

Sergio Marullo di Condojanni

Sulla natura dell'arbitrato

(a proposito di Giordano Ferri, *L'arbitrato tra prassi e sistemazione teorica nell'età moderna. Una nuova species nel genus, dall'Ancien Régime all'Italia del Novecento*, Roma, Aracne – Storia del diritto e delle istituzioni, 2013)

1. L'opera di Giordano Ferri offre motivi di riflessione anche allo studioso di diritto positivo. L'Autore, nell'indagare intorno alla evoluzione storica dell'arbitrato, coglie infatti difficoltà e problemi, su cui ancora si interroga la dottrina contemporanea. Lo studio monografico di Ferri è per intero percorso da un dubbio sistematico: se l'arbitrato sia istituto di natura sostanziale, che dunque riposa essenzialmente sulla volontà delle parti; o se, al contrario, esso sia da collocare nell'ambito della giurisdizione, l'arbitro potendo quindi considerarsi un pubblico ufficiale. L'alternativa, esposta con chiarezza sin dalla premessa, riflette e manifesta la difficoltà, ancora avvertita dagli autori contemporanei, di qualificare con nettezza un istituto dall'incerta natura: fenomeno giurisdizionale, perché volto a risolvere controversie, che però nello stesso tempo trova essenziale fondamento nella scelta delle parti di sottrarsi alla giurisdizione ordinaria. Né un contributo di chiarezza decisivo - osserva correttamente l'Autore - è venuto dalla profonda riforma legislativa del 2006: che, da un lato, ha escluso espressamente la qualifica di pubblici ufficiali in capo agli arbitri; ma, dall'altro, ha equiparato gli effetti del lodo a quelli della sentenza, prima ed a prescindere dall'*exequatur*. Tale ambiguità, che pone l'arbitrato sul confine tra diritto sostanziale e processuale, si avvertiva già negli studi più antichi. L'Autore ricostruisce con precisione l'evoluzione storica del complesso dibattito, raccogliendo ed ordinando i numerosi contributi in tre capitoli: il primo, dedicato alla scienza giuridica medievale e moderna; il secondo, che guarda al legislatore ottocentesco; l'ultimo, volto a ragionare sulla impostazione adottata dal codice di rito del 1940.

2. Spiega Ferri che già l'esperienza medievale conosceva la distinzione tra *arbiter ex compromisso* e *arbiter ex necessitate statuti*. L'uno, che appunto riposava per intero sulla volontà delle parti; l'altro, che invece appariva come fenomeno di natura giurisdizionale. Distinzione, profonda e radicata, che del resto si ritrova anche nelle pagine, più ordinate e sistematiche, degli studiosi cinque-secenteschi. Qui, Ferri passa opportunamente in rassegna l'esperienza delle numerose scuole, che hanno lasciato chiara traccia documentale dei propri studi.

Si muove dalla scuola di Salamanca, rappresentata dalle opere di Gomez e de Molina. Il secondo offre, in particolare, un contributo di grande chiarezza. Egli si fa espressamente a distinguere tra *arbiter iuris* e *arbiter compromissarium*, spiegando che il primo era arbitro imposto dal principe nello statuto, e al cui giudizio dunque le parti non potevano sottrarsi. Una sorta di arbitro-giudice, che spogliava l'istituto della matrice contrattuale, per farlo interamente rifluire nell'alveo della giurisdizione statale. Di segno radicalmente opposto, invece, l'altra figura, che ripeteva il proprio potere esclusivamente dal compromesso concluso tra le parti. Sarebbe, del resto, proprio tale figura, secondo i pratici tedeschi del XVI e XVII secolo, a riflettere e meglio manifestare l'intima essenza dell'istituto arbitrale. A sostegno della tesi, si legge nelle pagine degli autori germanici, starebbe anche l'inappellabilità della pronuncia degli arbitri: inappellabilità, che appunto

troverebbe ragione nella volontà delle parti di affidarsi, in tutto e per tutto, a quello specifico e individuo terzo, cui è demandata la risoluzione delle controversie.

Non meno incerte e problematiche sono anche le soluzioni, adottate dalle altre scuole, contemporanee a quelle già prese in esame. F. espone analiticamente le teorie elaborate dai pratici italiani e dalla scuola olandese, per guidarci fino alle elaborazioni di studiosi francesi. Qui, a chiusura del capitolo primo, si incontrano due autori, che già appaiono più noti e consueti allo studioso del diritto positivo: Jean Domat e Robert Joseph Pothier. Il primo, ragionando sulla norme del *code Louis* del 1667, tentò di disegnare una figura di arbitro unitaria che, sia pure per volontà delle parti, svolgeva però una funzione analoga a quella del giudice statale. La pagina di Domat, a ben vedere, pur segnalandosi per originalità e impegno sistematico, è però percorsa e non riesce a rimuovere l'ambiguità di fondo: egli, se anche assimila funzione di arbitro e giudice, non può però negare la diversa natura dei poteri dell'uno e dell'altro. L'arbitro ha potere per volontà delle parti; il giudice, è organo dello Stato. Più netta e radicale è, allora, la linea del Pothier. Egli non induce in distinzioni, né tenta di conciliare posizioni in evidente conflitto: per Pothier, l'arbitro è da assimilarsi al giudice, e l'istituto dell'arbitrato da ricondursi nell'ambito della giurisdizione dello Stato. Prima della grande opera di legislazione ottocentesca, la concezione privatistica della figura abbandona quindi la scena, in favore di una netta presa di posizione, a favore della natura giurisdizionale del fenomeno.

3. Con l'adozione dei codici ottocenteschi il panorama muta però ulteriormente. L'arbitrato trova via via collocazione in testi di legge ben più complessi e articolati, diventando così oggetto di trattazioni complete e sistematiche.

Per l'Autore, la prima esperienza con cui misurarsi è il codice di procedura civile francese del 1806. Codice, che dedica all'arbitrato un intero titolo, all'interno del quale parrebbero segnalarsi due norme: l'art. 1003, che consente a tutti i soggetti dell'ordinamento di compromettere in arbitri le proprie controversie; l'art. 1019, che obbliga gli arbitri a decidere secondo diritto a meno che, in via eccezionale, non siano autorizzati a comportarsi da "amichevoli compositori". Quest'ultima norma pose difficoltà interpretative ai commentatori successivi. Essa, infatti, sembrava spostare il problema dalla natura dell'arbitrato ai criteri di giudizio applicabili dagli arbitri. Non si discute più soltanto se il fenomeno sia di matrice statale o privata, quanto piuttosto del fatto che gli arbitri possano anche decidere non applicando il diritto. Appare, in semplici parole, una prima ed embrionale distinzione tra arbitrato rituale e irrituale. Il codice francese, come notò ad esempio Pigeau nel commento, assegnava sempre alle parti il potere se devolvere o meno ad arbitri le proprie controversie; ma, dava anche alle parti la possibilità di scegliere se gli arbitri dovessero decidere secondo diritto o in equità.

La linea fu ulteriormente approfondita dagli studiosi della Pandettistica. Puchta, ad esempio, distinse tra *Schiedsgericht*, che era il collegio arbitrale autorizzato a decidere controversie giuridiche; e *Schiedsgutachten*, che era invece un collegio incaricato dalle parti di determinare un elemento della fattispecie di natura sostanziale. Poco dopo, lo stesso Windscheid chiarì che il lodo di diritto avrebbe potuto anche avere efficacia di sentenza, purché riconosciuto dall'autorità statale. La distinzione tra arbitrato rituale e irrituale si andava così ancor più precisando: il primo, svolto secondo diritto, produceva un lodo, al quale lo Stato avrebbe anche potuto assegnare effetti di sentenza; il secondo, condotto in equità, aveva invece valore negoziale, essendo per certi versi assimilabile alla transazione.

I risultati raggiunti dalla Pandettistica furono accolti dal legislatore italiano del 1865. Il

nostro codice di rito, se da un lato ammettava la compromettibilità in arbitri delle controversie tra privati; dall'altro, rendeva necessaria la omologazione del lodo da parte dell'autorità statale. Effetti il lodo poteva produrre soltanto se munito di formula esecutiva statale. La successiva dottrina mostrò favore per la soluzione, appunto influenzata dagli autori tedeschi. Ne emergeva dunque un istituto liberamente accessibile alle parti, ma verso il quale il legislatore mostrava parziale disfavore: soltanto mercè l'autorità statale era infatti possibile rendere la decisione eseguibile nell'ordinamento.

4. Il quadrò cambiò grazie alla nota sentenza, resa dalla Corte di Cassazione di Torino il 27 dicembre 1904. Ferri giustamente mette l'accento sulla pronuncia, che ad oggi rappresenta ancora un chiaro punto di riferimento degli studi sul tema. La Corte si fece a chiaramente a distinguere tra arbitri di diritto e arbitri amichevoli compositori. Osservarono i giudici che le parti possono scegliere tra due alternative: se rimettere le proprie controversie alla decisione giurisdizionale, o se affidarle ad amichevoli compositori. Nel primo caso, si applicheranno sempre le norme di diritto, anche se a decidere siano arbitri; nel secondo caso, si sarà invece in presenza di una determinazione di natura contrattuale, che impegna le parti al pari di un negozio. L'alternativa sarà dunque tra giudizio e negozio, il primo ben potendo venire da arbitri, i quali decideranno però sempre secondo diritto.

La soluzione aprì la via ad un complesso e articolato dibattito, di cui l'Autore compie precisa ricostruzione. Si rammentano, in particolare, le posizioni di Bonfante, Satta, Ascarelli, Carnelutti. Posizioni, che tutte si misurano con l'ardua e complessa distinzione tra arbitrato rituale e irrituale, cui fece riferimento la Corte di Cassazione torinese. Si assiste così, volta per volta, al favore verso tesi che esaltano la natura transattiva dell'arbitrato, facendo leva sulla figura irrituale; o, ancora, all'adesione a teorie, che insistono sulla natura di giudizio dell'arbitrato, relegando la ipotesi irrituale ad un ruolo secondario e marginale. Il lettore potrà da sé apprezzare vivacità e serietà del dibattito, che richiama alla memoria nomi di grandi giuristi del recente passato. F. è abile nella sintesi, nonché assai chiaro nell'espone le linee essenziali delle singole tesi.

Resta da dire che, in certo modo, dubbi e perplessità furono sciolti dal legislatore codicistico del 1940, la cui disciplina, pur ampiamente riformata, è giunta fino ai giorni nostri. Il codice di rito non revocava in particolare dubbio la legislazione precedente e, di là dalla distinzione tra arbitrato rituale e irrituale, assegnava comunque centralità assoluta alla giurisdizione. Il lodo rituale, infatti, poteva eseguirsi solo in seguito all'*imprimatur* del giudice dello Stato. Numerose controversie erano poi sottratte alla cognizione degli arbitri, tra cui si segnalano quelle in materia di lavoro. Dunque, tranne che nel caso in cui le parti si rimettano ad amichevoli compositori, l'arbitrato del codice del 1940 appare assai simile ad un procedimento speciale. Lo Stato lo attira a sé, e in questo modo sembra risolvere l'antico dibattito intorno alla natura dell'istituto: natura di processo, il cui atto finale richiede il riconoscimento da parte dell'ordinamento statale.

5. La riforma del 2006, si è notato, ha in parte corretto questa impostazione, assegnando al lodo effetti di sentenza prima e a prescindere dall'*exequatur*. La nuova disciplina, se da un lato ha risolto dubbi interpretativi risalenti, dall'altro ha posto nuovi problemi: così, solo per rammentare alcuni esempi, ancora non del tutto chiara è la disciplina dell'arbitrato con pluralità di parti o, ancora, la possibilità di devolvere ad arbitri procedimenti speciali o cautelari. I nuovi problemi sono l'ulteriore segno di vitalità

dell'istituto, che ancora è per l'interprete fonte di approfondimento e studio. Sotto questo profilo, l'opera di Ferri appare allora davvero attuale. Egli ha indagato un tema che, lungi dall'essere ormai relegato a pagina di storia, è ancora vivo e attuale presso i nostri studi. Una ricognizione storica si mostra quindi assai utile, aiutando lo studioso contemporaneo nelle esegesi delle norme e nella ricerca delle soluzioni.

L'opera di Ferri, pur con un tratto essenziale e sintetico, si mostra completa e ricostruisce con ordine e precisione il succedersi di posizioni dottrinali e decisioni legislative. L'Autore è inoltre abile nel collocare le evoluzioni dell'istituto all'interno della diverse cornici storiche e sociali di riferimento. Il lettore può così intendere il rapporto tra arbitrato e modello di Stato e società in cui esso, volta per volta, si applicava. In definitiva, un'opera agile e chiara, la cui lettura andrebbe allargata ben oltre i confini degli studi storici.