioni feudali non soddisfacevano appieno le esigenze di snellezza e celerità richieste per la risoluzione di controversie principalmente private. In questo periodo l'arbitrato conobbe una nuova fioritura e accanto alla riutilizzazione del diritto romano, la dottrina laica e canonistica revisionò diversi aspetti dell'istituto arbitrale con originali innovazioni, come ad esempio la possibilità concessa alle donne di ricoprire la carica di arbitro. Fra le fonti dell'epoca che riconoscono vere e proprie figure arbitrali, va sicuramente citato il “*Capitulare nauticum*”¹², Venezia, 1255, che prevede la scelta di tre arbitri per risolvere le controversie in materia di commercio marittimo.

In questo contesto si apre la grande stagione dei commentatori le cui elaborazioni arrivano persino a proporre una distinzione tra *arbiter* (colui che risolve le controversie fra privati secondo le norme del diritto positivo) e *arbitrator* (colui che, sempre in tema di controversie private, utilizzava un modo *ex bono et aequo* di composizione della controversia, senza dover rispettare nessun particolare formalismo del diritto positivo). La continua elaborazione dottrinale dell'istituto, oltre a regalare forme continuamente più elaborate e funzionali, avvicina sempre di

¹¹ VACCÀ, *op. cit.*, p. 16.

più l'efficacia della decisione degli arbitri a quella del giudice istituzionale. Da qui la possibilità di impugnare in appello avanti al giudice ordinario, il contenuto della decisione arbitrale seguendo il principio di derivazione canonistica della *reductio ad arbitrum bon viri*.

Gli studi dei commentatori portarono alla creazione di due diverse figure di arbitrato: l'arbitrato volontario e l'arbitrato necessario che avranno notevole fortuna nel corso dei successivi secoli. Il primo altro non è che l'arbitrato classico liberamente scelto dalle parti; il secondo invece è una forma di arbitrato obbligatorio che la legge imponeva per determinate controversie o per altre controversie da una determinata fase del giudizio ordinario; in questo caso gli arbitri non erano più selezionati dalle parti ma dal magistrato. L'arbitrato necessario fu istituzionalizzato a tal punto che divenne una seconda *species* del giudizio ordinario.

La continua e progressiva accentuazione pubblicistica della funzione giurisdizionale, con la conseguente epoca delle codificazioni che trova il suo picco nei secoli XVIII e XIX, culmina con la scomparsa dell'arbitrato necessario e ad un notevole ridimensionamento dell'arbitrato volontario. Questa fu la naturale conseguenza di una politica accentratrice che nell'ordinamento dell'epoca mirava progressivamente ad assorbire al suo interno tutte le funzioni facendo venire meno *in primis* quegli istituti che per la loro indipendenza potevano risultare una minaccia al monopolio della giurisdizione pubblica che andava via, via formandosi.

Lo Stato che sorge dalla rivoluzione francese eredita tale concezione e di conseguenza, lascerà all'istituto arbitrale degli spazi molto ristretti. Verrà ammesso soltanto in quelle controversie esclusivamente private ma sottoponendolo comunque

¹² D'AGOSTINI, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, Halley, 2006, p. 18.

al vaglio della giurisdizione pubblica a mezzo dell'*exequatur*, per renderne effettiva ed azionabile esecutivamente la decisione.

E da tale epoca arriviamo ai nostri giorni con particolare riferimento all'ordinamento italiano. Una prima e "superficiale" lettura della Carta Costituzionale potrebbe far presagire qualche difficoltà di rapporti fra il nostro ordinamento costituzionale e l'istituto arbitrale considerato che la Costituzione non fa alcun espresso riferimento all'arbitrato, non essendoci ad esso nessun espresso riferimento. La giurisprudenza, seppur con qualche voce fuori dal coro, è unanime nel sostenere che tale omissione, consapevole e voluta, deriva dalla scelta di ritenere l'arbitrato così intimamente legato a principi di autonomia privata e a concetti fondamentali di libertà già espressamente menzionati nella Carta Costituzionale¹³.

Rimane tuttavia problematico conciliare l'art. 102 Cost., norma cardine che sancisce l'esclusivo monopolio della funzione giurisdizionale ai giudici statuali, con il giudice (privato) arbitrale:

“La funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario.

Non possono essere istituiti giudici straordinari o giudici speciali. Possono soltanto istituirsi presso gli organi giudiziari ordinari sezioni specializzate per determinate materie, anche con la partecipazione di cittadini idonei estranei alla magistratura.

*La legge regola i casi e le forme della partecipazione diretta del popolo all'amministrazione della giustizia.”*¹⁴

¹³ D'OTTAVI, *Manuale teorico-pratico dell'arbitrato*, Cedam 2007, p. 31.

¹⁴ Art. 102 Cost.

Un primo contrasto è ravvisabile nell'arbitrato c.d. obbligatorio in cui la scelta della procedura, e la conseguente deroga alla giurisdizione ordinaria, non è rimessa alla libera volontà delle parti, ma la impone direttamente la legge, anche per ciò che riguarda l'individuazione degli arbitri. Ne deriverebbe un evidente contrasto con le garanzie previste dall'art. 102 2° comma Cost. nella parte in cui vieta l'istituzione di giudici straordinari o speciali. La Corte Costituzionale ha avuto modo di pronunciarsi in diverse occasioni sulla questione . Sono emblematiche, le sentenze n. 35 del 1958 e n. 2 del 1963, in cui viene evidenziata come contraria alla Costituzione, la procedura di affidamento di un giudizio ad un collegio arbitrale la cui composizione è predeterminata dalla legge, con la conseguenza di *“sottrarre preventivamente ed in via generale tutte le controversie concernenti i rapporti in certe materie alla sfera di competenza delle autorità giurisdizionali ordinarie”*¹⁵; mentre con la seconda pronuncia la corte ribadiva la legittimità costituzionale dell'istituto arbitrale in generale richiamandone la disciplina del codice di procedura civile, perché è *“scelta compiuta dalle parti che produce lo spostamento di competenza dal giudice del procedimento ordinario a quello del procedimento di impugnativa del lodo, non il comando di una legge elusivo di un'aspettativa maturata, o di quello di un organo dello Stato al quale la stessa legge ha conferito la corrispondente potestà”*¹⁶.

¹⁵ ANDRIOLI, *l'arbitrato obbligatorio e la Costituzione*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, Giuffrè, 1977, p. 1143 – 1149.

¹⁶ RECCHIA, *(Disponibilità dell'azione in senso negativo) ed incostituzionalità dell'arbitrato obbligatorio*, in *Rivista dell'arbitrato*, a cura di Fazzalari, Giuffrè, 1992, p.247.

L'illegittimità costituzionale delle forme autoritative di ricorso all'arbitrato è stata costantemente, ed in modo del tutto condivisibile, ribadita dalla corte (cfr. sentenze n. 54/1996; 49,206,232,493/1994; n. 488/1991).

Un'altra problematica cui sottoporre l'istituto arbitrale, è l'apparente contrasto che questo strumento pone con l'art. 25 Cost.:

“Nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge.

Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso.

Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge”.

Con particolare riferimento al 1° comma del predetto articolo, la Costituzione prevede che *“nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge”*. Questo principio è posto a baluardo invalicabile del diritto di ogni cittadino di essere giudicato da un giudice “giusto”; giusto non in riferimento al fatto che quel giudice più di altri possa garantire giustizia nella risoluzione della controversia, ma inteso invece nel suo significato “teleologico” e cioè che sia quel giudice e non un altro confezionato *ad hoc* per quella controversia, ma già tale prima ancora che il giudizio si instauri.

Tale principio assume la massima espressione nella sfera penalistica; anche se poi di fatto assicura ad ogni lite pendente quella essenziale garanzia di indipendenza e terzietà della funzione giurisdizionale in senso ampio. Il giudice per essere imparziale a quella determinata controversia deve essere precostituito; questa è la c.d. “naturalità”. Di conseguenza tutti i regolamenti che l'ordinamento prevede per la selezione dell'organo giudicante devono essere previsti con legge, con lo scopo,

attraverso questo sistema, di attuare l'effettiva tutela prevista sin dal principio, in modo astratto e generale. Quindi è "naturale" il giudice precostituito che attraverso lo schema astratto previsto dalla legge valuta il caso concreto. In questo senso la legge stabilisce che qualsiasi controversia, ancor prima di sorgere, ha già un suo giudice e in questo sistema le parti non possono per cercare di mutarne l'individuazione. Principio che sembra tuttavia nettamente in antitesi con la facoltà delle parti di individuare il proprio giudice, posto a fondamento dell'istituto arbitrale. Questo problema, seppur in termini non così categorici, è sempre esistito nel tempo.

Nel nostro ordinamento tuttavia, la chiave di lettura proposta a soluzione di questa opposizione concettuale, è fondata sul principio che il giudice arbitrale è scelto dalle parti, ma in ragione della legge che consente in via eccezionale di derogare alla giustizia ordinaria. I principi che sono a fondamento del giudice naturale sono così rispettati, perché è la legge che indica il metodo di individuazione del "giusto giudice", fondando sulla volontà delle parti, la base giuridica idonea a consentire la "predeterminazione". Inoltre il legislatore pone dei limiti ben precisi all'individuazione delle materie suscettibili di deroga al normale ricorso al giudizio ordinario.

Quindi, secondo questo ragionamento, il principio dell'art. 25 1° comma Cost. non è violato, in quanto la scelta dell'arbitro è lasciata a priori e per legge, alle parti, la cui unica discrezionalità risiede nella sola individuazione della persona fisica. Non sarebbe però ammissibile un'imposizione per legge che deroghi alla giustizia ordinaria, in quanto l'ammissibilità della deroga lasciata alla volontà delle parti non è in conflitto con il principio costituzionale, perché trattasi di una deroga facoltizzata dalla legge e quindi non in contrasto con il principio del giudice naturale.

La scelta lasciata alle parti in merito alla nomina dell'arbitro è compatibile con i principi della nostra Carta Costituzionale in quanto è la legge stessa che ne consente tale nomina, nel rispetto però di determinate condizioni e per certe materie. È in tal senso che il giudice designato dalle parti viene ad essere il giudice naturale per quella determinata controversia. L'anello apparentemente mancante del ragionamento è la precostituzione del giudice rispetto al sorgere della lite. Questo limite è superato dalla forza che la legge attribuisce alla volontà delle parti, che permette alle stesse di "naturalizzare" un giudice da esse prescelto anche successivamente al sorgere della controversia. Quindi la volontarietà cui l'ordinamento riconosce forza sovrana, consente alle parti di individuare in concreto il miglior giudice possibile, "naturale" in quanto riconducibile alla stessa volontà che è espressa nella lite insorta. Ne consegue inoltre che l'ordinamento individua, nei casi espressamente predeterminati per legge, il giudice-arbitro naturale nel giudice scelto per volontà dei contendenti¹⁷.

I.II LA MOLTEPLICITÀ DELLE FONTI

Fonte principale dell'arbitrato, e fulcro della disciplina positiva dello stesso, è il patto compromissorio, attraverso il quale le parti, nell'esercizio della loro autonomia negoziale, liberamente scelgono di far decidere ad arbitri, una o più controversie, precludendo all'autorità giudiziaria statale una pronuncia sul merito delle stesse, se non eventualmente a seguito di caducazione del lodo, per tutto il tempo in cui detto patto mantenga la propria efficacia¹⁸.

¹⁷ D'OTTAVI, *op. cit.*, p. 36.

¹⁸ RUFFINI, *Patto compromissorio*, in *Rivista dell'arbitrato*, a cura di Fazzalari, Giuffrè, 2005, p. 712.

Tale fonte primaria è disciplinata dalla normativa codificata¹⁹ che regola sia l'arbitrato interno che il riconoscimento delle sentenze arbitrali straniere. Laddove tale disciplina risulti però carente, occorre determinare quale altra fonte processuale possa venire applicata in casi di vuoto normativo. Viene così ritenuta applicabile la disciplina processuale comune, non invece quella speciale dell'appello e accantonata tutta la rimanente disciplina processuale, a meno che le parti o gli arbitri non vi abbiano fatto espresso riferimento.

Detta disciplina è poi integrata da diverse leggi speciali, tra cui in primo luogo, la Novella del 1983, la Riforma del 1994 e la Riforma del 2006 (la c.d. "Seconda Riforma"). Vi sono inoltre diverse normative che nel tempo hanno disciplinato l'arbitrato in materie specifiche, come il D.P.R. 16 luglio 1963 n. 1063 relativo alle opere pubbliche, la legge 11 agosto 1973 n. 533 e successive modifiche che regola l'arbitrato nelle controversie di lavoro, fermo restando la facoltà delle parti di adire la giurisdizione ordinaria; l'art. 619 del codice della navigazione che consente alle parti di risolvere le controversie insorte con l'arbitrato sia rituale che irrituale; l'art. 25 R.D. 29 giugno 1939 n. 1127, che fissava l'obbligatorietà della procedura arbitrale nelle controversie aventi ad oggetto la proprietà industriale, laddove non vi era l'accordo sul compenso al dipendente per le invenzioni di cui era titolare ed effettuate durante l'attività lavorativa. Articolo dichiarato oggi incostituzionale per l'imposizione dell'arbitrato a scapito di una possibile scelta del giudice ordinario²⁰.

¹⁹ Art. 806-831 c.p.c.

²⁰ Corte cost., 14 luglio 1977, n. 127 in www.dejure.it.

Le prime proposte di modifica della disciplina interna cominciarono nella seconda metà degli anni '80²¹ e sfociarono nella Novella e poi alla presentazione della l. 5 gennaio 1994, n. 23 recante “Nuove disposizioni in materia di arbitrato e disciplina dell’arbitrato internazionale” che proponeva una riforma del diritto arbitrale con modifiche di grande rilievo.

Con decreto legislativo del 2 febbraio 2006, n. 40 veniva attuata la legge 14 maggio 2005, n. 80. L’ultima riforma ha veramente rivisitato, non solo negli aspetti formali, l’istituto arbitrale.

I.III CONTROVERSIE COMPROMETTIBILI. IL REQUISITO OGGETTIVO DELLA COMPROMETTIBILITÀ

Con la riforma del 2006, il legislatore per continuare a dare seguito al principio volontaristico dell'arbitrato, ha evitato di introdurre nell'ordinamento, forme di risoluzione delle controversie arbitrali che non trovino fondamento nella volontà delle parti in lite cosicché, fulcro dell'arbitrato, continua ad essere, il patto compromissorio, attraverso il quale le parti, liberamente scelgono di far decidere ad arbitri le controversie tra di loro insorte, per tutto il tempo in cui tale patto mantiene la sua efficacia²². La soluzione secondo la quale l’esistenza della convenzione di arbitrato non costituisce un requisito indispensabile della validità del lodo è il frutto di una chiara presa di posizione nel dibattito sviluppatosi, su questo problema, prima della riforma del 2006. Si contrapponevano da un lato, un orientamento, che attribuiva al comportamento concludente delle parti efficacia sanante dell’inesistenza della convenzione e, dunque, del lodo. Tale previsione di inesistenza del

²¹ RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, Cedam, 2010, p. 89.

²² RUFFINI, in *Rivista dell'arbitrato*, a cura di Fazzalari, Giuffrè, 2005, p. 712.

compromesso come motivo di impugnazione del lodo, presente nel Codice Sardo²³, scomparve nel codice di procedura civile del 1865, pur tuttavia, non impedendo l'impugnazione del lodo laddove mancasse l'accordo di arbitrato. Il legislatore ha evidentemente sposato questa seconda tesi, optando per la validità del lodo reso in assenza di una convenzione di arbitrato, allorché le parti non abbiano eccepito tale vizio nel corso del giudizio arbitrale²⁴.

Essendo inoltre, l'autonomia dei parti²⁵ il fondamento della legittimazione dell'arbitrato, l'imposizione dell'ordinamento per soluzioni delle controversie a mezzo di arbitri, seppur non incompatibile con le disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, viola fondamentali precetti della nostra Costituzione²⁶. Per infatti coloro che vedono nell'arbitrato un mero fenomeno negoziale, l'imposizione di arbitrati obbligatori violerebbe infatti il disposto di cui all'art. 24 Cost. che impone di dare la possibilità a tutti di accedere alla tutela giurisdizionale. Al contrario per chi accomuna il lodo arbitrale alla sentenza giurisdizionale, l'imposizione di arbitrati obbligatori si scontrerebbe inevitabilmente con il divieto espressamente indicato nell'art. 102, 2 comma, Cost. di istituire giudici speciali, ed al pari con il principio del "giudice naturale" sancito dall'art. 25 Cost.²⁷.

Deve escludersi che il patto compromissorio con il quale le parti attribuiscono il potere di nomina degli arbitri all'autorità giudiziaria dia vita ad un arbitrato obbligatorio, in quanto ricorre tale ipotesi soltanto laddove sia una disposizione di legge ad imporre il ricorso alla procedura arbitrale e non quando sono le parti ad

²³ Art. 1129

²⁴ MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, Giuffrè, 2009, p. 79.

²⁵ <http://www.giurcost.org/decisioni/1977/0127s-77.html>

²⁶ COMOGLIO, *Rivista di diritto processuale*, Cedam, 2000, p. 356 ss., p. 370 s.

²⁷ FAZZALARI, *Questione di legittimità costituzionale in Rivista dell'arbitrato*, a cura di Fazzalari, Giuffrè, 2005, p. 662.

attribuire nella loro autonomia negoziale, la possibilità che gli arbitri vengano decisi direttamente dall'autorità giurisdizionale²⁸.

È di rilevante importanza, nella determinazione di quali siano le controversie compromettibili, stabilire con precisione il periodo in cui queste sono sorte. Per quelle controversie arbitrali instaurate prima del 3 marzo 2006, ad esempio, se nel corso del procedimento gli arbitri incontravano una questione su cui era competente il giudice ordinario, dovevano sospendere il loro giudizio per attendere che la questione che non rientrava nella loro competenza, fosse decisa con sentenza passata in giudicato, per poter proseguire nell'arbitrato. In queste situazioni agli arbitri era quindi persino preclusa una conoscenza *incidenter tantum* della nuova questione sorta nel corso del procedimento arbitrale. Successivamente al 3 marzo 2006 invece, gli arbitri possono conoscere *incidenter tantum* di tali questioni pregiudiziali non compromettibili, senza dover attendere che un giudice ordinario si pronunci in maniera definitiva. Va da sé che trovando l'arbitrato fondamento nell'autonomia delle parti, saranno compromettibili tutte quelle materie per cui sono in gioco dei diritti disponibili delle parti in lite. Quanto precede trova un esplicito riscontro nel nuovo testo dell'art. 806 c.p.c.²⁹. Dal testo dell'art. 806 c.p.c. si ricava inoltre che l'arbitrabilità è la regola e non l'eccezione. Ne deriva che l'escludibilità di determinate materie deve risultare in maniera esplicita e non può essere dedotta attraverso un'interpretazione analogica³⁰.

²⁸ Corte cass. 16 marzo 2000 n. 3044 in *Giurisprudenza Costituzionale*, Giuffrè, 2000, p. 1417; contra, v. invece MURONI, *Rivista dell'arbitrato*, Giuffrè, 1998, p. 146.

²⁹ anche in epoca precedente alla riforma del 2006, questo orientamento era facilmente ricavabile dall'espressa esclusione della compromettibilità dei diritti non disponibili quali status personali e altre controversie che non possono formare oggetto di transazione.

³⁰ RUFFINI, *Patto compromissorio* in *Rivista dell'arbitrato*, a cura di Fazzalari, Giuffrè, 2005, p. 713.

La tendenziale coincidenza della compromettibilità con la disponibilità dei diritti trova due soli limiti: il primo e più ampio deriva, come detto, dall'indisponibilità dei diritti che costituiscono l'oggetto della controversia; mentre il secondo, più ristretto, può essere posto da divieti di legge alla compromettibilità di diritti disponibili; in questo caso però vi devono essere a fondamento delle particolari esigenze. È controverso se la nozione di indisponibilità evidenziata dal nuovo art. 806 c.p.c. sia la stessa utilizzata dal legislatore nell'art. 1966 c.c.. Partendo dal presupposto che sarebbe impossibile fornire una nozione unitaria di indisponibilità, è stato recentemente proposto di ascrivere all'area di indisponibilità le sole situazioni sostanziali a cui sia preclusa la regolamentazione negoziale da parte dei privati; con la conseguenza che dovrebbero invece essere disponibili (e quindi compromettibili) tutte quelle situazioni giuridiche che rientrano nella sfera di dominio del privato, quali ad esempio i rapporti giuridici patrimoniali. La disponibilità del diritto, elemento imprescindibile ai fini della compromettibilità della lite, deve essere inerente al diritto azionato e non alle successive ed eventuali questioni che sorgano nel corso della formazione della decisione sul piano logico-giuridico. Quindi se ne deduce che ora la regola è l'arbitrabilità, essendo per altro oggetto di lite nella maggior parte dei casi diritti disponibili, mentre l'indisponibilità e la conseguente non arbitrabilità, l'eccezione.

I.IV LA CONVENZIONE ARBITRALE: FORMA E CONTENUTO

Il patto compromissorio o convenzione arbitrale, è il negozio con cui le parti deferiscono ad arbitri la decisione di una o più controversie che siano insorte o possano insorgere in futuro, in relazione ad un determinato rapporto giuridico di natura contrattuale o non contrattuale, escludendo così, fin dalla sottoscrizione di

quest'ultimo, la possibilità di adire all'autorità giudiziaria statale in relazione alle eventuali controversie che ne sono oggetto.

Detto patto o convezione, non va confuso con il contratto di arbitrato che invece è quel rapporto giuridico che sorge fra le parti e gli arbitri e può essere anche successivo alla convenzione di arbitrato. La natura di negozio giuridico privato della convenzione arbitrale non è messa in dubbio neppure da quella parte di giurisprudenza che afferma la natura pubblicistica della funzione arbitrale³¹. È frequentemente diffusa in dottrina e giurisprudenza, la qualificazione della convenzione arbitrale come contratto ad effetti processuali³².

L'art. 807 c.p.c. disciplina la forma della convenzione arbitrale:

“il compromesso deve, a pena di nullità, essere fatto per iscritto e determinare l'oggetto della controversia”.

*La forma scritta si intende rispettata anche quando la volontà delle parti è espressa per telegrafo telescrivente telefascimile o messaggio telematico, nel rispetto della normativa anche regolamentare concernente le trascrizioni e la ricezione di documenti teletrasmessi”*³³.

L'espresso riconoscimento, quali forme di manifestazione della volontà compromissoria del telegrafo e della telescrivente, ed oggi anche del telefax e del messaggio telematico, elimina definitivamente ogni dubbio in ordine alla possibilità, negata in passato, che il compromesso possa risultare da più scritture separate e non contestuali. Il requisito della forma scritta è anche rispettato quando il documento contenente la pattuizione compromissoria sia sottoscritto da una sola delle parti,

³¹ PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Cedam, 2012, p. 320.

³² BOVE, *La giustizia privata*, Cedam, 2008, p. 33 ss.; MURONI, *La pendenza del giudizio arbitrale*, Giappichelli, 2008, p. 95.

mentre la seconda sottoscrizione sia inserita in altro documento inscindibilmente collegato al primo. Più in generale, si ritiene ammissibile che l'accordo compromissorio sia costituito da una proposta e da una successiva e separata accettazione come ad esempio lo scambio di missive fra le parti.³⁴

Ai sensi dell'art. 808 c.p.c.:

“[...] *la clausola compromissoria deve risultare da atto avente la forma richiesta per il compromesso dall'art. 807 c.p.c.*”³⁵.

e l'art. 808 bis c.p.c. precisa che:

“*la convenzione deve risultare da atto avente la forma richiesta per il compromesso dell'art. 807*”³⁶.

Dalle richiamate disposizioni ne deriva pacificamente che la forma scritta è richiesta *ad substantiam*, come giurisprudenza consolidata è concorde a sottolineare³⁷.

È da escludersi pertanto la validità della convenzione conclusa oralmente. La successiva ratifica scritta di una convenzione precedentemente stipulata oralmente, varrà come nuova e quindi dal momento in cui è stata stipulata per iscritto.

In assenza di forma scritta la convenzione risulterà inesistente e tale inesistenza deve essere rilevata d'ufficio in qualsiasi stato e grado del procedimento³⁸.

³³ Art. 807 c.p.c.

³⁴ BENEDETTELLI CONSOLO, *Commentario breve al Diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, Cedam, 2010, p. 47.

³⁵ Art. 808, 1° c.p.c.

³⁶ Art. 808-bis c.p.c.

³⁷ Corte cass. 14 luglio 1962, n. 2082 in *Mass. Foro it.*, 1962, p. 620, dove “il requisito della forma scritta ad *substantiam* richiesto per la validità della clausola compromissoria non postula indefettibilmente che la volontà contrattuale sia espressa in un unico documento avuto riguardo all'autonomia di detta clausola rispetto al contratto cui essa accede”

³⁸ SCHIZZEROTTO in *Il diritto dell'arbitrato. Disciplina comune e regimi speciali*, Cedam 2010, P 441.

Con la riforma introdotta dal d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, il codice di rito prevede tre tipi di patto compromissorio:

1. il compromesso, disciplinato dall'art. 807 c.p.c. ed avente ad oggetto le liti già insorte fra le parti;
2. la clausola compromissoria, disciplinata dall'art. 808 c.p.c. ed avente ad oggetto le liti nascenti da un determinato rapporto giuridico;
3. la convenzione di arbitrato in materia non contrattuale, disciplinata dall'art. 808 bis c.p.c. ed avente ad oggetto le controversie nascenti relative ad uno o più determinati rapporti non contrattuali; anche se gran parte della dottrina³⁹ inquadra questa convenzione non come una diversa *species* di patto compromissorio, ma semplicemente alla stregua di una clausola compromissoria.

Il contenuto della convenzione arbitrale consta di elementi essenziali ed elementi accidentali.

È essenziale la manifestazione di volontà delle parti di sottoporre la controversia ad arbitrato e, dopo la Seconda Riforma, la necessità che gli arbitri siano in numero dispari. Il Presidente del Tribunale supplirà all'attività delle parti laddove queste non vi abbiano provveduto⁴⁰.

Sono invece requisiti accidentali l'autorizzazione delle parti agli arbitri a pronunciarsi secondo equità⁴¹, la scelta della procedura arbitrale da adottare⁴², la fissazione di un termine diverso da quello stabilito dalla legge per l'emissione del

³⁹ PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Cedam, 2012, p. 344.

⁴⁰ Art. 809 c.p.c.

⁴¹ Art. 822 c.p.c.

⁴² Art. 816 c.p.c.

lodo⁴³, la rinuncia alla possibilità di impugnazione della decisione arbitrale, la previsione di impugabilità della decisione a seguito della violazione delle regole di diritto relative al merito⁴⁴. Qualora non sia presente la volontà di deferire la controversia ad arbitri si verte in un'ipotesi di nullità, bensì di inesistenza della decisione arbitrale; altresì così come inesistente è la decisione resa dall'arbitro che non rispetta i limiti imposti dalle parti.

La lettera della norma⁴⁵ indica che la clausola compromissoria può fare riferimento soltanto alle cause nascenti dal contratto cui essa è collegata e non quindi a qualsiasi controversia che possa sorgere in futuro:

“le parti nel contratto che stipulano o con atto successivo possono stabilire che le controversie nascenti dal medesimo siano decise da arbitri”.

Per evitare che potessero ingenerarsi dei malintesi sulla possibilità o meno di deferire ad arbitri le controversie extracontrattuali, il legislatore della Seconda Riforma del 2006 ha previsto l'art. 808 bis c.p.c. che disciplina l'istituto della convenzione arbitrale in questo tipo di ipotesi, peraltro, non infrequenti:

*“Le parti possono stabilire con apposita convenzione, che siano decise da arbitri le controversie future relative a uno o più rapporti non contrattuali determinati”*⁴⁶.

La giurisprudenza è incline ad un'interpretazione restrittiva dell'art. 808 c.p.c. tant'è che alcuni autori⁴⁷ non ritengono possibile che la convenzione arbitrale sia precedente alla stipula del contratto cui si riferisce, a meno che questa non faccia

⁴³ Art. 820 c.p.c.

⁴⁴ RUBINO SAMMARTANO, *op. cit.*, p. 452

⁴⁵ Art. 808 c.p.c.

⁴⁶ Art. 808 bis c.p.c.

⁴⁷ RUBINO, SAMMARTANO, *op. cit.*, p. 453

specifico riferimento al contenuto del contratto che sarà stipulato tra le parti⁴⁸. Più in generale si è sempre ritenuto l'arbitrato come un'anomala deroga alla giurisdizione civile con la conseguente tendenza ad uno *sfavor arbitratus* di cui la giurisprudenza, soprattutto quella meno recente, è intrisa⁴⁹;

“la clausola compromissoria deve, in mancanza di espressa volontà contraria, essere interpretata nel senso che rientrano nella competenza arbitrale tutte le controversie che si riferiscono a pretese aventi la loro *causa petendi* nel contratto medesimo”⁵⁰.

L'idea che la clausola compromissoria possa avere ad oggetto controversie future relative a rapporti giuridici di natura non contrattuale, si pone in netto contrasto con il tenore letterale della norma in commento, che invece si riferisce alle “controversie nascenti dal contratto”. Nello stesso senso è il nuovo art. 808 bis che di fatto non permette l'estensione della clausola compromissoria a controversie extracontrattuali, ma consente alle parti di stipulare una convenzione di arbitrato *ad hoc* per tali contese.

Semmai, l'art. 808 c.p.c., può essere sottoposto ad un'interpretazione estensiva, nel senso che ogni qualvolta si tratti di un accordo, il quale sia destinato a disciplinare in futuro rapporti molteplici, quale ad esempio la fideiussione omnibus⁵¹,

⁴⁸ BENEDETTELLI, CONSOLO, *op. cit.*, p. 47

⁴⁹ Agricola Veneta c. Serafino Ferruzzi, Corte cass. 24 ottobre 1979, n. 5562, Massimario di Giustizia civile, Cedam, 1979, p. 2444 dove “le clausole compromissorie, comportando una deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria con conseguente sottrazione delle parti dal loro giudice naturale (art. 24 Cost.), debbono essere interpretate in senso restrittivo”

⁵⁰ La Gestor c. Comm. Petilia Policastro, Corte cass. 22 febbraio 1993, n. 2177, in *Giurisprudenza Italiana*, Utet, 1994, p. 472.

⁵¹ Art. 1938 c.c.

la clausola compromissoria in esso contenuta, può comprendere tutte le future controversie⁵².

LA PRIMA RIFORMA DELL'ARBITRATO

La legge 5 gennaio 1994 n. 25, proseguiva l'elaborazione della materia arbitrale riprendendo il tema degli effetti vincolanti della decisione degli arbitri prima dell'apposizione dell'*exequatur* da parte del Pretore.

Si arrivò così alla modifica dell'art. 825 3° comma c.p.c., con l'eliminazione del conferimento al lodo di efficacia di sentenza a seguito dell'*exequatur*, rendendolo invece, immediatamente esecutivo. Tale ed importante modifica, avrebbe dovuto mettere fine alla contesa fra coloro che ritenevano la decisione arbitrale un rapporto di natura contrattuale e chi invece la inquadrava alla stessa stregua di una sentenza resa dall'autorità giurisdizionale ordinaria. Ma questo risultato non fu in realtà conseguito.

Sono comunque diverse le sentenze che hanno affermato la natura di provvedimento per la decisione arbitrale⁵³.

Anche negli anni successivi alla Prima Riforma rimaneva però ancora una nutrita resistenza ad accettare l'equiparazione del lodo alla sentenza. Per parte della dottrina⁵⁴, il fatto di aver eliminato il termine "*sentenza arbitrale*", avrebbe sottolineato la differenza intrinseca fra i due provvedimenti.

Gli argomenti a sostegno di questa tesi sembrarono più che convincenti, non tanto per l'aver sostituito la locuzione "*sentenza arbitrale*" con "*lodo*" che di per sé

⁵² RUBINO SAMMARTANO, *op. cit.*, p. 455

⁵³ *Efim c. Villabuona*, Corte cass. 11 marzo 1997 n. 2175, *Rivista dell'arbitrato*, a cura di Fazzalari, Giuffrè, 1993, p. 547.

⁵⁴ RUBINO SAMMARTANO, *op. cit.* p. 56.

riguarda soltanto il *nomen* usato per definire tale provvedimento, ma per riscontri che evidenziano differenze tra i due provvedimenti di ben altro spessore:

- La possibilità di trascrivere la decisione arbitrale che, mentre per le sentenze del giudice ordinario non è condizionata al passaggio in giudicato né alla dichiarazione di esecutività, quanto alla decisione arbitrale richiede la dichiarazione di esecutorietà;
- la possibilità di iscrivere ipoteca, anch'essa per il lodo subordinata alla dichiarazione di esecutorietà;
- l'assenza nella decisione arbitrale di passaggio in giudicato;
- la diversa disciplina della revocazione fra i due provvedimenti;

Alla luce di quanto sopra esposto, emerge che gli effetti del lodo non coincidono a quelli della sentenza del giudice ordinario, ma ciò non esclude che la decisione arbitrale produca sotto altri profili gli stessi effetti di una decisione del giudice di primo grado. Non si può quindi affermare che la decisione dell'arbitro non produca nessun effetto simile alla decisione del giudice ordinario ma anzi producono sotto alcuni aspetti, identici effetti⁵⁵.

Ciò che invece appare determinante nel risolvere la questione, è che il lodo è sicuramente un atto decisorio di un procedimento contenzioso regolato anch'esso dal codice di rito. Una simile decisione così ricca di effetti processuali non può infatti

⁵⁵ “Il parallelo con il giudizio ordinario ci ricorda che anche la sentenza del giudice di primo grado non è esecutiva sino al momento dell'apposizione della formula. Se il controllo ai fini dell'esecutorietà è certo maggiore di quello per l'apposizione della formula esecutiva, esso rimane peraltro nell'ambito di quel minimo necessario affinché le venga dato ingresso nell'arengo delle sentenze e l'ordinamento metta il proprio potere coercitivo anche a sua disposizione” in RUBINO SAMMARTANO, *op. cit.*, p. 58.

che essere assimilata da un lato ad una sentenza e dall'altro essere completamente differente da un negozio transattivo o compositivo⁵⁶.

Del resto è la stessa dottrina schierata per la tesi privatistica del lodo, sostenuta *in primis* da Chiovenda⁵⁷, a sostenere che essendo il contenuto del lodo identico a quello della sentenza ed immediatamente vincolante per i contraenti, la disputa fra le due scuole di pensiero altro non è che il frutto di una mera disputa intellettuale.

LA SECONDA RIFORMA DELL'ARBITRATO

Con la legge n. 80 del 14 maggio 2005, viene conferita al governo, la delega per la riforma del processo civile. Parte di questa delega riguarda la razionalizzazione della disciplina dell'arbitrato, secondo i seguenti principi:

- netta separazione fra arbitrato rituale ed irrituale;
- collocazione dell'arbitrato rituale nell'alveo dei procedimenti fra i quali va ripartita la giurisdizione;
- la disciplina degli effetti della decisione arbitrale;
- il regolamento di competenza (esperibile contro la decisione del giudice ordinario che pronuncia sulla competenza in relazione alla convenzione di arbitrato);
- la previsione della non impugnabilità del lodo per violazione di regole di diritto relative al merito, salvo alcune eccezioni;
- la responsabilità degli arbitri;

⁵⁶ RUBINO SAMMARTANO, *op. cit.*, p. 58.

⁵⁷ Tesi secondo cui l'attività degli arbitri non può assumere rilevanza processuale, in quanto essi potrebbero predisporre soltanto il "materiale logico" della sentenza, che resterebbe nella sfera dell'attività privatistica. È poi il giudice ordinario a trasformare, attraverso il decreto di esecutorietà, la decisione degli arbitri in

- l'obbligo dei testi di comparire;
- la competenza degli arbitri a conoscere in via incidentale;
- il divieto di proporre al giudice ordinario domande circa la validità ed efficacia di decisioni arbitrali nel corso del procedimento arbitrale;
- revisione della disciplina del termine per la decisione arbitrale;
- l'espreso riconoscimento dei regolamenti delle istituzioni arbitrali;

La Seconda Riforma ha sicuramente apportato delle modifiche importanti nella regolazione della materia arbitrale. Sicuramente però alcuni aspetti andavano affrontati in modo più esaustivo e completo. Non è stata ad esempio completata la disciplina che regola i rapporti fra procedimento arbitrale e giudizio ordinario; non è stato previsto un appello *ad hoc* per le decisioni arbitrali, non è stata approfondita la disciplina dell'arbitrato irrituale, la mancata attuazione del diritto di prova, non è stata approfondita la disciplina che regola la responsabilità degli arbitri.

sentenza. Quindi, il lodo risulterebbe di per sé privo di qualsivoglia efficacia obbligatoria, alla stessa stregua del parere di un privato.