

STORIA DEL DIRITTO E DELLE ISTITUZIONI
SEZIONE II: STUDI

IO

Direttore

Mario ASCHERI

Comitato scientifico

Paolo ALVAZZI DEL FRATE

Roma

Patrick ARABEYRE

Paris

Aquilino IGLESIA FERREIRÓS

Barcelona

Eric GOJOSO

Poitiers

Faustino MARTÍNEZ MARTÍNEZ

Madrid

Heinz MOHNHAUPT

Frankfurt/Main

STORIA DEL DIRITTO E DELLE ISTITUZIONI SEZIONE II: STUDI

Questa collana si propone, oltre a sperimentazioni per una didattica rinnovata, di mettere in circolazione in primo luogo opere di giovani studiosi metodologicamente interessanti o su argomenti poco o per nulla considerati entro la letteratura storico-giuridica e istituzionale italiana corrente. Il proposito è però anche quello di non trascurare le traduzioni di saggi di autori stranieri che possano aprire nuove prospettive di ricerca, oppure di 'classici' destinati ad avere una circolazione specialistica. Infine, si ritiene opportuno anche riproporre lavori ormai datati ma apparsi solo in edizione provvisoria o a bassa tiratura, oppure ancora su temi scarsamente considerati al loro primo apparire sul mercato. Nel complesso, quindi, si tratta di una collana che vuole inserirsi utilmente nel dibattito storiografico contemporaneo, tenuto conto del crescente interesse che gli storici riservano alle trattazioni che sappiano inserire entro problematiche più generali le questioni specifiche del diritto e delle istituzioni, con i loro profili tecnici a volte anche molto delicati e complessi.

Nella collana "Storia del diritto e delle istituzioni" sono pubblicate opere sottoposte a valutazione con il sistema del « doppio cieco » (« double blind peer review process ») nel rispetto dell'anonimato sia dell'autore, sia dei due revisori che sono stati scelti dal Comitato scientifico della collana.

I revisori sono professori di provata esperienza scientifica italiani o straniere o ricercatori di istituti di ricerca notoriamente affidabili.

Ciascun revisore formulerà una delle seguenti valutazioni:

- a) pubblicabile senza modifiche;
- b) pubblicabile previo apporto di modifiche;
- c) da rivedere in maniera sostanziale;
- d) da rigettare;

tenendo conto della: a) rilevanza scientifica nel panorama nazionale e internazionale; b) attenzione adeguata alla dottrina e all'apparato critico; c) adeguato aggiornamento normativo e giurisprudenziale; d) rigore metodologico; e) proprietà di linguaggio e fluidità del testo; f) uniformità dei criteri redazionali.

Nel caso di giudizio discordante fra i due revisori, la decisione finale sarà assunta dal direttore, salvo casi particolari in cui il direttore medesimo provvederà a nominare un terzo revisore a cui rimettere la valutazione dell'elaborato. Le schede di valutazione verranno conservate, in doppia copia, nell'archivio del direttore e dell'editore.

Il termine per la valutazione non deve superare i venti giorni, decorsi i quali il direttore della collana, in assenza di osservazioni negative, ritiene approvata la proposta.

Sono escluse dalla valutazione gli atti di convegno, le opere dei membri del comitato e le opere collettive di provenienza accademica. Il direttore, su sua responsabilità, può decidere di non assoggettare a revisione scritti pubblicati su invito o comunque di autori di particolare prestigio.

Giordano Ferri

**L'arbitrato tra prassi e sistemazione teorica
nell'età moderna**

Una nuova *species* nel *genus*,
dall'*Ancien Régime* all'Italia del Novecento



Copyright © MMXII
ARACNE editrice S.r.l.

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

via Raffaele Garofalo, 133/ A-B
00173 Roma
(06) 93781065

ISBN 978-88-548-5616-5

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: ottobre 2012

A Valentina

Desidero ringraziare il prof. Mario Caravale per avermi sempre incoraggiato nello studio della storia del diritto e reso partecipe, nelle attività di ricerca della cattedra, dei suoi insegnamenti storico-giuridici e di stile accademico.

Desidero altresì ringraziare il prof. Paolo Alvazzi del Frate che mi ha sollecitato ad approfondire il tema dell'arbitrato nei suoi sviluppi storici e che mi ha sempre coinvolto nella sua attività didattica e nella redazione della rivista *Historia et ius* da lui diretta insieme ad un consiglio di alto livello scientifico.

Infine, un pensiero grato al prof. Carlo Gamba che mi ha fattivamente aiutato in questi miei primi anni di attività di ricerca trasmettendomi costantemente quanto da lui maturato nella lunga esperienza di storico del diritto.

Indice

13 *Premessa*

23 **Capitolo I**

Le “dicotomie” della scienza giuridica medievale e moderna

1.1. La storiografia giuridica contemporanea in tema d'arbitrato nell'età medievale, 23 – 1.1.1. *L'arbitrato al tramonto dell'ordo iudiciarius medievale*, 26 – 1.2. Gli esponenti della Scuola di Salamanca, 35 – 1.3. I pratici della Germania del XVI–XVII secolo, 38 – 1.4. I pratici italiani del Seicento e le raccolte di giurisprudenza, 45 – 1.5. La complessa rielaborazione dello *ius commune* nella dottrina olandese del XVII secolo, 49 – 1.6. Gli esponenti della Scuola Culta e della corrente sistematica, 52 – 1.6.1. *La dottrina francese del XVII e XVIII secolo*, 55.

61 **Capitolo II**

Il legislatore ottocentesco e le reazioni dottrinali

2.1. Le iniziative legislative francesi e la dottrina negli anni della Rivoluzione, 61 – 2.1.1. *Il Code de procédure civile del 1806*, 65 – 2.1.2. *Gli esponenti dell'École du code*, 70 – 2.2. Gli esponenti della Scuola storica del diritto, 76 – 2.3. Gli esponenti della Pandettistica, 80 – 2.4. Il legislatore degli Stati italiani preunitari, 87 – 2.5. Il codice di rito del 1865 e la scienza giuridica italiana della fine del XIX secolo, 90.

95 **Capitolo III**

L'impostazione statual-legalista nel codice di rito del 1940

3.1. La dottrina italiana dei primi anni del Novecento, 95 – 3.2. Lo sfavore del legislatore per l'arbitrato e il regime di non compromettibilità delle controversie di lavoro nel codice del 1940, 114 – 3.3. La reazione della prassi: l'arbitrato irrituale in alcune concrete esperienze, 119.

123 *Indice dei nomi*

Premessa

L'istituto dell'arbitrato ha determinato, fin dalla prima metà del Novecento, un profondo solco nella cultura giuridica che si è imbattuta nello studio della natura e degli effetti di questa peculiare forma di risoluzione delle controversie.

Una divisione netta della dottrina¹ che da un lato, focalizzata sulla efficacia di sentenza del lodo arbitrale, finisce per trasformare un atto di autonomia privata in un atto «giurisdizionalizzato»², e dall'altro, ferma sul presupposto contrattuale del compromesso e della clausola compromissoria, vuole distinguere e preservare l'affermazione della volontà negoziale delle parti dai successivi ed indipendenti accadimenti amministrativi e processuali pendenti sul lodo³.

Affermazioni contrapposte e stratificatesi nel tempo che hanno talvolta anticipato, talvolta seguito, per la mai irrilevante e silenziosa

1. Cfr. M. VASETTI, voce *Arbitrato irrituale*, in *Nuovo dig. it.*, I, 2, Torino 1957, pp. 846 ss.; T. CARNACINI, voce *Arbitrato rituale*, in *Noviss. dig. it.*, I, 2, Torino 1957, pp. 875 ss.; E. FAZZALARI, voce *Arbitrato (Teoria gen. e dir. proc. civ.)*, in *Dig., disc. priv., sez. civ.*, I, Torino 1987, pp. 389 ss.; ID., voce *Processo arbitrale*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano 1987, pp. 298 ss.; ID., voce *Arbitrato*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, II, Milano 1998, pp. 71 ss.

2. E.F. RICCI, *Sull'efficacia del lodo arbitrale rituale dopo la legge 9 febb. 1983 n. 28*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, pp. 635 ss.; ID., *La «natura» dell'arbitrato rituale e del relativo lodo: parlano le Sezioni Unite*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, pp. 259 ss.; ID., *La Cassazione insiste sulla natura «negoziale» del lodo arbitrale. Nuovi spunti critici*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, pp. 1238 ss.; ID., *La never ending story della natura negoziale del lodo: ora la Cassazione risponde alle critiche*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, pp. 557 ss.; C. CONSOLO, *Sul «campo» dissodato della compromettibilità in arbitri*, in *Riv. arb.*, 2003, pp. 241 ss.; C. CONSOLO — M. MARINELLI, *La Cassazione e il «duplice volto» dell'arbitrato in Italia*, in *Corr. giur.*, 2003, pp. 678 ss.; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*⁵, II, Padova 2006, pp. 139 ss.

3. S. SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, 1931, *passim*; ID., *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 2, Milano 1971, pp. 162 ss.; C. PUNZI, *L'arbitrato nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 1973, I, pp. 327 ss.; ID., voce *Arbitrato*. I) *Arbitrato rituale e arbitrato irrituale*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, II, pp. 1 ss.; ID., *L'efficacia del lodo arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, pp. 10 ss.; ID., *Relazioni fra l'arbitrato e le altre forme non giurisdizionali di soluzione delle liti*, in *Riv. arb.*, 2003, pp. 385 ss.; S. SATTA — C. PUNZI, *Diritto processuale civile*¹³, Padova 2000, pp. 876 ss.; S. SATTA — C. PUNZI, *Diritto processuale civile. Appendice di aggiornamento della tredicesima edizione*, Padova 2007, pp. 145 ss.; v. anche la prima edizione di quest'opera: C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I e II, Padova 2000, *passim*.

funzione interpretativa dei giuristi operanti nella disciplina processuale e di diritto sostanziale, le complesse ed incoerenti iniziative legislative in materia di arbitrato.

Ne danno esempio, da ultimo e per un profilo di sintesi, le argomentazioni delle più illustri scuole di pensiero di processualisti che caratterizzano il panorama della cultura giuridica odierna e che, ciascuna a suo modo, hanno dato una lettura critica della riforma del Titolo VIII («Dell'arbitrato») del Libro IV del c.p.c. per una «razionalizzazione» della disciplina dell'arbitrato⁴ prevista dalla legge delega n. 80/2005 e attuata con il d.lgs. n. 40/2006.

Le riflessioni messe a punto dai due orientamenti di pensiero, per la vivacità del ragionamento giuridico addotto a sostegno degli assunti inerenti alla natura stessa dell'istituto, suonano entrambe come «voci di cori diretti da due grandi maestri del processo civile»⁵: l'uno, sostenitore della necessità di preservare la consolidata simmetria tra l'arbitrato, considerato nella forma sia rituale che irrituale, e l'autonomia negoziale quanto a fondamento, svolgimento ed effetti, rileva un intervento sistematico e non meramente innovativo del legislatore laddove questi, in forza dell'art. 824 *bis* c.p.c., risolve in modo *tranchant* il problema dell'efficacia del lodo equiparandolo alla sentenza del giudice, pur con evidenti segni di incoerenza riscontrabili nel mancato riconoscimento agli arbitri della qualifica di pubblici ufficiali e nella piena e diretta responsabilità professionale degli stessi senza intermediazione dello Stato⁶; l'altro, pur consapevole della natura negoziale dell'arbitrato, interpreta le parole del legislatore come volte a tutelare un principio di libertà che prescinde dall'autonomia privata e si consolida nella possibilità di ottenere la soluzione di una controversia senza la partecipazione di un giudice togato, fermi restando gli effetti di una decisione giudiziaria⁷.

4. Lo stesso legislatore stabilisce che necessita «riformare in senso razionalizzatore la disciplina dell'arbitrato»: cfr. l'art. 1, comma 3^o, lett. b), l. n. 80/2005.

5. L'espressione riprende una felice metafora usata da Edoardo Flavio Ricci il 16 maggio 2008, in occasione della presentazione degli *Studi in onore di Carmine Punzi* (nell'Aula I della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma «La Sapienza») descrivendo l'attività accademica e scientifica dell'onorato Maestro.

6. C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*², III, Torino 2010, pp. 241 ss. Il primo studio dell'Autore sull'arbitrato come fenomeno negoziale è apparso nel vol. I della *Rivista di diritto commerciale* del 1973 con il citato articolo dal titolo *L'arbitrato nel diritto italiano*.

7. E.F. RICCI, *Profili liberali della nuova disciplina dell'arbitrato*, in AA.Vv., *Studi in onore di Carmine Punzi*, II, Torino 2008, pp. 61 ss. Il primo studio dell'Autore sull'arbitrato risale al

Sulla base di questa contrapposizione di fondo poggia anche un diverso modo di intendere e guardare quella che costituisce una *distinctio* tipica dell'ordinamento italiano, ossia l'esistenza di due *species* di arbitrato: una rituale, in quanto prevista e regolata da disposizioni processuali e segnatamente nel titolo VIII del libro IV del codice di rito del 1940, l'altra — invalsa nella prassi come volutamente derogatoria di tale disciplina — detta irrituale.

Tale ulteriore questione, concernente l'individuazione del *proprium* dell'arbitrato irrituale rispetto a quello rituale e le sue giustificazioni teoriche, è tuttora dibattuta in dottrina: da un lato, infatti, si promuove una concezione unitaria dell'istituto arbitrale, quanto a funzione, struttura ed efficacia del *dictum* cui ciascuno di essi mette capo, sottolineandosi che il lodo arbitrale, sia rituale che irrituale, per effetto naturale, produce efficacia vincolante tra le parti indipendentemente dal procedimento per la dichiarazione di esecutività e, dunque, a prescindere dall'intervento dell'autorità giudiziaria⁸; dall'altro lato, in forza del principio della «giurisdizionalità», si promuove l'idea di una perdurante distinzione tra due *species* in ragione del fatto che con l'arbitrato rituale si giunge ad una pronuncia giudiziaria, mentre con l'arbitrato irrituale le parti possono addivenire soltanto ad una composizione contrattuale della situazione controversa⁹ cui, secondo taluni, si accompagnerebbe anche una diversa configurazione strutturale.

Si tratta peraltro di un'antica contrapposizione, che affonda le proprie origini già all'indomani del primo riconoscimento giurisprudenziale dell'arbitrato irrituale, il cui apparire è stato messo in relazione a ragioni di utilità pratica, evidenziatesi nella realtà dei traffici commerciali ed in vista di una snella e sollecita composizione dei contrasti¹⁰.

1974 con una monografia dal titolo *La prova nell'arbitrato rituale*.

8. C. PUNZI, *Luci e ombre nella riforma dell'arbitrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, pp. 395 ss.; ID., *Il processo civile*², III, cit., pp. 278 ss.; G. RUFFINI, *Art. 819 ter c.p.c.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2007, pp. 1326 ss.; E. ODORISIO, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, pp. 253 ss.; V. BERTOLDI, in *AA.Vv.*, *Commentario breve al diritto dell'arbitrato*, a cura di Benedettelli, Consolo e Radicati di Brozolo, Padova 2010, *sub art. 808 ter*, pp. 58 ss.

9. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*⁷, II, Padova 2010, pp. 159 ss.; S. BOCCAGNA, *Appunti sulla nuova disciplina dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione*, in *AA.Vv.*, *Studi in onore di Carmine Punzi*, II, cit., pp. 313 ss.

10. G. SCHIZZEROTTO, *Arbitrato improprio e arbitraggio*, 2^a ed., Milano 1967, pp. 1 s.; M.

Detto riconoscimento giurisprudenziale si ebbe con la sentenza della Cassazione di Torino del 1904¹¹, che costituì una sorta di *leading case*, non tanto a causa di quella che retrospettivamente è apparsa come la consacrazione della validità dell'arbitrato irrituale o libero¹², quanto a causa della sistemazione di questo sul terreno del diritto privato, in antitesi a quelle connotazioni pubblicistiche che si riteneva di dover ravvisare nell'arbitrato rituale.

In tale pronuncia, infatti, la questione concernente la efficacia giuridica e, ancor prima, la validità stessa del patto di deferimento della controversia a probiviri, chiamati a decidere *ex bono et aequo*, senza riguardo allo stretto diritto, con l'impegno delle parti ad accettare la decisione come inappellabile, vennero svolte in contrapposizione a ciò che si pretendeva sottolineare come distintivo dell'arbitrato rituale.

La Cassazione riconobbe, accanto al compromesso disciplinato dal codice di rito ai fini di una soluzione giudiziale delle controversie, la possibilità giuridica del "compromesso stragiudiziale", teso a concretare un componimento amichevole, estraneo e non assoggettabile alle norme procedurali.

Le affermazioni dei giudici torinesi contenevano *in nuce* argomenti destinati a futuro successo presso la elaborazione dottrinale. Anzitutto, la sistemazione del procedimento arbitrale rituale sotto il comune denominatore della giudizialità propria del processo ordinario: l'arbitrato rituale venne inteso come appartenente all'ordine dei giudizi e perciò disciplinato dal codice di rito, ricavandosi il carattere della giudizialità non dalla funzione esercitata dagli arbitri rituali, la quale, ad onor del vero, consiste nel giudicare e decidere le controversie, ma dall'atto finale del procedimento stesso, ossia la sentenza (dei giudici dello Stato, come degli arbitri); diversamente, il componimento

VASETTI, *Arbitrato irrituale*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. I, parte 2, Torino 1957, pp. 847-848; L. BIAMONTI, *Arbitrato — Diritto processuale civile*, in *Enc. dir.*, vol. II, Milano 1958, p. 936; R. VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano 1971, *passim*.

11. Sent. Corte Cassazione Torino, 27 dicembre 1904, in *Foro it.* 1905, col. 366 ss. e in *Riv. dir. comm.*, 1905, pp.45 ss., con nota di P. BONFANTE.

12. Questo *nomen* non compare nella sentenza citata, ove per indicare gli arbitri liberi si usa l'espressione "amichevoli compositori" o probiviri e ove il compromesso irrituale è detto "compromesso stragiudiziale". Ciò è di indubbia rilevanza, dal momento che tali significanti veicolano un preciso significato sostanziale: la netta separazione tra arbitrato rituale e arbitrato irrituale e, a monte, la adesione alle teorie "giurisdizionalistiche" del primo.

amichevole non avrebbe dato luogo ad un giudizio contenzioso, in quanto svolgentesi al di fuori delle norme codificate ed in quanto culminante con una pronuncia di valore contrattuale, assolutamente non accostabile alla “sentenza arbitrale”¹³. In ossequio alle concezioni monopolistiche del giudizio e della giurisdizione, si ponevano le fondamenta per affermare la pertinenza esclusiva della attività di *ius dicere* ad organi dello Stato ovvero ad arbitri rituali — rispetto a questi ultimi se ed in quanto avessero operato nel rispetto delle norme del codice di rito — e per sostenere la diversità della natura della attività svolta dagli arbitri irrituali. Lo stesso *nomen* “arbitrato irrituale”, invalso nella dottrina e nella giurisprudenza accanto a quelli di “arbitrato improprio” e di “arbitrato libero”, tradisce l’intento di collocare tale fenomeno su un campo diverso e quasi antitetico rispetto a quello dell’arbitrato rituale¹⁴.

Vero e proprio *topos* della letteratura giuridica, dagli autori più risalenti fino a quelli a noi contemporanei¹⁵, in tema di arbitrato, è

13. In questo quadro, il *genus iudiciale* viene identificato in una attività logica, dichiarativa del diritto sulla *res litigiosa* e destinata a trovare espressione soltanto nella sentenza dei giudici o degli arbitri rituali. Al di fuori di esso, non vi sarebbe decisione di una controversia giuridica nelle forme del giudizio, ma composizione amichevole, pacificazione con cui non si “dice il diritto”, ma con cui si compone un contrasto senza la osservanza delle norme di stretto diritto. Secondo Bonfante, che è stato tra i primi commentatori della sentenza, i caratteri tracciati dai giudici torinesi intorno alla decisione degli “amichevoli compositori”, sembrerebbero importare un rinvio “all’arbitrio del terzo nei negozi giuridici in generale, *merum arbitrium* o *arbitrium boni viri*” (quasi a gettare le basi per una costruzione dell’arbitrato improprio sull’arbitraggio, almeno così pare di intuire dalle parole dell’Autore).

14. A proposito di notazioni lessicali, recentemente è stato scritto da E. FAZZALARI, *L’Arbitrato*, Torino 1997, p. 22, che mentre le qualifiche di “improprio” e di “contrattuale” sono derivate dall’inquadramento nell’arbitraggio, la dicitura di “irrituale” evidenziava la superfluità delle forme.

15. Si veda, ad es. L. MORTARA, *Commentario del codice delle leggi di procedura civile*, 3^a ed., vol. III, Milano, s.d., pp.37 ss., che individua come segno di evoluzione e civiltà giuridica e come garanzia essenziale del diritto la attribuzione esclusiva ed imprescindibile della funzione giurisdizionale allo Stato. Come il diritto oggettivo è prodotto dai pubblici poteri esercenti la funzione legislativa, così esso non può trovare attuazione che nella funzione giurisdizionale dello Stato. Su queste basi, l’A. guardava con diffidenza il fenomeno arbitrale e, con riferimento alla disciplina del codice di rito, sottolineava non tanto la attribuzione di valore giurisdizionale al *dictum* arbitrale, quanto piuttosto la “adozione” del lodo da parte del giudice, a tutela delle parti compromittenti. F. SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Napoli 1963, pp. 19 ss., rifiutando come contraddittoria la figura del negozio di accertamento, sostiene che la funzione di dichiarare il diritto è “non solo tipica, ma al tempo stesso esclusiva del giudice”: l’accertamento costituisce compito proprio della

in primo luogo la identificazione dell'attività di accertamento e di giudizio con la funzione giurisdizionale esercitata dai giudici statali ed, in secondo luogo, il rilievo che il legislatore attraverso una opera di processualizzazione abbia inteso conferire analogo carattere giurisdizionale alla attività degli arbitri rituali, con una equiparazione della efficacia del lodo rituale omologato alla efficacia della sentenza. I rapporti tra arbitrato rituale e giurisdizione sono stati letti pertanto su un duplice piano: quello della esistenza di norme procedurali che, imponendo forme e termini, canalizzano e processualizzano l'attività degli arbitri e quello del conferimento al solo lodo munito dell'*exequatur* giudiziale di una efficacia assimilabile a quella della sentenza e, in ultima analisi, della idoneità al giudicato¹⁶.

Su una tale base di avvio, l'esigenza di un inquadramento teorico,

giurisdizione; esso costituisce una funzione pubblica "riservata dallo Stato a sé medesimo", come risulterebbe dal disposto dell'art. 2907 cod. civ. Da ciò consegue che nei c.d. negozi di composizione della lite, come la transazione e l'arbitrato irrituale, pur nelle loro rispettive diversità, non si può rinvenire una attività dichiarativa del diritto, ma soltanto una attività dispositiva. (Ma, a nostro avviso, se ciò è vero per la transazione non altrettanto può dirsi in relazione all'arbitrato irrituale). Questa diversità funzionale sarebbe rinvenibile, a detta dell'A., anche fra arbitrato rituale e arbitrato irrituale. Nella prima ipotesi, non a caso disciplinata puntualmente dal codice di rito, è affidata all'arbitro come al giudice, una attività non volitiva, ma dichiarativa, tant'è che la stessa legge processuale riconosce al lodo divenuto esecutivo, efficacia di sentenza e assoggettabilità al regime delle impugnazioni *ad hoc* stabilito; nella seconda ipotesi, invece, l'arbitro pone in essere un atto di volontà e di disposizione in luogo delle parti. R. VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, cit., pp. 45 ss, esalta la qualificazione dell'arbitrato rituale come istituto di diritto processuale e la qualificazione dell'arbitrato irrituale come istituto di diritto privato.

Quanto alla natura giurisdizionale dell'arbitrato rituale, l'A., respingendo la *communis opinio* secondo cui il lodo non depositato sarebbe addirittura inesistente e approfondendo la affermazione carneluttiana per la quale la sentenza arbitrale nascerebbe non dalla somma, ma dalla compenetrazione tra lodo e decreto giudiziale, asserisce che l'*exequatur* conferisce carattere giurisdizionale non solo al lodo, ma all'intero procedimento arbitrale. Quest'ultimo verrebbe così retroattivamente giurisdizionalizzato. In tempi più recenti, per il carattere *ab initio* giurisdizionale dell'arbitrato rituale, si è espresso S. HERNANDEZ, *Il problema dell'arbitrato e la disciplina in materia di lavoro*, Padova 1990, pp. 115 ss.

Più che il valore giurisdizionale, L. BIAMONTI, *Arbitrato — Diritto processuale civile*, cit., p. 903, menziona il carattere pubblicistico dell'arbitrato retroattivamente trasmesso dal decreto giudiziale a tutti gli atti del procedimento rituale. La valenza giurisdizionale viene negata per la ritenuta insuperabilità dell'art. 102 Cost. (norma con la quale, a rigore, sono chiamati a confrontarsi proprio coloro che negano valore negoziale al lodo rituale), ma rimane fermo che l'affermato valore pubblicistico viene inteso come evidente segno della *subordinazione* della attività arbitrale a quella, *superiore*, della autorità giudiziaria.

16. Cfr. C. PUNZI in S. SATTA — C. PUNZI, cit., 2000, pp. 883 ss.; E.F. RICCI, *L' "efficacia vincolante" del lodo arbitrale dopo la l. n. 25 del 1994*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, pp. 818-819.

e prima ancora di una giustificazione per la cittadinanza giuridica a favore dell'arbitrato irrituale, veniva denunciata attraverso questo ragionamento: se il legislatore ha canalizzato la possibilità di deroga alla giurisdizione operata dall'arbitrato entro gli schemi procedurali e secondo le norme di cui agli artt. 806 ss. c.p.c., sancendo la equivalenza del *dictum* arbitrale omologato alla sentenza dei giudici togati, come si può riconoscere validità ad una attività di risoluzione delle controversie, posta in essere su accordo delle parti, ma al di fuori dell'osservanza delle norme procedurali? E soprattutto quale valore, quale efficacia si può conferire ad una tale risoluzione¹⁷?

La dottrina, successivamente alla sentenza torinese, ha risposto in modo articolato a tali problematiche, rimanendo, tuttavia, pressoché compatta sulla necessità di distinguere natura, funzione e struttura dell'arbitrato rituale e dell'arbitrato irrituale.

Carnelutti, ad esempio, si avvale sul piano lessicale di un elemento destinato ad influenzare le successive vedute in tema di arbitrato: egli nominava gli arbitri impropri quali "arbitratori" di controversie economiche. Nei suoi primi scritti in tema di arbitrato¹⁸, l'Autore prendeva le distanze da talune delle elaborazioni prospettate da altri autori a lui contemporanei. Alla esegesi del fenomeno fornita dal Bonfante¹⁹, nella quale il fondamento giuridico dell'arbitrato irrituale veniva individuato nella libertà contrattuale, e secondo la quale il rispetto delle norme del codice di rito per l'arbitrato era imposto affinché la pronuncia risolutiva della controversia acquistasse forza esecutiva, potendo per il resto i privati addivenire sul piano negoziale, e al di fuori del procedimento codificato, a composizioni di controversie giuridiche comunque dotate di efficacia imperativa *inter partes*, rispondeva il Carnelutti che la linea di demarcazione fra l'una e l'altro istituto andasse cercata altrove. Precisamente, smentendo che il connotato precipuo della sentenza e del lodo omologato fosse la idoneità a costituire titolo esecutivo e affermando, invece, che il carattere più significativo consistesse nella imperatività, cioè nella idoneità della pronuncia giurisdizionale a costituire *lex specialis* del caso concreto, l'Autore asseriva

17. Cfr. per tutti, M. VASETTI, *Arbitrato irrituale*, cit., p. 848

18. Si veda, a titolo esemplificativo, C. CARNELUTTI, *Arbitri e arbitratori*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1924, I, pp. 121 ss.

19. P. BONFANTE, *Dei compromessi e lodi stabiliti fra industriali come vincolativi dei loro rapporti ma non eseguiti nel senso e nelle forme dei giudizi*, in *Riv. dir. comm.*, 1905, II, pp. 45 ss.

che le forme rituali erano imposte dal legislatore proprio in vista della obbligatorietà ed imperatività del lodo, secondaria e accessoria essendo la sua esecutività. Escludeva, così, che potesse considerarsi valido un lodo pronunciato senza il rispetto delle norme procedurali e la cui imperatività fosse il prodotto non dell'*exequatur* pretorile, ma della autonomia negoziale dei privati²⁰. Pertanto, fermo restando che entrambi i mezzi fossero deputati alla soluzione di controversie, la linea di separazione doveva essere interna alla natura della controversia: giuridica, quella risolta dagli arbitri propri; economica, quella risolta dagli arbitri impropri o arbitratori, intendendosi con la prima quel conflitto che può essere definito anche contro la volontà dell'avversario e, con la seconda quel contrasto di interessi "la cui risoluzione il diritto rimette esclusivamente all'accordo delle parti". Proprio rispetto a tale ultima ipotesi opererebbe l'arbitratore, che dalla volontà delle parti deriva sia i suoi poteri sia la materia stessa del suo giudizio, laddove, invece, l'arbitro rituale, chiamato, a differenza del primo, a dirimere una controversia giuridica, sarebbe sostitutivo del giudice ordinario e quindi munito di *iurisdictio*²¹. Carnelutti procedeva all'inquadramento teorico dell'arbitrato irrituale entro la figura dell'arbitraggio e sottolineava che la *differentia specifica* dall'arbitrato rituale consistesse in ciò, che nell'uno, le parti, con il contratto o la clausola di arbitraggio, pongono in essere una tutela giuridica altrimenti inesistente²², mentre nell'altro, attraverso il compromesso o la clausola compromissoria, esse si accordano semplicemente per sostituire o modificare l'organo o il modo di una tutela giuridica già esistente²³.

20. F. CARNELUTTI, *Arbitri e arbitratori*, cit., p. 122: "non si può prescindere dalle forme quando anche le parti si contentino di un lodo non esecutivo, perché le forme sono prescritte non per dare al lodo forza esecutiva, ma prima di tutto forza imperativa".

21. F. CARNELUTTI, *Arbitri e arbitratori*, cit., p. 126, indica come elemento caratteristico della giurisdizione, la decisione di una controversia giuridica, cioè di una lite e precisa che lite si ha quando "non dipende dal placito delle parti la possibilità della sua decisione", come è ad es. nella ipotesi di costituzione *ope iudicis* di una servitù coattiva.

22. F. CARNELUTTI, *Arbitri e arbitratori*, cit., p. 126. In questo senso l'A. afferma che mentre l'arbitratore fa ciò che nessun giudice potrebbe fare, l'arbitro rituale "fa ciò che, se non ci fosse lui, sarebbe fatto dalla autorità Giudiziaria ordinaria".

23. Secondo C. CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino 1991, p. 49, questa prima elaborazione dell'Autore risponde al primo stadio della dinamica storica dell'arbitrato, quella dell'arbitramento del conflitto di interessi in materie come il commercio o il lavoro, non assistite da riferimenti di diritto positivo. Non a caso, a 40 anni di distanza, quell'Autore tornò sul tema, prospettando una diversa veduta e superando la sua originaria convinzione della

Il dibattito teorico, che prese le mosse dalla Cassazione torinese e dunque sotto la vigenza del codice di rito del 1865, si arricchì di ulteriori connotazioni al cospetto del successivo codice del 1940, che tingendosi di un forte disfavore rispetto al fenomeno arbitrale, esasperò la processualizzazione dell'arbitrato rituale (confinato in coda al libro IV fra i procedimenti speciali) e arrivò a bandire dall'ordinamento, in relazione a taluni settori di controversie, la stessa arbitrabilità della lite.

La presa di posizione del legislatore del 1940 finì peraltro per esaltare l'esistenza, accanto all'arbitrato disciplinato dalla legge processuale, dell'ulteriore *species* irrituale, rinverdendo il dibattito sulla sua natura, funzione e struttura.

L'eterno dualismo rituale/irrituale ha accompagnato, dunque, l'esperienza e l'ordinamento italiano, anche nelle successive, diverse stagioni di riforme che hanno investito il titolo VIII del libro IV del codice di rito del 1940, fino alla paradossale inclusione, operata dal d.lgs. n. 40/2006, dell'arbitrato irrituale nell'art. 808 *ter* c.p.c. quale norma che, in prima lettura, sembra voler riconoscere sul piano del diritto positivo la tradizionale contrapposizione fra il regime del lodo rituale e quello ricollegabile alla soluzione della controversia mediante «determinazione contrattuale» e, unitamente a ciò, la diversa funzione e struttura dei due arbitrati.

Il punto nodale delle argomentazioni investe le ragioni dell'incoerenza del legislatore laddove questi, a fronte dell'art. 1, comma 3^o, lett. b) della legge delega n. 80/2005, che attribuiva al Governo il potere di dettare una disciplina unitaria per l'istituto arbitrale, indipendentemente dalla qualificazione del patto compromissorio come rituale o irrituale, in via d'attuazione stabilisce che le parti, qualora optino per la «determinazione contrattuale» della controversia, si trovino dinnanzi ad un modello negoziale di arbitrato (irrituale) che sfocia in un «lodo contrattuale», mentre qualora non prevedano espressamente tale opzione, si trovino dinnanzi ad un modello processuale di arbitrato (rituale) che sfocia in un lodo avente effetti di sentenza pronunciata dalla autorità giudiziaria²⁴.

Il lungo dibattito interpretativo e l'incoerenza dell'attuale legislatore

impossibilità di un arbitrato improprio su controversie giuridiche.

24. V. in proposito C. PUNZI, *Il processo civile*², III, cit., pp. 185 ss.

spingono lo storico del diritto a misurare il fenomeno arbitrale con quel sistema di principi che sono maturati e sono emersi dalla tradizione giuridica dell'istituto. Ed è nella piena consapevolezza di questo criterio metodologico che è opportuno cimentarsi nella individuazione dei caratteri dell'arbitrato sia nel momento di avvio del processo di codificazione ottocentesco, sia nelle elaborazioni successive al modello napoleonico, senza peraltro trascurare, sotto un profilo più generale e preliminare, le ragioni della trasformazione dell'istituto nel passaggio dal sistema del diritto comune di antico regime alla stagione dei codici moderni.