

RELAZIONI FRA L'ARBITRATO E LE ALTRE FORME NON GIURISDIZIONALI DI SOLUZIONE DELLE LITI

Carmine PUNZI

SUMARIO: I. *Introduzione*. II. *L'arbitrato e le altre forme di risoluzione delle controversie alternative alla giurisdizione statale*. III. *La volontà delle parti nell'arbitrato e nelle altre forme di risoluzione delle controversie alternative alla giurisdizione ordinaria*. IV. *Il Patto compromissorio*. V. *Gli arbitri*. VI. *La disciplina dei rapporti tra arbitri e giudici*. VII. *Il Lodo Arbitrale*. VIII. *Le impugnazioni del lodo arbitrale*. IX. *Il Riconoscimento e L'esecuzione Dei Lodi Esteri*. X. *Allegato*.

I. INTRODUZIONE

1. *Delimitazione del campo d'indagine*. Lo stato attuale della materia dell'arbitrato e degli altri mezzi di risoluzione delle controversie alternativi alla giurisdizione statale si presenta, soprattutto nei sistemi c.d. di *civil law*, particolarmente fluido sia a livello di legislazione interna ai singoli Paesi, sia nell'elaborazione dottrinale.

In primo luogo si registrano istanze evolutive orientate alla creazione e alla sperimentazione, accanto all'arbitrato e agli altri istituti di più risalente tradizione, quali ad esempio la conciliazione e la transazione, di nuovi mezzi di soluzione delle controversie alternativi rispetto alla giurisdizione. Le ragioni di questo fenomeno, oltre che nella necessità di deflazionare il carico degli organi giurisdizionali, si possono rinvenire, soprattutto, nell'esigenza di una definizione tempestiva e non eccessivamente onerosa delle controversie, nell'opportunità di disporre di procedure di risoluzione più snelle ed elastiche, facilmente adattabili alle peculiarità del caso concreto, nonché, infine, nella tendenziale riservatezza della procedura di risoluzione.

Tali nuovi mezzi alternativi di soluzione delle controversie, insieme a quelli tradizionali, vengono usualmente ricondotti sotto l'acronimo, di origine anglosassone, ADR (*Alternative Dispute Resolution*).¹

Con questa espressione ci si riferisce, generalmente, a fenomeni eterogenei ma caratterizzati, sotto il profilo causale, dall'essere tutti finalizzati alla risoluzione delle controversie senza il ricorso alla giurisdizione dello Stato.² Siffatta categoria è probabilmente assimilabile a quella dei c.d. "equivalenti giurisdizionali",³ elaborata dalla dottrina italiana.

Su questo terreno gli operatori giuridici sono chiamati a confrontarsi con una regolamentazione legislativa in molti casi ancora in via di sperimentazione ed a raccordare sul piano sistematico i nuovi mezzi di risoluzione a quelli tradizionali. Quest'ultima opera si presenta, peraltro, non partico-

¹ Convenzionalmente, la nascita del movimento a favore della diffusione dei metodi alternativi viene fatta coincidere con un evento culturale considerato come un fondamentale punto di svolta nell'analisi dei problemi relativi alla giustizia civile statunitense. Questo evento è una conferenza svoltasi nel 1976, presso l'*American Bar Association*, nel corso della quale Roscoe Pound, uno dei "padri fondatori" del diritto statunitense, tenne una relazione sul tema "The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice", incentrata sul rilievo della necessità di promuovere forme alternative di risoluzione delle liti, al fine di sottrarre alle Corti alcune categorie di controversie, da affidare ad organi di decisione estranei all'apparato giurisdizionale. La relazione è pubblicata in *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future*, a cura di Levin e Wheeler, St. Paul, 1979, pp. 337 ss.

² È difficile fornire una esatta delimitazione della categoria delle ADR, data la mancanza di una definizione normativa di ADR, non solo a livello di convenzioni internazionali, ma anche di legislazione nazionale dei paesi di *common law* nei quali il fenomeno è nato ed è maggiormente diffuso. Un interessante tentativo definitorio si rinviene oggi nel *Libro Verde* che la Commissione europea ha pubblicato in data 19 aprile 2002 (Com, 2002, 196) con l'obiettivo "di avviare un'ampia consultazione degli ambienti interessati su un certo numero di questioni di ordine giuridico che si pongono nel campo della risoluzione alternativa delle controversie in materia civile e commerciale", nonché nel correlato Parere del Comitato economico e sociale europeo, pubblicato in data 8 aprile 2003. Si legge, infatti, *sub* 1.1, 2, del *Libro Verde* adottato dalla Commissione europea in data 19 aprile 2002, che "i modi alternativi di risoluzione delle controversie, ai sensi del presente *Libro Verde*, designeranno ... le procedure non giurisdizionali di risoluzione delle controversie condotte da una parte terza neutrale, ad esclusione dell'arbitrato propriamente detto", e, *sub* 1.1. del Parere, che "i cosiddetti ... ADR ... costituiscono una procedura amichevole con la quale un terzo, neutro e indipendente, cerca di mettere d'accordo le parti e di pervenire ad una soluzione che compone la loro controversia".

³ La categoria degli "equivalenti del processo civile", nella quale far confluire arbitro, rinuncia, riconoscimento, conciliazione e transazione, è stata proposta da Carnelutti, *F., Istituzioni del processo civile italiano*, 5 I, Roma 1956, 60.

larmente agevole, tenuto conto che anche gli strumenti alternativi “classici” sfuggono ad una chiara collocazione sistematica.

Proprio con riferimento all'arbitrato, istituto largamente diffuso su scala mondiale ed avente una più strutturata e consolidata tradizione giuridica, in una prospettiva di comparazione fra i vari sistemi, continuano infatti a riscontrarsi, almeno apparentemente, aspetti di ambivalenza ed oscillazione, circa la sua natura e l'efficacia del relativo *dictum*, in particolare sotto l'angolo visuale dei rapporti dello stesso istituto con i mezzi di risoluzione negoziale delle controversie e con l'esercizio della giurisdizione statale. Connessa a tale problematica è la questione, comunemente intesa come squisitamente italiana, relativa alla dicotomia fra l'arbitrato c.d. rituale o giurisdizionale, disciplinato dalla normativa del codice di rito, e l'arbitrato c.d. irrituale o negoziale.

Ciò premesso, si comprende appieno l'interesse suscitato dal tema dei rapporti tra l'arbitrato e le altre forme non giurisdizionali di soluzione delle liti, suscettibili di essere indagati non solo e non tanto dal punto di vista funzionale, ma anche e soprattutto dal punto di vista della loro ricostruzione concettuale e del loro inquadramento sistematico all'interno della vasta categoria dei c.d. equivalenti giurisdizionali.

In questa prospettiva, la relazione affronta innanzitutto il problema della individuazione degli elementi differenziali tra i vari mezzi alternativi di composizione o risoluzione delle controversie, sia al loro interno che rispetto alla giurisdizione statale. Quest'analisi richiederà in particolare la definizione dei limiti delle aree dell'arbitrato —eventualmente delle varie forme di arbitrato previste— e della conciliazione, così come degli altri equivalenti giurisdizionali (capitolo II).

Individuati i vari mezzi alternativi di risoluzione delle controversie, ci si soffermerà poi sul problema della rilevanza riconosciuta nei vari ordinamenti alla volontà delle parti nella scelta di tali mezzi (capitolo III).

La parte centrale della relazione si concentrerà invece in modo particolare sulla disciplina dell'arbitrato, sicuramente il più rilevante e diffuso tra gli equivalenti giurisdizionali. Il discorso muoverà dall'individuazione del possibile oggetto del patto compromissorio e dei suoi effetti (capitolo IV), per abbracciare alcuni aspetti del procedimento arbitrale, con particolare attenzione alla figura degli arbitri (capitolo V) ed ai loro rapporti con i giudici dello Stato (capitolo VI), e si concluderà con un'analisi incentrata sul contenuto, sugli effetti e sulla natura del *dictum* degli arbitri (capitolo VII), nonché sui rimedi previsti contro di esso (capitolo VIII).

L'ultima parte della relazione è infine dedicata alla disciplina del riconoscimento e dell'esecuzione dei lodi esteri (capitolo IX).

2. *Relazioni nazionali.* La preparazione di questa relazione è stata possibile grazie all'esperienza e all'encomiabile lavoro dei Relatori nazionali, i quali hanno fornito contributi approfonditi e preziosi, che vengono di seguito elencati secondo l'ordine alfabetico delle nazioni che rappresentano: Christoph Liebsher per l'Austria; Alphonse Kohl per il Belgio; Eva Smith per la Danimarca; Thomas Clay per la Francia; Gerhard Walter per la Germania; Yasuhei Taniguchi per il Giappone; Stelios Koussoulis per la Grecia; Smadar Ottolenghi per Israele; Antonio Briguglio e Giuseppe Ruffini per l'Italia; Gonzalo Uribarri Carpintero per il Messico; Mieczyslaw Sawczuk per la Polonia; José Lebre Freitas per il Portogallo; Alena Macková per la Repubblica Ceca; Silvia Barona Vilar per la Spagna; Gerhard Walter e Christoph Brunner per la Svizzera; Ergun Özsunay per la Turchia,⁴ Ass. Zsuzsa Wopera per l'Ungheria; Jaime Greif per l'Uruguay; Mariolga Quintero Tirado e Mario Pesci Feltri Martínez per il Venezuela.⁵

A tutti i Relatori nazionali —d'intesa con Keith Uff dell'Università di Birmingham, Relatore generale insieme a me sul tema dei Rapporti tra l'arbitrato e le altre forme non giurisdizionali di risoluzione delle controversie— era stato previamente inviato un questionario con indicazione delle linee problematiche delle quali si riteneva opportuno l'approfondimento, che viene allegato in calce alla presente relazione.

Nella stesura di questa relazione generale ci si è pertanto in gran parte basati sulle risposte fornite dai Relatori nazionali alle domande proposte nel questionario. Per tale motivo le citazioni in nota, ove non diversamente specificato, devono intendersi effettuate ai testi delle relazioni nazionali

⁴ Ergun Özsunay ci ha gentilmente inviato anche un suo contributo intitolato "*Turkish international arbitration act 2001 (its structure and salient features)*", redatto in collaborazione con R. Murat Özsunay, relazione nazionale turca per il Congresso tenutosi in occasione del cinquantesimo anniversario della Camera di Arbitrato presso la Camera di Commercio e Industria Bulgara, tenutosi a Sofia dal 12 al 14 settembre del 2003.

⁵ Dal Venezuela ci è stato gentilmente inviato anche un contributo intitolato "*Presente y futuro del arbitraje en Venezuela*", del Prof. Alberto Baumeister Toledo, relazione presentata al XVI Congresso Latinoamericano di Diritto Processuale, tenutosi nell'Ottobre del 2000 in Costa Rica.

pervenuti entro il 15 luglio 2003, con indicazione, ove esistenti, dei rispettivi paragrafi.

II. L'ARBITRATO E LE ALTRE FORME DI RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE ALTERNATIVE ALLA GIURISDIZIONE STATUALE

3. *L'arbitrato e gli altri tradizionali strumenti alternativi di risoluzione delle controversie (transazione e conciliazione)*. Ai fini di una riflessione sul fenomeno arbitrale e sulla composizione delle controversie con mezzi alternativi alla giurisdizione statale, pur senza prescindere dalle peculiarità dei vari ordinamenti, può muoversi dall'osservazione preliminare secondo cui tali strumenti costituiscono una manifestazione logica e addirittura primordiale dell'autonomia delle parti: se infatti appare essenziale al nascere dello Stato moderno il monopolio della forza nell'attuazione coattiva dei diritti e se può apparire essenziale il monopolio del potere legislativo, non altrettanto essenziale è l'affermazione del monopolio del diritto, nella misura in cui non sia coinvolto un interesse superindividuale ovvero, in senso lato, di ordine pubblico.

A ben guardare, non sembra che il diritto possa esaurirsi nella formulazione da parte del legislatore di precetti generali e astratti che, come tali, restano lontani e sganciati dai molteplici, concreti, casi della vita, né che esso debba necessariamente e *in toto* confluire nell'alveo che da quel precepto conduce sino alla pronuncia dei giudici dello Stato.

L'ordinamento giuridico postula una costante esigenza di realizzazione nel concreto sia sotto il profilo soggettivo, ossia fra due o più soggetti determinati, sia sotto il profilo oggettivo, ossia in relazione ad un determinato episodio di vita.

Il concretamento dell'ordine giuridico può avvenire, senza che si avverta il bisogno di tutela giurisdizionale e dunque prescindendo dall'intervento del giudice dello Stato, laddove siano i soggetti stessi a dare spontanea attuazione al precetto normativo, ovvero laddove le parti, dinanzi all'insorgenza di un conflitto, impegnandosi in un'opera di buona volontà, compungano la lite al di fuori delle aule di giustizia, stipulando ad esempio una transazione o un compromesso ovvero chiedendo ad un terzo conciliatore l'elargizione di un *consilium* per porre fine alla lite.

Si può infatti riscontrare nei vari ordinamenti nazionali che, in relazione all'area dei diritti liberamente disponibili e salve le ulteriori ipotesi escluse

dalle singole legislazioni, le parti, in virtù dei poteri di autonomia privata ad esse riconosciuti e con una manifestazione di volontà, possono porre in essere degli atti tendenti a comporre o a rimuovere in via preventiva le controversie, escludendo il ricorso alla giurisdizione dello Stato.⁶ Tali strumenti alternativi sono posti su un arco delimitato da un lato dallo strumento tipico di autocomposizione —o composizione diretta— della controversia, che è la transazione, e dall'altro da quello tipico di eterocomposizione, che è l'arbitrato.

Attraverso la transazione, che si struttura secondo lo schema dell'*aliquid datum, aliquid retentum*, le parti, essendo disposte a sopportare reciproche rinunce e concessioni, compongono direttamente il conflitto, e quasi lo estinguono, raggiungendo una soluzione più o meno mediana rispetto alle pretese iniziali.

Come le parti possono transigere la lite, così esse, egualmente sul terreno ed entro i confini dell'autonomia negoziale, attraverso la stipulazione del patto compromissorio, possono consensualmente deferire a dei privati, gli arbitri, il potere di giudicare e decidere la controversia; tuttavia, a differenza di quanto avviene con la transazione, mediante l'arbitrato la lite non viene superata per opera diretta delle parti, né con la ricerca o con il raggiungimento di una soluzione intermedia, poiché le parti *apud arbitros* non dismettono mai le proprie pretese ed opinioni, ma postulano il raggiungimento di una soluzione giusta secondo diritto o secondo equità.

Tanto nell'una quanto nell'altra ipotesi, le parti conseguono un primo fondamentale risultato, quello di escludere l'esercizio dell'azione dinanzi al giudice dello Stato e, sotto questo particolare aspetto, esse, anche quando stipulano il patto compromissorio, hanno già composto la lite, giacché *iudicium redditur in invitum, compromissum non redditur in invitum*.

In una posizione intermedia fra questi due strumenti si colloca la conciliazione: essa è diversa dall'arbitrato, perché costituisce uno strumento di composizione diretta della lite ad opera delle stesse parti, nella quale la soluzione della controversia non è rimessa al giudizio e alla decisione di un terzo arbitro; ma è altresì diversa dalla transazione, perché, se quest'ultima si perfeziona con il mero incontro della volontà delle parti, lontano dagli occhi più o meno discreti dei terzi, la conciliazione, viceversa, ri-

⁶ Sul rapporto fra disponibilità dei diritti, transigibilità e compromettibilità delle controversie, *cf. infra*, § 12.

chiede ancora l'incontro della volontà delle parti, ma con la presenza e l'intervento di un terzo, il conciliatore, il quale, valutate le contrapposte posizioni delle parti e individuata la giusta composizione della controversia, su queste basi offre alle parti il suo *consilium* e provoca il *concilium*, ossia l'aggregazione e l'incontro della volontà delle parti, pervenendosi così alla conciliazione.⁷

Se pertanto si approfondisce il ruolo del conciliatore e lo si confronta con quello dell'arbitro, si può osservare che nell'arbitrato la manifestazione e l'incontro delle reciproche volontà delle parti litigiose avvengono nella fase iniziale (*antea*) e si sostanziano nella stipulazione del patto compromissorio precedendo così l'intervento dell'arbitro, che cade nella fase successiva (*postea*) e si concreta nella decisione della controversia; nella conciliazione, per contro, l'intervento del terzo si ha inizialmente (*antea*) e si sostanzia in un consiglio che il terzo offre alle parti, con l'invito ad uniformarvisi, laddove le manifestazioni di volontà delle parti intervengono successivamente (*postea*) e sono guidate dal consiglio del terzo.

Da questo punto di vista, si può sottolineare⁸ che, se l'arbitrato costituisce un modo di risolvere le controversie attraverso una decisione vincolante, pronunciata all'esito di un giudizio, con la conciliazione, invece, le parti chiedono ad un terzo o a un Collegio di prestare loro assistenza affinché esse possano raggiungere una definizione amichevole della controversia, senza tuttavia che detto terzo o detto Collegio, anche nelle ipotesi di conciliazione svolgentesi in sede contenziosa davanti ad un magistrato, abbiano l'autorità di imporre alle parti una soluzione vincolante.

4. *Arbitrato e giurisdizione statale. Il dilemma della negoziabilità o giurisdizionalità dell'arbitrato.* Tali generali premesse consentono di mettere in luce sia il carattere differenziale, quanto a funzione e struttura, dell'arbitrato rispetto ai negozi transattivi e alla conciliazione o mediazione, sia la stessa origine del problema relativo alla natura del giudizio arbitrale e all'efficacia negoziale o giurisdizionale del relativo lodo.

⁷ Per tali considerazioni mi permetto di rinviare a Punzi C., *Conciliazione e arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, 1028 ss. e Id., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova 2000, I, pp. 46 ss. Il tema dei rapporti fra conciliazione ed arbitrato nei vari ordinamenti sarà ripreso, *infra*, §§ 8 e 11.

⁸ Sul punto, Germania, Walter G., § 11 e Svizzera, Walter G. Brunner C., § 11.

Come già si è anticipato, presso tutti gli ordinamenti si ammette che le parti possano compromettere in arbitri le loro controversie, affidando a dei privati il potere di pronunciare una decisione con effetto vincolante per la loro sfera giuridica.⁹ Sono anzi gli stessi ordinamenti a dettare una puntuale disciplina dell'istituto, regolandone forme, termini ed effetti.

Dall'esame comparativo dei vari sistemi risulta che, in ciascuno di essi, attraverso l'opzione per l'arbitrato, da un lato le parti non chiedono che l'unico arbitro o il Collegio compia un atto meramente dispositivo o transattivo sulla *res controversa*, recante le tracce dell'*aliquid datum*, *aliquid retentum*, ma postulano un giudizio privato —svolgentesi con la garanzia del contraddittorio e della parità delle armi— il quale abbia esito in una decisione giusta secondo diritto o secondo equità,¹⁰ dall'altro esse non conferiscono agli arbitri il mero potere di elargire un *consilium*, bensì il potere di formulare una decisione e un comando.

La struttura processuale e la funzione decisoria dell'arbitrato non sono delle ipostatizzazioni astratte cui fare riferimento a scopo meramente classificatorio, ma sono elementi ricavabili, oltre che dalla concreta esperienza degli arbitrati, anche dalla regolamentazione dettata nei vari ordinamenti dai codici di rito ovvero da altre leggi processuali. Molteplici sono i dati testuali da cui si evince con chiarezza la portata di decisione vincolante del *dictum* arbitrale:¹¹ in taluni casi soccorre la indicazione esplicita del lodo come verdetto o come decisione,¹² in altri casi essa emerge dall'uso della locuzione sentenza arbitrale o sentenza definitiva e vincolante,¹³ ciò che indubbiamente sollecita una riflessione sul senso e sui limiti dell'assimilazione del lodo arbitrale alla sentenza del giudice statale.

⁹ In ordine alla compromettibilità delle controversie, *Cfr. infra*, § 12.

¹⁰ Per questi rilievi concernenti il binomio arbitrato-processo, *cfr.*, con riferimento all'esperienza e all'elaborazione dottrinale italiana, fra gli altri, Carpi, F., "Profili del contraddittorio nell'arbitrato", *Riv. arb.*, 2002, pp. 1 ss.; Fazzalari, E., "I processi arbitrati nell'ordinamento italiano", *Riv. dir. proc.*, 1968, pp. 459 ss.; *Id.*, "Fondamenti dell'arbitrato", *Riv. arb.*, 1995, pp. 1 ss.

¹¹ Al riguardo, *cfr. infra*, § 31.

¹² *Cfr.* Grecia, Koussoulis, S., § 13; Venezuela, Quintero Tirado, M. Pesci Feltri Martínez, M., § 10; Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 8.3 a proposito dell'arbitrato c.d. irrituale previsto dal codice della navigazione e dell'arbitrato c.d. irrituale in materia di lavoro, di cui agli artt. 412-ter e 412-quater c.p.c.

¹³ *Cfr.*, ad esempio, Austria, Liebscher, C., § 13; Francia, Clay, T., §13; Germania, Walter, G., §13; Giappone, Taniguchi, Y., § 13; Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 13, con riferimento ai dati testuali contenuti nel codice di rito italiano anteriormente alla riforma del 1994.

Il dilemma della giurisdizionalità o negozialità che squisitamente caratterizza l'arbitrato rispetto agli altri mezzi di risoluzione delle controversie è, per così dire, il riflesso del modo di intendere, come intimamente contraddittoria, la funzione di esso quale “giudizio privato”, che mette capo ad una decisione della lite: nella prospettiva di una ricostruzione storica dell'istituto si può rilevare che, presso talune elaborazioni dottrinali, specialmente di ambiente italiano, sul postulato che l'attività di giudizio e di decisione sia compito esclusivo degli organi giurisdizionali, si osservava che il legislatore, regolamentando l'istituto con norme processuali, avesse inteso ricondurre l'attività degli arbitri nel solco della giurisdizione, pervenendo all'equiparazione dell'efficacia del lodo all'efficacia della sentenza e in ultima analisi all'adozione del *dictum* arbitrale da parte dell'ordinamento statale.¹⁴

Per un verso l'inclusione dell'arbitrato fra i procedimenti speciali disciplinati dal libro quarto del codice di rito italiano del 1940 —codice di ispirazione autoritaria e radicato nel pregiudizio del monopolio statale del diritto— e per un altro la esasperata processualizzazione dell'istituto hanno infatti accreditato per lungo tempo in dottrina e in giurisprudenza la convinzione che il legislatore, non potendo disconoscere la realtà dell'arbitrato, avesse inteso operarne la riduzione entro l'ambito giurisdizionale, quasi dettando le regole per la costruzione di una sentenza al di fuori dell'organizzazione dello Stato e attribuendo esplicitamente al lodo munito dell'*exequatur* giudiziale l'efficacia di sentenza (locuzione quest'ultima poi espunta dal codice di procedura civile italiano a seguito della novella del 1994).

Peraltro, anche nell'orizzonte della contemporaneità, nel quale l'esperienza del monopolio statale del diritto si è andata stemperando in favore di una visione più liberale e democratica dell'ordinamento, il dualismo fra contrattualità e giurisdizionalità dell'arbitrato sembra non acquietarsi: attualmente, in una prospettiva antitetica a quella che ha storicamente caratterizzato il dibattito del passato, alla posizione di coloro che rivendicano il fondamento e la portata rigorosamente negoziale del fenomeno arbitrale in

¹⁴ Per una lettura critica circa l'atteggiamento di diffidenza mostrato dal legislatore italiano del 1940 e le scelte disciplinari da esso operate, restano insuperabili le pagine di Satta, S., *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 2, Milano, 1971, *sub* art. 806 c.p.c., pp. 166 ss.

quanto espressione di una scelta di libertà e civiltà contro forzature pubblicistiche,¹⁵ si obietta che, proprio al fine di riconoscere pienezza ai poteri dell'autonomia privata, si dovrebbe ammettere che anche gli arbitri esercitano una forma di giurisdizione, sia pure privata e alternativa a quella statale, e che il loro *dictum* è in tutto equiparabile a quello del giudice togato.¹⁶

Negli ordinamenti che accolgono, almeno apparentemente, l'assimilazione tra arbitrato rituale, ossia disciplinato da leggi processuali, e giurisdizione, i rapporti fra l'uno e l'altra sono stati letti su un duplice piano: quello della esistenza di norme procedurali che, imponendo forme e termini, canalizzano l'attività degli arbitri e quello del conferimento al lodo dell'efficacia di sentenza e, in ultima analisi, della idoneità al giudicato.

Tale equiparazione sembra accomunare molti sistemi giuridici: come si avrà modo di illustrare in maniera più analitica in seguito,¹⁷ oltre che in numerosi ordinamenti,¹⁸ nei quali la legge stessa espressamente conferisce al lodo l'efficacia di una sentenza definitiva e vincolante o l'effetto di una sentenza irrevocabile ovvero consente l'attribuzione al lodo della forza di *res iudicata*, anche altrove¹⁹ si descrive in modo analogo l'efficacia del *dictum* arbitrale ovvero si ritiene che gli arbitri esercitino la *iurisdictio*.

¹⁵ Al riguardo, mi permetto di rinviare a Punzi, C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., I, pp. 62 ss.; *Id.*, in Satta, S., Punzi, C., *Diritto processuale civile*, Padova 2000, pp. 883 ss. Si vedano anche i rilievi svolti da Ruffini, G., "Le Sezioni Unite fanno davvero chiarezza sui rapporti fra arbitrato e giurisdizione?", *Corr. giur.*, 2001, pp. 56 ss., 63.

¹⁶ In tal senso, Ricci, E. F., "La Cassazione insiste sulla natura 'negoziale' del lodo arbitrale. Nuovi spunti critici", *Riv. dir. proc.*, 2002, pp. 1239 ss., 1241 s.; Verde, G., "Sul monopolio dello Stato in tema di giurisdizione", *Riv. dir. proc.*, 2003, pp. 371 ss., 384.

¹⁷ Vedi *infra*, § 31.

¹⁸ *Cfr.* Austria, Liebscher, C., § 13; Francia, Clay, T., § 13, in cui si dà conto del fatto che l'ordinamento francese attribuisce al lodo l'autorità di cosa giudicata; Germania, Walter, G., § 13; Giappone, Taniguchi, Y., § 13; Grecia, Koussoulis, S., §§ 14, 15.1-15.2; Israele, Ottolenghi, S., § 13, salvo che le parti escludano il conseguimento della *res iudicata*; Spagna, Barona Vilar, S., § 15; Svizzera, Walter, G., Brunner, C., § 13; Ungheria, Wopera, Z., §§ 13 e 15; Venezuela, Quintero Tirado, M., Pesci Feltri, Martínez, M., §§ 12.1 e 12.3.

¹⁹ *Cfr.* Portogallo, Lebre Freitas, J., § 13; Repubblica Ceca, Macková, A., § 13; Uruguay, Greif, J., § 8.1, in cui si afferma che la legge ha conferito agli arbitri facoltà simili a quelle attribuite agli organi giurisdizionali e che essi possiedono la *iurisdictio*, quantunque nel successivo § 15.3 l'equiparazione del lodo ad una sentenza sembra essere colta sotto il profilo dell'idoneità del lodo a costituire titolo esecutivo, fermo restando che lo stesso avrebbe fondamento e natura di negozio giuridico.

Di contro, in altri Paesi si esclude che il lodo, pur essendo suscettibile di effetti esecutivi, abbia un'efficacia pienamente assimilabile a quella di una sentenza del giudice dello Stato e sia idoneo al giudicato materiale.²⁰

Per quanto riguarda l'ordinamento italiano —nel quale la discussione intorno all'efficacia del lodo rinvia al diverso problema dell'esistenza e dell'attualità accanto all'arbitrato rituale dell'arbitrato irrituale o libero—²¹ si deve ricordare che la portata giurisdizionale dell'arbitrato rituale, la quale sino alla riforma del 1994 sembrava trovare un fondamento testuale positivo nelle locuzioni di “sentenza arbitrale” e di “efficacia di sentenza” adoperate per designare il regime del lodo munito dell'*exequatur* giudiziale, è stata recentemente messa in discussione dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione che, in linea con l'opinione di una parte della dottrina,²² ha

²⁰ Cfr. Danimarca, Smith, E., §§ 13 e 14, secondo la quale il lodo è paragonabile ad un contratto, stipulato tra le parti su base volontaria e giuridicamente vincolante, e secondo cui sembra stabilirsi un *continuum* logico fra efficacia del lodo, efficacia della sentenza ed efficacia della transazione; Polonia, Sawczuk, M., §§ 8.2, 13 e 15.3; Uruguay, Greif, J., § 15.3, secondo cui l'equiparazione del lodo ad una sentenza sembra essere colta sotto lo specifico profilo dell'idoneità del lodo a costituire titolo esecutivo, fermo restando che il *dictum* degli arbitri avrebbe fondamento e natura di negozio giuridico.

²¹ Cfr. *infra*, §§ 5 e 7.

²² Con riferimento all'ordinamento italiano ed in particolare alla portata delle innovazioni introdotte dalla riforma del 1994 —per effetto delle quali la locuzione “sentenza arbitrale”, con cui anteriormente si indicava il regime del *dictum* arbitrale omologato, è stata sostituita nelle norme del codice dalla parola “lodo”— è stato affermato che è ormai possibile riconoscere sia sul piano della natura, sia sul piano degli effetti che il lodo è un atto che nasce e resta nell'area dell'autonomia dei privati: Punzi, C., *Disegno sistematico dell'arbitrato, cit.*, II, pp. 76 ss., pp. 85 ss.; Ruffini, G., “Efficacia di sentenza” del lodo arbitrale ed impugnazione incidentale per nullità”, *Riv. arb.*, 2000, pp. 463 ss., 471. V'è da dire peraltro che le modifiche apportate dalla novella del 1994 sono state variamente interpretate dalla dottrina italiana, presso la quale l'inquadramento rigorosamente negoziale dell'istituto non è unanime, prospettandosi anche diverse opinioni. Infatti una parte della dottrina, che già dopo la riforma del 1983 aveva sostenuto la parificazione del *dictum* arbitrale alla sentenza del giudice togato, afferma che la riforma in parola avrebbe definitivamente chiarito che il lodo, fin dal momento della sottoscrizione, è a buon titolo sentenza del giudice non togato: così, Ricci, E. F., “L' 'efficacia vincolante' del lodo arbitrale dopo la legge n. 25 del 1994”, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, pp. 809 ss., 819; inoltre, secondo un'opinione per così dire intermedia, che pure muove da una solida base privatistica, si sostiene che il lodo —pur senza mai perdere la propria natura negoziale, neppure dopo l'omologazione da parte del giudice dello Stato— subisce tuttavia un potenziamento della sua efficacia sostanziale per effetto dell'emanazione del decreto di esecutività, termine ellittico, suscettibile di comprendere gli attributi della imperatività e dell'autorità di giudicato propri della sentenza: così, Fazzalari, E., *L'arbitrato*, Torino, 1997, pp. 20 ss. Per ulteriori riferimenti, cfr. *infra*, § 5, nota n. 58.

ricosciuto all'arbitrato rituale la natura di procedimento ontologicamente alternativo all'esercizio della giurisdizione e ne ha sottolineato il fondamento negoziale.²³

Dalla comparazione fra i vari sistemi sembrerebbe risultare, ad un primo avvicinamento, che essi, nella quasi totalità, siano monisticamente orientati nel senso della ammissibilità del solo arbitrato rituale, avente valore giurisdizionale, laddove la contrapposizione fra l'arbitrato rituale e l'arbitrato irrituale sarebbe esclusiva e tipica dell'ordinamento italiano.²⁴

Tuttavia, di là da quanto pare si possa evincere in base al tenore letterale dei dati normativi espressi nei vari ordinamenti, il problema dell'inquadramento teorico dell'istituto arbitrale tra contrattualità e giurisdizione appare meritevole di approfondimento critico anche alla luce di ulteriori elementi emergenti da un'analisi di più ampio e complessivo respiro.

In primo luogo, come si dirà più diffusamente in prosieguo,²⁵ presso molti ordinamenti si tende ad escludere che la decisione degli arbitri, anche quando non sia più invalidabile con le azioni ordinarie per il decorso dei termini previsti dalla legge, possa produrre effetti incontrovertibili, e dunque analoghi a quelli di una sentenza passata in giudicato, laddove essa sia stata resa in assenza di un accordo compromissorio, verta su materie non compromettibili, ovvero contenga statuizioni contrarie all'ordine pubblico.²⁶

²³ Il nuovo indirizzo giurisprudenziale è stato inaugurato da Cassazione, Sezioni Unite, 3 agosto 2000, n. 527, in *Corr. giur.* 2001, pp. 51 ss., con commenti di Ruffini, G. e Marinelli, M., e postilla di Consolo, C., *Le Sezioni Unite fanno davvero chiarezza sui rapporti fra arbitrato e giurisdizione?*, pp. 54 ss.; in *Riv. dir. proc.*, 2001, pp. 254 ss., con nota di Ricci, E. F., *La natura dell'arbitrato rituale e del relativo lodo: parlano le Sezioni Unite*, pp. 259 ss.; *Riv. arb.*, 2000, pp. 699 ss., con nota di Fazzalari, E., *Una svolta attesa in ordine alla "natura" dell'arbitrato*, pp. 704 ss.; in *Giust. civ.*, 2001, I, pp. 761 ss. con nota di Monteleone, G., *Le Sezioni Unite della Cassazione affermano la natura giuridica negoziale e non giurisdizionale del c.d. "arbitrato rituale"*, pp. 764 ss.

²⁴ Anche l'ordinamento spagnolo sembra aver attraversato il dissidio dell'esistenza di due forme arbitrali, una rituale e l'altra c.d. libera o irrituale, giacché per un verso la Legge di Arbitrato espressamente prevede che per essere valido l'arbitrato deve essere conforme alla prescrizioni della stessa legge e per altro verso essa sembra riconoscere efficacia giuridica al *dictum* irrituale che venga posteriormente convalidato dalle parti, con ciò venendo snaturata l'essenza e la struttura del processo arbitrale: *cf.* Spagna, Barona Vilar, S., §§ 8.1 e 8.2.

²⁵ Vedi ancora *infra*, § 31.

²⁶ *Cfr.* Austria, Liebscher, C., § 15.3; Giappone, Taniguchi, Y., §§ 15.2 e 15.3, in cui si afferma che in tali casi l'effetto di cosa giudicata di un lodo è più debole rispetto ad una sentenza di un tribunale dello Stato; Repubblica Ceca, Macková, A. § 15.3; Spagna, Barona Vilar, S., § 15.3, secondo cui la sanatoria di un vizio del lodo per mancata impugnazione

Inoltre presso taluni ordinamenti si esclude che nelle medesime ipotesi il lodo sia eseguibile, prevedendosi al riguardo, in taluni casi, che il giudice dello Stato, chiamato a conferire l'efficacia esecutiva al lodo, possa rifiutare anche d'ufficio di dichiararlo eseguibile ovvero che detti motivi di nullità siano deducibili in sede di esecuzione.²⁷

Tali rilievi pertanto accrescono i dubbi circa la legittimità di una integrale equiparazione della pronuncia degli arbitri ad una sentenza: dalle singole previsioni dei vari ordinamenti sembra potersi escludere che il lodo non più impugnabile sia idoneo a produrre, dal punto di vista sostanziale, un accertamento assolutamente incontrovertibile, in grado di trasmutare *de albo nigrum*, al pari di una sentenza passata in giudicato.

A ciò peraltro può aggiungersi che in taluni ordinamenti —e fra questi anche in quelli che sembrano ricondurre l'arbitrato nel solco della giurisdizione mediante l'attribuzione al lodo dell'efficacia della sentenza— si prevede espressamente che l'autorità di *res iudicata* pertenga anche alla transazione, negozio di autocomposizione della controversia del quale non si è mai preteso di ravvisare un fondamento giurisdizionale o para-giurisdizionale.

appare una soluzione non facilmente accettabile laddove si tratti di lodo pronunciato su materia non compromettibile ovvero di lodo contrario all'ordine pubblico; Uruguay, Greif, J., § 15.3, in cui l'equiparazione del lodo non impugnato alla sentenza passata in giudicato formale viene affermata in quanto il lodo è suscettibile di esecuzione forzata; Venezuela, Quintero Tirado, M., Pesci Feltri Martínez, M., § 12.3. *Cfr.* anche Svizzera, Walter, G., Brunner, C., § 15.3.2, in cui si riferisce l'opinione secondo la quale, nel caso di lodo in materia non arbitrabile o di grave violazione dell'ordine pubblico, esso sarebbe nullo ed insuscettibile di efficacia giuridica. Per analoghe considerazioni, Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 15.3, in cui si rileva che l'equiparazione degli effetti sostanziali del lodo a quelli di una sentenza, pur propugnata da una parte della dottrina, comporta il non trascurabile inconveniente di consentire alle parti di conseguire irrimovibilmente, per mezzo dell'arbitrato, quegli effetti contrari all'ordine pubblico non altrimenti conseguibili in via negoziale; Ruffini, G., "*Efficacia di sentenza*" del lodo arbitrale ed impugnazione incidentale per nullità, *cit.*, 470. Ci si permette di rinviare anche a Punzi, C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, *cit.*, II, 202, per il rilievo che la sovrapposizione al lodo dell'idoneità al giudicato materiale porterebbe all'assurdo di rendere stabile per decorso del termine annuale di impugnazione del lodo un effetto che l'ordinamento vieta alle parti di ottenere sia con una manifestazione diretta di volontà, sia con l'intervento degli arbitri.

²⁷ *Cfr.* Germania, Walter, G., § 21; Giappone, Taniguchi, Y., § 15.3; Messico, Uribarri Carpintero, G., § 15.3; Portogallo, Lebre Freitas, J., § 15.7; Spagna, Barona Vilar, S., § 15.3; Svizzera, Walter, G., Brunner, C., § 15.3, in cui, in relazione alle ipotesi di cui al testo, si riferisce la non idoneità del lodo a produrre alcun effetto giuridico. In argomento, *cfr. infra*, §§ 31 e 32.

zionale: se ne trovano riscontri negli ordinamenti di Francia, Polonia, Uruguay e Venezuela.²⁸

Tali osservazioni possono indurre a dubitare che con le espressioni di *res iudicata* o di efficacia di sentenza i legislatori nazionali intendano indicare propriamente l'attitudine del lodo a conseguire quelle particolari qualità della irretrattabilità e della incontrovertibilità, che sono proprie dell'accertamento giurisdizionale; sembra invece percorribile l'ipotesi che con il nominale riferimento al giudicato si intenda sancire, rispetto alle parti ed entro i limiti dell'autonomia privata, l'efficacia vincolante del contenuto della risoluzione negoziale della controversia, in guisa che le parti che hanno compromesso la controversia sono tenute a rispettare il *dictum* e il comando degli arbitri.²⁹ E se l'etimologia delle parole, come l'eziologia dei concetti, non inganna, il significato del verbo *compromettere* è tutto nel *simul promittere stare sententiae arbitri*, essendo il compromesso ad un tempo fonte dell'investitura degli arbitri e del conferimento agli stessi del potere di giudicare e decidere la controversia e fonte di attribuzione al *dictum* arbitrale di efficacia vincolante *inter partes*.

In ultima analisi, rispetto alla pronuncia degli arbitri, non sembra che il campo semantico dell'efficacia di sentenza possa estendersi fino a connotare l'idoneità del lodo ad acquisire in senso tecnico l'autorità di cosa giudicata materiale. Le locuzioni di efficacia di sentenza o simili potrebbero

²⁸ Cfr. Francia, Clay, T., § 14; Polonia, Sawczuk, M., § 14; Uruguay, Greif, J., §§ 13 e 14, in cui si sottolinea peraltro che l'attribuzione esplicita della forza di cosa giudicata è utilizzata per la transazione e la conciliazione e non anche per il lodo arbitrale; Venezuela, Quintero Tirado, M. Pesci Feltri Martínez, M., § 11. Nell'ordinamento svizzero, inoltre, le transazioni stipulate dinanzi al tribunale dello Stato e le ricognizioni di debiti fatte esplicitamente nei procedimenti giudiziali previste dall'articolo 80 della Legge Federale Svizzera sull'Esecuzione del Debito (DEA) sono equivalenti della sentenza: cfr. Svizzera, Walter G., Brunner, C., § 14. A tal riguardo, Carpi, F., in AA. Vv., *Arbitrato*, a cura di F. Carpi, Bologna 2001, sub art. 823, 480, puntualmente nota come l'efficacia del lodo è una sua qualità specifica anche laddove gli si attribuisca, come nell'ordinamento francese, l'autorità di cosa giudicata, "con la stessa terminologia che poi è prevista, guarda caso, per la transazione".

²⁹ In tal senso, cfr. Carpi, F., in AA. Vv., *Arbitrato*, a cura di F. Carpi, cit., sub articolo 823, 481, il quale sottolinea che il vincolo che per le parti discende dal *dictum* arbitrale è quello proprio della decisione privata la quale importa riconoscimento dell'accertamento ed obbligo di adeguamento delle parti alla decisione di condanna, con le relative conseguenze sul piano civilistico, concernenti il ritardo, il rischio del perimento della *res* dovuta, la non ripetibilità della prestazione compiuta etc.; in senso analogo, Punzi, C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., II, 87.

piuttosto indicare il particolare regime del lodo quale decisione vincolante, resa all'esito di un giudizio le cui forme sono disciplinate da norme processuali ed idonea, secondo le previsioni contenute nei singoli ordinamenti, ad acquistare effetti esecutivi, nonché la sua assoggettabilità ai particolari mezzi e motivi di impugnazione *ad hoc* previsti nei vari sistemi.³⁰

Solo in una ricostruzione lata dello *ius dicere* e della *iusdictio* si possono affiancare processo arbitrale e processo giurisdizionale, giacché tanto nell'uno quanto nell'altro caso v'è un soggetto o un Collegio che giudica, decide e comanda; tuttavia, guardando al fondo della realtà dei due fenomeni, non si può non sottolineare che diversa ed irriducibile è la fonte della *potestas iudicandi* degli arbitri e dei giudici dello Stato. Gli uni derivano il proprio potere direttamente e soltanto dalle parti litigiose per effetto della stipulazione del patto compromissorio e svolgono un ufficio di diritto privato per volere delle stesse e nel loro esclusivo interesse; gli altri invece sono investiti dallo stesso ordinamento del potere di *ius dicere* e lo esercitano istituzionalmente.

Ne consegue che gli arbitri, a differenza del giudice dello Stato, sono condizionati dagli stessi limiti che incontrano le parti nelle manifestazioni dell'autonomia privata, ossia il limite della disponibilità dei diritti e del rispetto dei principi inderogabili di ordine pubblico.³¹

Ai fini di un contributo e di un confronto di idee nel dibattito relativo all'istituto arbitrale sembra pertanto possibile proporre, alla luce dell'esame dei vari ordinamenti, un ripensamento critico della configurazione dello stesso quale mezzo di risoluzione delle controversie universalmente suscettibile di mettere capo ad una decisione in tutto equiparabile ad una sentenza sotto il profilo non solo processuale ma anche sostanziale; in questa analisi si potrebbe peraltro muovere dalla considerazione e dalla valorizzazione del fondamento negoziale della *potestas iudicandi* degli

³⁰ A questo riguardo, Ruffini, G., "*Efficacia di sentenza*" del lodo arbitrale ed impugnazione incidentale per nullità, *cit.*, 471, nota come l'efficacia processuale del lodo, consistente nel regime di esecutorietà e di impugnabilità del lodo ai sensi e con i mezzi previsti dal codice di rito —efficacia che potrebbe anche essere descritta, sotto tale aspetto, come "efficacia di sentenza"— non va tuttavia confusa con l'efficacia sostanziale che è e rimane quella di un negozio.

³¹ Al riguardo, osserva Satta, S., *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 2, *cit.*, sub articolo 806, 200, che "se veramente la volontà era preclusa in ordine ad una controversia, nessun effetto essa può produrre, né può ricevere valore dal lodo, e attribuirne ad esso".

arbitri e dal confronto tra i caratteri e gli effetti propri dell'accertamento giurisdizionale e quelli del lodo.

5. *Il c.d. arbitrato irrituale e le altre forme di composizione negoziale delle controversie riconducibili all'arbitraggio o a schemi transattivi: (a) l'ordinamento italiano.* Tali osservazioni sull'inquadramento teorico dell'arbitrato rituale possono costituire un punto di avvio per le ulteriori riflessioni sulle ragioni e sull'attualità della dicotomia, che costituisce ormai una peculiarità quasi esclusiva dell'ordinamento italiano,³² fra le due *species* di arbitrato, rituale e irrituale, dicotomia originariamente coincidente, secondo una parte della dottrina e della giurisprudenza, con la contrapposizione fra arbitrato giurisdizionale e arbitrato negoziale, ma sottoposta al vaglio critico dalla più recente giurisprudenza della Suprema Corte a partire dal *revirement* giurisprudenziale della sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 527 del 3 agosto 2000.

L'esasperata processualizzazione dell'arbitrato regolato dal codice di rito italiano del 1865 e più ancora del 1940, da un lato, e l'imposizione alle parti degli stessi oneri, anche fiscali, che inducono i privati a rifiutare il giudice ordinario, dall'altro, hanno portato all'emersione, nella prassi, di un arbitrato libero o irrituale, svolgentesi al di fuori delle norme inderogabili dettate dal legislatore e culminante in un *dictum* sottratto, per volontà delle parti, alla disciplina del deposito presso la cancelleria del giudice statale e della conseguente omologazione.³³

La giurisprudenza italiana, fin dal primo riconoscimento contenuto in una celebre sentenza della Cassazione torinese del 1904,³⁴ si è trovata a dover risolvere il problema dell'ammissibilità nell'ordinamento italiano di un fenomeno sorto nell'esperienza concreta per derogare alla *voluntas legis* che imprigionava il giudizio privato entro schemi e forme che giustificassero la successiva ineluttabile adozione del lodo da parte dell'ordinamento

³² Per quanto riguarda l'ordinamento spagnolo *cf. supra*, § 4, testo e nota n. 19.

³³ Per queste considerazioni, *cf.* Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 8.1; Carpi, F., in AA. VV., *Arbitrato*, a cura di F. Carpi, *cit.*, sub articolo 806, 75; Monteleone, G., *L'arbitrato nelle controversie di lavoro —ovvero— esiste ancora l'arbitrato irrituale?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, pp. 43 ss., 44; Punzi, C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, *cit.*, I, p. 64; Satta, S. Punzi, C., *Diritto processuale civile*, Padova, 2000, p. 879.

³⁴ *Cfr.* Cass. Torino, 27 dicembre 1904 in *Riv. dir. comm.*, 1905, III, II, pp. 45 ss., con nota di Bonfante, P., *Dei compromessi e lodi stabiliti fra industriali come vincolativi dei loro rapporti ma non esecutivi nel senso e nelle forme dei giudizi.*

attraverso l'*exequatur* giudiziale: infatti fino alla riforma operata con la legge n. 28/1983 era obbligo per gli stessi arbitri di depositare il lodo nella cancelleria del giudice dello Stato entro un brevissimo termine di decadenza, affinché esso potesse essere omologato mediante un decreto giudiziale, in difetto del quale la pronuncia degli arbitri era per sempre condannata a rimanere nel limbo dell'inesistenza giuridica, essendo insuscettibile di produrre alcun effetto. Si riteneva cioè che il *dictum* degli arbitri rituali fosse solo un elemento di una fattispecie complessa in via di formazione, la quale si sarebbe perfezionata mediante il conseguimento del decreto giudiziale, dando vita alla "sentenza arbitrale".³⁵

Dinanzi alla scelta tra la rigorosa dichiarazione della nullità dei patti compromissori per arbitrato irrituale, per contrarietà alle norme inderogabili contenute nel codice di rito, e il riconoscimento giuridico di essi, la giurisprudenza si orientò per questa seconda via, all'uopo argomentando che con il compromesso irrituale le parti affidavano a terzi non già il potere di giudicare e decidere la controversia mediante una pronuncia destinata necessariamente ad acquistare gli effetti tipici della sentenza, bensì il potere di comporre la lite, in qualità di *amichevoli compositori*, mediante un responso avente valore meramente negoziale ed impugnabile come un qualunque contratto.³⁶

Su una tale base di avvio, si è accreditata l'opinione per cui alla diversità di forme ed effetti fra l'una e l'altra *species* di arbitrato dovesse corrispondere anche una diversità, *rectius* una contrapposizione, fra natura, funzione e struttura dell'arbitrato rituale e dell'arbitrato irrituale, in guisa che l'uno veniva ricondotto nell'alveo della giudizialità e della giurisdizione, l'altro viceversa veniva inquadrato nell'ambito di una funzione dispositiva posta in essere dagli arbitri irrituali in luogo e in sostituzione della volontà delle parti e dalla quale era del tutto escluso il momento logico-intellettuale.

Si sono così andate formalizzando anche in dottrina delle ricostruzioni dogmatiche dell'arbitrato irrituale quale concretamento di un mandato a

³⁵ Cfr. Italia, Ruffini, G., Briguglio, A., § 8.1.

³⁶ Nella prima, iniziale, fase dell'elaborazione teorica, si riteneva inoltre che elemento caratterizzante l'istituto, come contrappunto rispetto all'arbitrato rituale, fosse il carattere inevitabilmente equitativo, o comunque estraneo al diritto, dell'operato degli arbitri liberi o irrituali, i quali avrebbero dovuto orientarsi secondo il criterio dell'*arbitrium boni viri*, non essendo essi chiamati a *ius dicere*.

transigere o a stipulare un negozio di accertamento ovvero quale figura affine ad un arbitraggio di una transazione o di un negozio di accertamento, per modo che —è stato sostenuto— gli arbitri irrituali sarebbero chiamati non a svolgere una funzione sostitutiva del giudice statale, come invece gli arbitri rituali, ma rispettivamente a stipulare o a completare, in vece delle parti, un negozio giuridico con una determinazione che le stesse si impegnano a considerare come espressione diretta della loro volontà.

In particolare, la riconduzione dell'arbitrato irrituale entro schemi affini all'arbitraggio è stata di recente riproposta e riformulata da una parte della dottrina, secondo cui esso, a differenza dell'arbitrato rituale, si caratterizzerebbe non come un procedimento che mira ad una decisione, ma come una sequenza procedimentale tesa alla composizione negoziale della controversia per il tramite di un mandato congiuntamente conferito dalle parti ad uno o più terzi affinché questi completino in loro vece un negozio.³⁷

Tuttavia, anche alla luce delle successive vicende normative e degli sviluppi giurisprudenziali che hanno interessato l'istituto, sembra si possa rilevare non solo che detta impostazione, storicamente condizionata, si fondasse su opinioni almeno in parte contrastanti con la concreta portata degli arbitrati irrituali, ma anche che essa abbia prodotto delle conseguenze foriere di equivoci sul piano sistematico e comparatistico.

Sotto il primo profilo, infatti, si può osservare che se per un verso la risoluzione del significato della irritualità in chiave antitetica alla giudizialità propria dell'arbitrato rituale ha consentito di salvare le convenzioni di deroga alla disciplina codicistica che sarebbero state altrimenti colpite da nullità, essa per altro verso appare smentita dall'effettivo atteggiarsi delle previsioni contenute nei patti compromissori irrituali:³⁸ ciò in particolare si evince dall'esperienza degli arbitrati irrituali in materia di lavoro che,

³⁷ L'istituto viene così ricostruito secondo lo schema del negozio *per relationem*, in cui la determinazione degli arbitri-arbitratori funge da referente: il negozio di composizione della controversia sarebbe già concluso dalle parti, con l'intento e l'impegno delle stesse a recepire quale frutto del proprio volere il contenuto successivamente fissato dal terzo o dai terzi. *Cfr.* Marinelli, M., *La natura dell'arbitrato irrituale. Profili comparatistici e processuali*, Torino, 2002, pp. 103 ss.

³⁸ La ricostruzione dell'arbitrato irrituale in chiave antitetica alla processualità e al giudizio, in favore di un'assimilazione agli schemi transattivi o al contratto *per relationem* contrasta con oltre un secolo di esperienza convenzionale (e più di recente anche legislativa) intorno all'arbitrato irrituale: così, con lucidità, Cecchella, C., *L'arbitrato*, Torino, 1991, p. 45, che al riguardo menziona l'esperienza dell'arbitrato delle associazioni sportive, dell'arbitrato delle associazioni commerciali e dell'arbitrato del diritto del lavoro.

lungi dal risolversi entro modelli meramente dispositivi o transattivi, si sono sempre articolati secondo strutture processuali idonee ad assicurare lo svolgimento di un giudizio nel contraddittorio fra le parti.³⁹

Peraltro i successivi interventi del legislatore italiano in materia di arbitrato non solo sembrano dare per presupposta l'identità di funzione degli arbitri rituali e degli arbitri irrituali, ossia quella di giudicare e decidere le controversie, ma sembrano più precisamente contraddistinguere la *species* irrituale nel senso della previsione di una normativa processuale speciale circa il procedimento, circa il regime impugnatorio del lodo c.d. irrituale e circa l'acquisto per lo stesso degli effetti esecutivi, venendosi così ad eclissare la tradizionale contrapposizione fra l'arbitrato rituale o giurisdizionale e l'arbitrato irrituale o meramente negoziale, impugnabile alla stregua di un contratto.⁴⁰

Inoltre la ricordata bipartizione dogmatica fra i due istituti ha indotto ad includere nell'area dell'arbitrato, *sub specie* di arbitrato irrituale, forme di composizione negoziale delle controversie o di contrasto di interessi invero estranee al fenomeno arbitrale,⁴¹ con ciò caratterizzando come peculiare e

³⁹ Le clausole compromissorie irrituali contenute negli Accordi Interconfederali sui licenziamenti nell'industria, stipulati dalle contrapposte associazioni sindacali nel 1950 e nel 1965, prevedevano un vero e proprio giudizio arbitrale, disciplinando nel dettaglio, ad esempio, le modalità di nomina e di costituzione del Collegio, i termini per le attività di allegazione e prova dei fatti dedotti *apud arbitros*, la distribuzione dell'onere della prova, l'obbligo di motivazione del lodo ecc. Peraltro anche l'esperienza dell'arbitrato irrituale in materia di lavoro, successiva alla legge n. 533/1973 mostra egualmente una piena rispondenza ai caratteri strutturali del processo e del giudizio: *cf.* Cecchella, C., *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, Milano, 1990, pp. 206 ss., pp. 367 ss.

⁴⁰ A tal riguardo mi permetto di rinviare all'analisi della riforma dell'arbitrato c.d. irrituale nelle controversie di lavoro, di cui agli articoli 412-ter e 412-quater c.p.c., da me svolta nel *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., I, 103, nota n. 116 e in *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, in *Riv. arb.*, 2001, pp. 389 ss. Si veda anche Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 8.3, in cui si sottolinea come peraltro tale tendenziale *reductio ad unitatem* circa la funzione dell'uno e dell'altro istituto sia riscontrabile anche con riferimento al nuovo arbitrato per le controversie societarie.

⁴¹ Per tale via in giurisprudenza e in dottrina, dopo alcuni iniziali tentennamenti, si è finanche ritenuto, in passato, che il patto di riempimento di un biancosegno per la transazione di una lite potesse rappresentare una forma particolare di compromesso irrituale, con la conseguenza sia di saldare forzatamente lo schema transattivo, recante le tracce dell'*aliquid datum*, *aliquid retentum*, allo strumento arbitrale, creando una commistione fra funzioni concettuali eterogenee, sia di qualificare come arbitro irrituale anche il terzo arbitratore chiamato a completare con la propria determinazione il contenuto del negozio lasciato in bianco dalle parti. Sul punto mi permetto di rinviare, anche per gli opportuni richiami giurisprudenziali, a Punzi, C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., I, pp. 54 ss.

in parte anomala l'esperienza italiana: si pensi a quelle fattispecie, quali il mandato congiuntivo a transigere ovvero l'arbitraggio applicato alla transazione o al negozio di accertamento, che non rappresentano il conferimento al terzo del potere di giudicare e decidere una controversia ma che presentano una funzione meramente dispositiva-volitiva e una struttura negoziale e non processuale.

6. *Segue: (b) il panorama internazionale.* Tale tendenza può essere indicata come peculiare aspetto del sistema italiano rispetto agli altri ordinamenti: fuori dell'Italia, infatti, viene tracciata una più netta linea di demarcazione fra l'operato del terzo che decide la controversia, accogliendo o respingendo la domanda e stabilendo quale delle parti abbia ragione e quale abbia torto, e quello del terzo nella stipula di una transazione o nella soluzione altrimenti concordata della lite, o quello del terzo arbitratore che determina un elemento di un negozio già concluso dalle parti ma incompleto, o ancora infine quello del terzo che compie un accertamento su una determinata questione tecnica.

Tale distinzione, sia pure attraverso diverse linee interne, sembra essere accolta in molti ordinamenti.⁴²

Preliminarmente si può notare che nell'ordinamento e nell'esperienza di taluni dei detti Stati si collocano su un piano diverso dall'arbitrato, inteso quale processo privato che si conclude con un lodo decisorio, le ipotesi in cui le parti raggiungono un accordo sulla *res controversa* mediante l'intervento di un terzo: a seconda degli orizzonti geografici si può parlare di mandato a transigere⁴³ ovvero di mandato congiuntivo a

⁴² In tal senso, Austria, Liebscher, C., §§ 9 e 10.1; Belgio, Kohl, A., § 3, secondo cui l'incarico di mandatario comune delle parti è incompatibile con quello di arbitro; Francia, Clay, T., § 9; Germania, Walter, G., §§ 9.1 e 9.2; Grecia, Koussoulis, S., §§ 8.2-8.5; Israele, Ottolenghi, S., § 9; Messico, Uribarri Carpintero, G., § 9; Spagna, Barona Vilar, S., §§ 9 e 10.1; Svizzera, Walter, G. Brunner, C., § 9.1; Venezuela, Quintero Tirado, M., Pesci Feltri Martínez, M., § 9.1. In altri ordinamenti si tende invece ad ammettere che le dette forme rientrino nel *genus* arbitrale: *cfr.* Danimarca, Smith, E., § 9.1; Polonia, Sawczuck, M., § 9; Portogallo Lebre Freitas, J., § 9; Uruguay, Greif, J., § 9; Giappone, Taniguchi, Y., § 9, in cui peraltro si dà conto di altra opinione della dottrina giapponese per la quale si tende ad escludere dette forme dalla definizione di arbitro.

⁴³ In tal senso, *cfr.* Spagna, Barona Vilar, S., § 9, secondo cui la figura di un mandato a transigere o a raggiungere un accordo conciliativo è senza dubbio valida, ma diventa problematico includerla nell'ambito dell'arbitrato, salva la particolare ipotesi del "*laudo conciliatorio*" previsto dal R.D. 636/1993 disciplinante il procedimento arbitrale in materia di consumo.

mediare,⁴⁴ con affidamento al terzo del potere di condurre le parti ad una transazione amichevole o ad una conciliazione o mediazione.

Né quanto detto sembra smentito dalla circostanza che in taluni sistemi si preveda che, nel corso del processo arbitrale, le parti possano addivenire ad una transazione ovvero raggiungere, mediante altra forma di accordo, la cessazione della controversia: in questi casi, infatti, non sembra crearsi una confusione fra attività di giudizio e soluzione transattiva o altrimenti concordata della lite, giacché il giudizio arbitrale si reputa esaurito e il procedimento arbitrale concluso con il recepimento della transazione o dell'accordo.⁴⁵

Inoltre da un esame comparatistico risulta che anche l'appiattimento dell'arbitrato (irrituale) sullo schema del negozio *per relationem* o dell'arbitraggio, di una transazione o di un negozio di accertamento —sia pure con la precisazione secondo cui, nell'ipotesi di arbitrato irrituale, il terzo opera nella fase funzionale di un rapporto già perfetto ma controverso e non nella fase genetica di un rapporto incompleto ma pacifico *inter partes*— sia stata una tendenza squisitamente italiana.

Nell'esperienza di vari Paesi, le figure affini all'arbitraggio sono conosciute precipuamente quali fattispecie disciplinate dalla legge sostanziale per l'affidamento ad un terzo arbitratore del potere di fissare taluno degli elementi di un rapporto giuridico in via di perfezionamento, come nell'ipotesi classica ed espressamente prevista da varie legislazioni nazionali, della determinazione del prezzo di una compravendita, e più in generale in tutte quelle ipotesi in cui non si chiede al terzo il compimento di un giudizio, ma il completamento o l'integrazione del contenuto di un negozio già stipulato dalle parti.⁴⁶ L'attività del terzo non conduce dunque ad un lodo

⁴⁴ In tal senso, *cf.* Germania, Walter, G., §§ 9.1 e 9.2; Svizzera, Walter, G., Brunner, C., §§ 9.1 e 9.2.

⁴⁵ *Cfr.* per queste vicende Israele, Ottolenghi, S., § 9, con riferimento specifico al negozio di accertamento; Messico, Urbarri Carpintero, G., § 9; Spagna, Barona Vilar, S., § 9, che menziona il c.d. "*laudo conciliatorio*".

⁴⁶ *Cfr.* Austria, Liebscher, C., § 10.1, che menziona anche l'ipotesi in cui l'attività di integrazione del contratto venga effettuata da un perito in relazione ad aspetti tecnici; Grecia, Koussoulis, S., §§ 8.2-8.5; Spagna, Barona Vilar, S., § 10.1, che enuclea una serie di ipotesi previste dalla legge sostanziale di intervento del terzo arbitratore, con la precisazione che, a prescindere dalla somiglianza terminologica, si tratta di una figura distinta e non confondibile con l'arbitrato; Venezuela, Quintero Tirado, M., Pesci Feltri Martínez, M., § 9.1, secondo cui l'interesse che le parti hanno nel far determinare un elemento di una fattispecie contrattuale è assolutamente diverso dall'interesse delle stesse alla deci-

con regime ed effetti processuali di sentenza, ma ad una determinazione che riposa interamente ed esclusivamente sul piano negoziale.

Infatti, mentre l'arbitrato insiste su forme ontologicamente processuali atte a garantire che la decisione sia assunta nel contraddittorio delle parti, nelle altre ipotesi la composizione del conflitto avviene in forme che non postulano la processualità, ma che si concretano nella determinazione di un terzo, immediatamente e direttamente riconducibile, anche sul piano strutturale, alla volontà delle parti.

Da questo punto di vista può affermarsi che, anche qualora il contratto destinato ad essere completato per opera del terzo sia una transazione o altro negozio di giusta composizione di una controversia già sorta fra le parti, l'attività dell'arbitratore è comunque irriducibilmente diversa da quella dell'arbitro, difettando essa della struttura processuale e della funzione decisoria. Al riguardo è stato infatti puntualmente osservato⁴⁷ che la circostanza contingente che in concreto il contratto *per relationem* integrato dal terzo possa anche essere una transazione o un negozio di accertamento, comunque non impegna la configurazione dell'arbitraggio, il quale rimane pur sempre fenomeno estraneo all'attività di giudizio su preesistenti posizioni giuridiche soggettive.

Neppure sembra che nuova linfa alla categoria concettuale dell'arbitrato irrituale possa pervenire dal confronto con quelle fattispecie conosciute presso gli altri ordinamenti ed affini alla perizia contrattuale italiana. Secondo una definizione lata si tratta di quelle ipotesi consistenti nell'affidamento ad un terzo in possesso di specifiche competenze (perito o consulente) del compito di risolvere una determinata questione tecnica mediante un responso che le parti si impegnano preventivamente ad accettare come vincolante.

sione di una controversia giuridica perseguibile con una sentenza o con un lodo. Si veda anche Francia, Clay, T., § 9, in cui si precisa che le forme transattive o di determinazione tecnica vincolante (*expertise irrévocable*) non possono essere qualificate come arbitrato giacché ai fini dell'esistenza di un processo arbitrale debbono ricorrere una controversia, un arbitro liberamente scelto e il rispetto della garanzia fondamentale del contraddittorio: su tali aspetti si tornerà anche in prosieguo nel testo, con riferimento alla c.d. perizia contrattuale.

⁴⁷ In tal senso, Fazzalari, E., *L'arbitrato, cit.*, pp. 27 ss. Anche Carpi, F., in AA. VV., *Arbitrato*, a cura di F. Carpi, *cit.*, sub articolo 806, 77, sottolinea come "non deve confondersi l'arbitrato con l'arbitraggio, poiché nel secondo manca sempre la controversia relativa ad una situazione giuridica soggettiva, sulla quale l'arbitro sia chiamato a rendere un giudizio attraverso un processo".

In linea generale si può osservare che nei sistemi in cui si ammette e si pratica la c.d. perizia contrattuale o arbitrale gli interpreti sono impegnati nel confronto fra la stessa e l'arbitrato previsto e disciplinato dalle norme processuali e nella individuazione dei confini fra i due istituti.

A tal fine è possibile operare una prima precisazione con riferimento all'ipotesi in cui l'attività di determinazione o di accertamento tecnico su determinate questioni ad opera del terzo si compia non a fronte di una lite già esistente fra le parti, ma per prevenirne l'insorgenza. In tal caso si può affermare che si è in presenza di una perizia tecnica quale negozio di prevenzione delle liti e che non vi sia un'interferenza fra la stessa e l'arbitrato, giacché il giudizio arbitrale postula e si concreta sempre nella risoluzione di una controversia e non anche nella prevenzione delle liti con un giudizio su mere questioni.⁴⁸

Parimenti si può osservare che si ricade in un'area estranea all'arbitrato in quei casi in cui l'operato del perito è finalizzato all'integrazione o al completamento di un contratto mancante di alcuno degli elementi, fattispecie questa che —almeno in alcuni ordinamenti— tende ad avvicinarsi piuttosto a quella di un arbitraggio o di un negozio *per relationem* e ad essere assoggettata alla relativa disciplina sostanziale.⁴⁹

Problemi più delicati si pongono laddove il terzo debba espletare la determinazione tecnica in relazione ad un rapporto già perfetto ovvero ad una controversia già sorta fra le parti. Anche in tale ipotesi numerosi ordinamenti distinguono, da un punto di vista concettuale, il giudizio arbitrale tendente alla decisione di una controversia dall'accertamento o determinazione tecnica su questioni, con la precisazione che se nel primo caso viene in considerazione un vero e proprio processo, il quale termina con un *dictum* suscettibile di conseguire effetti esecutivi ed avente gli stessi effetti processuali di una sentenza, nel secondo caso, invece, l'operato del perito

⁴⁸ Cfr. per tale precisazione, L., *Domande e questioni nei giudizi arbitrali*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, pp. 621 ss., 623, il quale esclude la riconducibilità della fattispecie in parola all'arbitrato rituale o irrituale, in base all'osservazione che l'interesse ad agire dinanzi agli arbitri non deve differire dall'interesse che giustificerebbe la richiesta di tutela al giudice statale.

⁴⁹ Cfr. Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), §§ 10 e 10.1; Spagna, Barona Vilar, S., § 10.1; si veda anche Austria, Liebscher, C., § 10.1, da cui risulta che una delle ipotesi tipiche di perizia contrattuale, per la quale non si pongono problemi di raffronto con l'arbitrato, è quella in cui il terzo determina i fatti e colma le lacune sussistenti in un contratto.

o consulente dà vita ad un responso con valore meramente negoziale e il cui regime è disciplinato da disposizioni di legge sostanziale.

Comunque, di là dalle enunciazioni generali, nei singoli sistemi si tenta di prospettare dei criteri più analitici per delimitare l'ambito dell'arbitrato rispetto a quello della perizia contrattuale quale *genus* autonomo dal primo. In tali casi infatti il confronto fra l'uno e l'altra passa attraverso due distinti profili: sia attraverso la circostanza che il perito viene chiamato a conoscere e risolvere singole questioni e non a pronunciarsi sull'intera *res controversa*, cosa che rinvia al diverso problema dell'ammissibilità di un arbitrato ad oggetto limitato,⁵⁰ sia attraverso l'eventuale attribuzione al perito non solo del potere di accertare i fatti con una determinazione tecnica, ma anche di qualificarli giuridicamente.

Nel sistema spagnolo ad esempio, ove si reputa tendenzialmente ammissibile anche un arbitrato rituale su questioni, si distingue tuttavia fra arbitrato e perizia contrattuale in base al rilievo che il perito non risolve la controversia nel suo insieme, né è chiamato a compiere una valutazione giuridica secondo un giudizio di diritto o di equità, ma si pronuncia solo su uno specifico aspetto di fatto, con efficacia obbligatoria per le parti, con la conseguenza che se una delle parti non vi si adegnerà, l'altra potrà e dovrà proporre il giudizio innanzi agli arbitri o al giudice togato per ottenere una condanna suscettibile di esecuzione.⁵¹

Analogamente, nell'ordinamento greco, si distingue dall'opzione espressa dalle parti per la decisione arbitrale della lite, il mandato da esse conferito ad un terzo per far accertare in modo vincolante l'esistenza o l'inesistenza di certi fatti controversi. Il responso peritale sembra in tal caso quasi destinato a completare un contratto stipulato dalle parti, avente causa e funzione probatoria, con l'avvertenza che, quantunque per taluni aspetti relativi alla forma dell'accordo intercorso fra le parti si considerano applicabili le norme sull'arbitrato, il regime di validità ed efficacia della determinazione del terzo è comunque disciplinato dalla legge sostanziale.⁵²

Secondo il diritto di Germania e Svizzera —ove non sembra ammissibile un arbitrato avente ad oggetto mere questioni (quale ad esempio, in materia assicurativa, quella relativa all'ammontare dei danni, senza che sia contestualmente dedotto *apud arbitros* l'intero rapporto giuridico cui tale

⁵⁰ Rispetto al quale *cfr. infra* § 17.

⁵¹ *Cfr.* Spagna, Barona Vilar, S., § 10.1.

⁵² *Cfr.* Grecia, Koussoulis, S., § 10.1.

quantificazione inerisce)— viene distinta dall'arbitrato la c.d. determinazione tecnica vincolante (*Shiedsgutachten*), in quanto avente ad oggetto non l'intera controversia ma un elemento specifico ovvero taluna specifica questione di fatto o di diritto del rapporto giuridico controverso. Se ben si intende, detta perizia o determinazione tecnica consiste in un procedimento non disciplinato dalle stesse norme processuali dettate per l'arbitrato, in quanto non destinato a concludersi con un lodo in senso tecnico, ossia suscettibile, fra l'altro, di acquistare effetti esecutivi, ma con un responso valutabile da un punto di vista meramente contrattuale.⁵³ Nel sistema austriaco, ove invece è in concreto ammesso l'arbitrato ad oggetto limitato,⁵⁴ le oscillazioni giurisprudenziali sull'inquadramento delle fattispecie in cui la risoluzione del perito ha ad oggetto questioni miste di fatto e di diritto non sono dettate da una commistione concettuale fra perizia contrattuale e arbitrato, ma sembra si possano giustificare in base al diverso contenuto della volontà delle parti in ciascuna di esse, ossia a seconda che le parti vogliano un lodo invalidabile per i limitati motivi previsti dalle norme sull'arbitrato, ovvero vogliano una determinazione peritale su questioni suscettibili di essere riviste e rideterminate nel giudizio dinanzi al tribunale.⁵⁵

Tale criterio non sembra invece possa adattarsi in ambito italiano, ove per la perizia contrattuale si ripropongono le ambiguità di delimitazione dall'arbitrato che caratterizzano anche le altre forme di composizione negoziale delle controversie già esaminate. Nel sistema italiano è infatti dubbia la stessa ammissibilità di un arbitrato ad oggetto limitato,⁵⁶ il che non consente di affermare con sicurezza che la determinazione tecnica possa in determinati casi e secondo la volontà delle parti essere attratta nel *genus* arbitrale. Se in linea di principio può esser condivisibile l'affermazione secondo cui nel giudizio arbitrale, in quanto giudizio privato il cui costo è sostenuto dalle parti, non sussistono quelle ragioni di economia e tecnica processuale che impediscono alle stesse di frazionare la controversia, chiedendo più volte l'intervento dell'apparato giurisdizionale dello Stato su

⁵³ Cfr. Germania, Walter, G., §§ 7.8, 9.1 e 9.2; Svizzera, Walter, G., Brunner, C., §§ 7.8, 9.1 e 9.2. In entrambi gli ordinamenti il conferimento al terzo del potere di compiere la determinazione tecnica sembra avvenire attraverso un mandato congiuntivo a stipulare un negozio di accertamento (tecnico).

⁵⁴ Cfr. Austria, Liebscher, C., § 7.8.

⁵⁵ Cfr. Austria, Liebscher, C., § 10.1.

⁵⁶ Dubbi sono infatti espressi da Montesano, L., *Domande e questioni nei giudizi arbitrali*, cit., pp. 621 ss.

una medesima materia,⁵⁷ possono però affacciarsi seri dubbi sulla compatibilità di un processo arbitrale ad oggetto limitato con il tessuto normativo dettato dagli articoli 806 ss. c.p.c.: basti pensare, su tutte, alla disposizione di cui all'articolo 827, co. 3, c.p.c. che esclude l'impugnabilità immediata del lodo su questioni.⁵⁸ In questo orizzonte si è proposto di applicare a tali forme di arbitrato la disciplina dettata per l'arbitrato rituale, con i soli adattamenti necessitati dalla inapplicabilità delle norme sul deposito e sull'esperibilità delle impugnazioni processuali: si dovrebbe cioè escludere solo l'applicabilità di quelle norme dettate dal codice di rito che presuppongono un oggetto del processo arbitrale coincidente con quello del processo giurisdizionale.⁵⁹

Tuttavia, in considerazione delle modifiche apportate dalla novella del 1994 alla disciplina dell'arbitrato, che spingono una parte della dottrina a dubitare seriamente e ad escludere che i privati, nell'ambito della loro autonomia, possano sottrarre il lodo alla disciplina inderogabile prevista dal codice di rito,⁶⁰ sembra preferibile configurare l'attività peritale su questioni come un negozio di composizione di una controversia non riconducibile all'arbitrato.

7. Segue: l'opportunità di espungere anche in Italia, dall'area dell'arbitrato, i negozi di composizione delle controversie improntati sullo schema

⁵⁷ Per tali argomenti, si veda l'analisi di Luiso, F. P., *L'oggetto del processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1996, pp. 669 ss., 673.

⁵⁸ Il rilievo non sfugge infatti a Luiso, F. P., *L'oggetto del processo arbitrale*, cit., p. 677, il quale osserva peraltro che l'impugnazione autonoma del lodo su questione potrebbe sortire l'effetto di impegnare l'attività giurisdizionale statale su una questione che non potrebbe essere dedotta da sola in sede giurisdizionale, venendo così a vanificare la stessa premessa concettuale con cui si è giustificata la configurabilità *apud arbitros* di un giudizio frazionato.

⁵⁹ Luiso, F. P., *L'oggetto del processo arbitrale*, cit., p. 672. Peraltro si può osservare che tale proposta esegetica, in ultima analisi, sembra ricondurre la fattispecie di perizia contrattuale nel solco dell'arbitrato c.d. irrituale, dando per presupposta l'attuale esistenza, accanto all'arbitrato rituale, anche di un altro arbitrato non assoggettato per volontà delle parti alle impugnazioni processuali e non suscettibile di deposito e di omologazione. In tal senso, Ruffini, G., in AA. VV., *Codice di procedura civile commentato 2*, a cura di C. Consolo e F. P. Luiso, Milano, 2000, II, sub articolo 806, 3323, il quale nota che, per chi creda ancora attuale la distinzione fra arbitrato rituale e arbitrato irrituale, non dovrebbe essere dubbio che un patto compromissorio con cui sia devoluta ad arbitri soltanto la decisione di una questione relativa ad una più ampia fattispecie controversa esuli dall'ambito dell'arbitrato rituale e integri piuttosto un'ipotesi di arbitrato irrituale, conclusione cui dovrebbe portare la sottrazione del lodo ad ogni possibilità di deposito e di impugnazione.

⁶⁰ Su tale aspetto si avrà comunque modo di tornare nel prosieguo: *cfr. infra*, § 7.

della transazione, della perizia contrattuale e dell'arbitraggio. Se pertanto, alla luce di un esame comparatistico, si può affermare che, in numerosi ordinamenti, in virtù dell'autonomia negoziale, si riconosce rilevanza alla concreta volontà delle parti di pervenire ad una composizione di conflitti attraverso schemi transattivi o di mediazione ovvero mediante determinazioni tecniche o figure affini al negozio *per relationem*, tuttavia non pare possa negarsi che dette forme trovino, negli stessi sistemi, una configurazione autonoma rispetto all'arbitrato.

L'osservazione che gli ordinamenti diversi da quello italiano tendenzialmente riconoscono una incompatibilità strutturale oltre che funzionale tra arbitrato e altri mezzi di composizione della controversia può suscitare il dubbio che sia stata un'anomalia dell'elaborazione dogmatica e giurisprudenziale italiana quella di aver attratto nell'area dell'arbitrato, e precisamente di aver indicato col *nomen* di arbitrato irrituale, anche strumenti rispetto ad esso eterogenei: la commistione concettuale fra funzioni e forme ontologicamente distinte è stata storicamente originata e favorita in Italia dall'esigenza di ancorare il fenomeno del giudizio per arbitri liberi o irrituali, nato nella prassi come *escamotage* alla inderogabile regolamentazione contenuta nel codice di procedura civile cui esso per volontà delle parti veniva sottratto, ad un fondamento di ammissibilità e meritevolezza di riconoscimento giuridico alla stregua dell'ordinamento.

A questo punto, sembra si possa affermare che le linee per una uniformità di vedute nei vari ordinamenti sui rapporti fra arbitrato ed altri mezzi di risoluzione delle controversie potrebbero tracciarsi più agevolmente ove ci si interrogasse criticamente sulle stesse ragioni e sul significato odierno del dualismo italiano fra arbitrato rituale e arbitrato irrituale.⁶¹

Risuona non solo attuale, ma, più ancora, cogente l'invito che, oltre dieci anni fa, alla vigilia dell'unificazione europea, veniva rivolto agli studiosi italiani dal Prof. Gerhard Walter a mettere in discussione anche quegli istituti e quelle categorie concettuali divenute ormai familiari.⁶²

⁶¹ Nota al riguardo Monteleone, G., *L'arbitrato nelle controversie di lavoro —ovvero— esiste ancora l'arbitrato irrituale?*, cit., 43 che la distinzione fra arbitrato rituale e arbitrato irrituale, con il corredo di “caratteri reciproci, di complicazioni, di astrusi ed inutili bizantinismi” ha suscitato perplessità a livello internazionale e comparatistico.

⁶² Così, Walter G., *L'arbitrato irrituale: osservazioni di uno straniero*, in AA.VV., *Problemi attuali dell'arbitrato. L'arbitrato irrituale*, a cura di E. Quadri, Napoli, 1994, pp. 11 ss., 23.

In tale direzione giova ricordare che l'originario assetto del titolo VIII del codice di rito italiano dedicato all'arbitrato è stato successivamente modificato per effetto delle riforme del 1983 e del 1994. Con la prima novella si è attribuita efficacia vincolante al *dictum* arbitrale fin dal momento dell'ultima sottoscrizione, indipendentemente dall'*exequatur* giudiziale, e si è tramutato il previgente obbligo di deposito del lodo in una facoltà, che è anche un onere, per la parte che intende far eseguire il lodo in Italia; con la seconda novella la *reductio ad unitatem*, sotto il profilo della natura e degli effetti del lodo, è stata ancor più marcata giacché si sono sintomaticamente espunte dal tessuto normativo le locuzioni di sentenza arbitrale ed efficacia di sentenza per indicare il regime del lodo omologato e si è altresì assoggettato qualunque lodo, anche non depositato, alle uniche impugnazioni processuali prevista nel codice e alle quali le parti non possono rinunciare.⁶³

Alla luce di tali modificazioni, la stessa giurisprudenza della Corte di Cassazione, a partire dal 2000, ha abbandonato la tralaticia configurazione dell'arbitrato rituale in termini giurisdizionali, valorizzando il fondamento squisitamente negoziale di qualunque giudizio arbitrale, e ha conseguentemente ridisegnato la dicotomia fra le due *species* in un quadro unitario, fino a farne consistere l'esile discriminazione nella circostanza che solo con l'opzione per l'arbitrato rituale le parti intendono far acquistare al lodo l'efficacia di titolo esecutivo e di titolo per l'iscrizione di ipoteca e per la

⁶³ Le due riforme citate nel testo tuttavia hanno suscitato in Italia un ampio dibattito interpretativo nel quale si sono confrontate letture diverse e talvolta antitetiche, in particolare circa il significato da attribuire all'efficacia vincolante del lodo di cui all'articolo 823 c.p.c., al successivo eventuale *exequatur* di cui all'articolo 825 c.p.c. e all'attualità della dicotomia fra le due *species* rituale e irrituale. Cfr., per questa diversità di opinioni, con riferimento alla riforma di cui alla legge n. 28 del 1983, Fazzalari, E., *Una buona "novella"*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, pp. 6 ss.; Punzi, C., *La riforma dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, pp. 78 ss.; Ricci, E. F., *Sull'efficacia del lodo arbitrale rituale dopo la legge 9 febbraio 1983*, n. 28, *ivi*, 1983, pp. 635 ss.; Tarzia, G., *Efficacia del lodo e impugnazioni nell'arbitrato rituale e irrituale*, *ivi*, 1987, pp. 14 ss.; con riferimento alla riforma di cui alla legge n. 25/1994, Montesano, L., *Sugli effetti del nuovo lodo arbitrale e sulle funzioni della sua omologazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, pp. 821 ss.; Punzi, C., *I principi generali della nuova normativa sull'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, pp. 331 ss.; *Id.*, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, *cit.*, I, pp. 96 ss.; Ricci, E. F., *L' "efficacia vincolante" del lodo arbitrale dopo la legge n. 25 del 1994*, *cit.*, pp. 809 ss.; Tarzia, G., Luzzatto, R., Ricci, E. F., *Legge 5 gennaio 1994*, n. 25, Padova, 1995, pp. 152 ss. Sull'evoluzione legislativa dell'arbitrato rituale e sull'impatto della stessa sull'arbitrato c.d. irrituale, cfr. anche Carpi, F., in AA.VV., *Arbitrato*, a cura di F. Carpi, *cit.*, *sub* articolo 823, pp. 476 ss., pp. 482 ss.

trascrizione nei pubblici registri, mentre con l'opzione per l'arbitrato irrituale le parti intendono conseguire la decisione della lite sul piano esclusivamente negoziale.

In questo nuovo orizzonte normativo e giurisprudenziale —in cui sembra definitivamente riconoscersi che il procedimento di arbitrato rituale ha natura privata e postula la decisione della controversia sul piano negoziale, non esercitando gli arbitri rituali una funzione sostitutiva di quella del giudice statale— la dottrina italiana si interroga sull'esistenza di uno spazio per l'ammissibilità, accanto all'arbitrato rituale, di un altro arbitrato, egualmente negoziale, ma avente esito in un lodo non suscettibile di conseguire effetti esecutivi e sottratto, per volontà delle parti, alle impugnazioni processuali.⁶⁴

Per un verso non sembra possibile continuare a legittimare e trovare conferma dell'esistenza, nell'ordinamento italiano, di una seconda forma di arbitrato, alternativa e contrapposta a quello rituale, in base al rilievo che negli altri ordinamenti, specialmente dell'Europa occidentale, sono conosciuti e praticati, accanto all'arbitrato disciplinato dal codice di rito o da norme processuali, mezzi negoziali di risoluzione delle controversie alternativi ad esso, non assoggettati a quella disciplina e riconducibili a schemi dispositivi o allo schema del negozio *per relationem*.

Come infatti si è affermato in dottrina, e come ho già avuto modo di ricordare,⁶⁵ l'esperienza dell'arbitrato e gli interventi legislativi sull'istituto⁶⁶ hanno mostrato che anche l'arbitrato c.d. irrituale si è atteggiato, in concreto, quale processo privato finalizzato alla decisione mediante il giudi-

⁶⁴ Sollecita meritoriamente ad una riflessione sui problemi lasciati aperti dal nuovo orientamento della Cassazione italiana sul dualismo fra arbitrato rituale e arbitrato irrituale, l'intervento di Consolo, C., Marinelli, M., *La Cassazione e il "duplice volto" dell'arbitrato in Italia: l'exequatur come unico discrimine fra i due tipi di arbitrato?* in *Corr. giur.*, 2003, pp. 678 ss. e 827 ss. In senso critico sulla svolta giurisprudenziale, anche Ricci, E. F., *La natura dell'arbitrato rituale e del relativo lodo: parlano le Sezioni Unite*, cit., pp. 259 ss. e *Id.*, *La Cassazione insiste sulla natura "negoziale" del lodo arbitrale. Nuovi spunti critici*, cit., pp. 1242 ss.

⁶⁵ *Cfr. supra*, § 5.

⁶⁶ Mi riferisco non solo alle novelle che hanno inciso sulla disciplina dell'arbitrato rituale di cui agli articoli 806 ss. c.p.c., ma anche agli interventi specifici nel settore dell'arbitrato irrituale in materia di lavoro, istituto connotato da una peculiarissimo cammino storico, di cui all'articolo 5 della legge n. 533/1973 e agli articoli 412-ter e 412-quater c.p.c. di recente introdotti con le riforme del 1998.

zio di una controversia su un preesistente rapporto giuridico:⁶⁷ e se per lungo tempo tali considerazioni sulla struttura processuale e sulla funzione dell'istituto sono state obliterate in favore di un inquadramento sistematico dello stesso come negozio *per relationem* ovvero come concretamento di un mandato congiuntivo alla stipulazione di una transazione o di un negozio di accertamento, ciò è stato storicamente prodotto dal pregiudizio, successivamente rimosso nella stessa giurisprudenza, secondo cui la funzione decisoria e giudiziale possa spettare squisitamente solo ad organi giurisdizionali o a coloro che esercitano funzioni sostitutive di essi, come sarebbero gli arbitri rituali.

Si può allora sostenere che se, indubbiamente, detti negozi di composizione delle controversie, riconducibili all'arbitraggio o a schemi transattivi, sono da considerarsi pienamente legittimi, essi tuttavia dovrebbero essere distinti dall'arbitrato, inteso come processo privato tendente alla decisione della lite:⁶⁸ si avrebbe forse il vantaggio non soltanto di mettere ordine sul piano terminologico, ma anche di agevolare il confronto fra le realtà dei vari ordinamenti adoperando categorie concettuali e strumenti omogenei.

Tale ipotesi ricostruttiva peraltro sembrerebbe percorribile anche a prescindere dalla pur connessa indagine sulla natura e sull'efficacia dell'arbitrato rituale e del relativo lodo e dunque con la *querelle* fra giurisdizionalità e negozialità dell'istituto.⁶⁹

Per altro verso, anche il riconoscimento della cittadinanza giuridica, nell'attuale quadro normativo, ad un arbitrato irrituale viceversa inteso come

⁶⁷ Cfr. Fazzalari, E., *L'arbitrato*, cit. pp. 22 ss.; *Id.*, *Fondamenti dell'arbitrato*, cit., pp. 1 ss.; Carpi, F., in AA. VV., *Arbitrato*, a cura di F. Carpi, cit., sub articolo 806, pp. 75 ss., il quale sottolinea come entrambe le forme di arbitrato si svolgono come un vero e proprio processo, corredato delle fondamentali garanzia e che, sotto questo profilo, è da respingere ogni tentativo di ricondurre l'arbitrato irrituale alla transazione, tentativo praticato dalla giurisprudenza soprattutto meno recente; *Id.*, *Profili del contraddittorio nell'arbitrato*, cit., pp. 21 ss.; Cecchella, C., *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, cit., pp. 206 ss., pp. 403 ss.; Ruffini, G., *Le Sezioni Unite fanno davvero chiarezza sui rapporti fra arbitrato e giurisdizione?*, cit., p. 63; *Id.*, *Sulla distinzione fra arbitrato "rituale" ed "irrituale"*, in *Riv. arb.*, 2002, pp. 750 ss.; Punzi, C., *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, cit., 399; *Id.*, in Satta, S. Punzi, C., *Diritto processuale civile*¹³, cit., pp. 879 ss.; *Id.*, voce *Arbitrato. I) Arbitrato rituale e irrituale*, in *Enc. giur. Treccani, Aggiornamento, IV*, Roma, 1995, pp. 3 ss.

⁶⁸ Così, puntualmente, Ruffini, G., *Sulla distinzione fra arbitrato "rituale" ed "irrituale"*, cit., pp. 752 s.

⁶⁹ La distinzione fra arbitrato da una parte e arbitraggio, perizia contrattuale ecc. dall'altra è infatti proposta da Walter, G., *L'arbitrato irrituale: osservazioni di uno straniero*, cit., p. 29, come livello di discorso di segno neutro, rispetto all'ulteriore indagine sull'efficacia giurisdizionale ovvero negoziale del lodo.

giudizio, che non sia tuttavia assoggettato alla disciplina del codice di rito concernente il deposito del lodo e le impugnazioni processuali, si scontra con il dubbio, non più eludibile, se sia, allo stato, davvero possibile riconoscere all'autonomia privata il potere di sottrarre il lodo c.d. irrituale alla normativa inderogabile dettata dagli artt. 825 ss. del codice di rito italiano.⁷⁰

In ogni caso, al fine di ricomporre l'anomalia italiana nel dialogo comparatistico, ci sembra che si possa quanto meno cominciare col mettere in dubbio l'attualità di motivazioni teoriche e pratiche che stimolino e possano indurre a giustificare ulteriormente l'esistenza dell'arbitrato libero o irrituale come categoria concettuale e come strumento concreto.⁷¹

Già all'indomani della riforma italiana del 1983,⁷² non era sfuggito infatti a taluni osservatori europei che la nuova e più moderna regolamentazione codicistica dell'arbitrato, in forza della quale erano venute meno le strettoie⁷³ all'origine dell'artificioso dualismo rituale/irrituale e dell'isolamento dell'Italia anche sotto il profilo della circolazione dei lodi, offriva

⁷⁰ A tal riguardo una parte della dottrina sottolinea che la novella del 1994 sembra aver indicato come uniche impugnazioni avverso qualunque lodo, a prescindere dall'*exequatur* giudiziale, le impugnazioni processuali per nullità, per revocazione straordinaria e per opposizione di terzo previste nel codice di rito, con la conseguenza che non sarebbe più possibile rivendicare una perdurante autonomia dell'arbitrato c.d. irrituale sulla base di un'asserita diversità di regime di impugnazione fra lodi rituali e lodi irrituali, con la sola specifica eccezione dell'arbitrato nelle controversie di lavoro. L'articolo 827 c.p.c. dispone infatti che "il lodo è soggetto soltanto all'impugnazione per nullità, per revocazione o per opposizione di terzo". Cfr., sul punto, Punzi, C., in Satta, S. Punzi, C., *Diritto processuale civile* 13, cit., p. 886; Id., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., I, p. 102; Monteleone, G., *Diritto processuale civile* 3, Padova, 2002, pp. 818 ss., 825; Id., *L'arbitrato nelle controversie di lavoro — ovvero — esiste ancora l'arbitrato irrituale?*, cit. p. 45; Ruffini, G., *Sulla distinzione fra arbitrato "rituale" ed "irrituale"*, cit., pp. 756 s. In senso contrario, Fazzalari, E., *L'arbitrato*, cit., pp. 129 ss.; Luiso, F. P., *Diritto processuale civile*, 3, Milano 2000, IV, pp. 369 ss.; Montesano, L., *Domande e questioni nei giudizi arbitrali*, cit., p. 624.

⁷¹ Peraltro il problema non si pone in quelle specifiche ipotesi in cui sia lo stesso legislatore a prevedere delle forme di arbitrato c.d. irrituale, dettando per esso una normativa speciale, anche con riferimento al regime impugnatorio e all'esecutorietà, come nel caso dell'arbitrato irrituale previsto dai contratti collettivi di lavoro di cui agli articoli 412-ter e 412-quater c.p.c.

⁷² Così, Walter, G., *L'arbitrato irrituale: osservazioni di uno straniero*, cit., pp. 22 ss., 28, con i richiami di altri Autori in nota.

⁷³ Il riferimento è alla previa previsione dell'obbligo di deposito del lodo rituale entro un brevissimo termine di decadenza, al previgente requisito della nazionalità italiana per gli arbitri e alla assenza del riconoscimento per il lodo rituale non depositato e non omologato di un'efficacia naturale vincolante, riconoscimento successivamente introdotto proprio con la novella del 1983.

maggiori garanzie procedimentali alle parti⁷⁴ e maggiore certezza giuridica nei rapporti fra gli ordinamenti, per modo che potrebbe anche intendersi come unico arbitrato quello previsto dal codice di rito, delimitando altresì da esso, con una delicata opera chiarificatrice, quegli altri mezzi di composizione delle controversie improntati sul modello della transazione, della perizia contrattuale, dell'arbitraggio.

Tale proposta appare oggi, alla luce dei mutamenti legislativi e giurisprudenziali sopra richiamati, non futuribile o peregrina, ma meritevole di serie riflessioni, allo scopo di chiarire gli aspetti di ambiguità, di correggere le anomalie, di ridurre le distanze fra i sistemi.

8. *Segue: in particolare, le altre forme di risoluzione delle controversie alternative alla giurisdizione statale non riconducibili all'arbitrato.* Ciò premesso, nel tentativo di offrire un panorama complessivo dei diversi strumenti alternativi di risoluzione delle controversie non riconducibili all'arbitrato, non può non essere rilevata la mancanza, sia sul piano delle convenzioni internazionali, sia a livello di normativa nazionale, di una disciplina-quadro di riferimento.

Dalla disamina comparatistica emerge infatti come in nessun ordinamento nazionale sia presente, ancora oggi, una normativa-quadro degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie.⁷⁵ Si riscontra al contrario, in alcuni casi, una regolamentazione, nei codici di rito, della forma alternativa di risoluzione dei conflitti forse più antica, nonché più diffusa, quale la conciliazione,⁷⁶ in altri, normative adottate su scala regionale,⁷⁷ ovvero normative settoriali.⁷⁸ Ed è soprattutto in tempi assai recenti che l'uso diffuso nella prassi di siffatti strumenti di giustizia alternativa ha

⁷⁴ Per tali rilievi, *cfr.* anche Ruffini, G., *Sulla distinzione fra arbitrato "rituale" ed "irrituale", cit.*, p.756.

⁷⁵ In alcuni casi, tuttavia, è presente il riconoscimento, su un piano generale, delle varie forme di giustizia alternativa, come accade in Venezuela, dove è previsto, ai sensi degli artt. 257 e 258 della Costituzione, che la legge promuova l'arbitrato, la conciliazione, la mediazione e qualsiasi altro mezzo alternativo per la risoluzione di conflitti; *cfr.* Venezuela, Quintero Tirado, M. Pesci Feltri Martínez, M., § 4, nonché Baumeister Toledo, A., *Presente y futuro del arbitraje en Venezuela, cit.*, § IV.

⁷⁶ *Cfr.* Francia, Clay, T., § 12.2; Spagna, Barona Vilar, S., § 12.2; Ungheria, Wopera, Z., § 12.

⁷⁷ *Cfr.* Messico, Urizarri Carpintero, G., § 12.2; Germania, Walter, G., § 12.2; Svizzera, Walter, G., Brunner, C., § 12.2.

⁷⁸ *Cfr.* Belgio, Kohl, A., § 2; Italia, Briguglio, A. (Ruffini, G.), § 12.2.

comportato l'esigenza di promuovere la predisposizione di un'adeguata disciplina normativa. In proposito si rileva come, in molti Paesi, siano di recente adozione leggi dirette a regolamentare in particolare la mediazione in materia familiare,⁷⁹ mentre in altri siano ora in corso di elaborazione testi legislativi aventi ad oggetto la mediazione familiare⁸⁰ e la conciliazione,⁸¹ nonchè testi normativi diretti ad offrire una disciplina organica delle varie forme di ADR.⁸²

In assenza di una precisa indicazione normativa e in considerazione dell'applicazione concreta di detti istituti, è dato sottolineare come siano ritenuti strumenti di ADR, secondo l'accezione più diffusa del termine, quelli attraverso i quali si perviene, anche mediante l'ausilio di un terzo, alla soluzione "*non adjudicative*" della controversia, posto che la lite si risolve, non già in virtù della decisione di un terzo che distribuisca tra le parti la ragione e il torto, bensì in base ad un "*settlement*", reciprocamente conveniente, che è manifestazione della volontà delle parti.

Si individua, così, una categoria dagli incerti confini, nella quale si riportano, da un lato, sia procedimenti volti a prevenire la lite, in via conciliativa o tramite un'opera di mediazione tra le parti, sia procedimenti diretti a dirimere il conflitto una volta sorto, in alternativa all'ordinaria forma di tutela giurisdizionale; dall'altro lato, tanto procedimenti svolgentisi completamente *out of court*, cosicché il carattere di alternatività si profila rispetto al processo, considerata la loro idoneità ad escludere la necessità del ricorso all'ordinaria forma di tutela, quanto procedimenti che vengono ad inserirsi in una vicenda giurisdizionale in corso, la cui alternatività si pone rispetto all'esito normale del processo, costituito dalla decisione giurisdizionale.

Trattasi, in ogni caso, di procedimenti diversi da quelli approntati dallo Stato per l'esercizio della giurisdizione civile e la tutela coattiva dei diritti,

⁷⁹ Cfr. Belgio, Kohl, A., § 2; Spagna, Barona Vilar, S., § 12.

⁸⁰ Cfr. Austria, Liebscher, C., § 12.

⁸¹ In particolare in Italia sono stati presentati in Parlamento ben quattro disegni di legge rivolti a promuovere la risoluzione negoziale delle controversie: il disegno di legge n. C-XIV-541, presentato dal deputato Bonino, il disegno di legge n. C-XIV-2463, presentato dal deputato Cola e altri, il disegno di legge n. C-XIV-2538, presentato dal deputato Fragalà, il disegno di legge n. C-XIV-2877, presentato dal deputato Mazzoni. Questi disegni di legge sono consultabili sul sito www.parlamento.it.

⁸² In Danimarca, il Consiglio della procedura giudiziaria ("*Retsplejerådet*"), nell'ambito dei lavori volti ad una riforma generale del codice di procedura civile, ha presentato, nella primavera del 2001, un primo rapporto contenente una descrizione delle procedure extragiudiziarie esistenti nella materia civile.

nei quali non si esercita il potere di *jus dicere* proprio del giudice statale. Infatti, anche quando lo strumento alternativo venga affidato ad un giudice dello Stato, questi opera, non già con il potere connesso alla funzione istituzionalmente esercitata (in via autonoma e non derivata da un'investitura di parte) di *giudicare* e di *decidere* e quindi non solo di *consigliare*, ma anche di *comandare*, bensì quale conciliatore o mediatore. Egli, cioè, valuta le contrapposte posizioni delle parti e individua la giusta composizione, al fine di offrire alle parti il suo *consilium* e di provocare il *concilium*.⁸³

Si ascrivono, pertanto, alla categoria in esame, a titolo esemplificativo e non esaustivo, la rinuncia, il riconoscimento, la conciliazione, la transazione, la mediazione, i Mini-trial, il Med-Arb, e, come sopra evidenziato, l'arbitrato.

Sull'opportunità di considerare l'arbitrato, nell'ambito della categoria generale degli strumenti di risoluzione della controversia alternativi alla giurisdizione statale, come istituto a sé stante, si è già detto.⁸⁴ Pur non volendo insistere sulle argomentazioni sinora articolate in merito alla necessità di operare le dovute differenziazioni tra l'arbitrato e le altre forme alternative di risoluzione dei conflitti, sembra utile evidenziare come, nei vari ordinamenti nazionali,⁸⁵ la considerazione della struttura processuale, della funzione decisoria propria dell'arbitrato e degli effetti del lodo arbitrale, conduce correttamente a tenere distinto questo strumento di eterocomposizione della lite dagli altri istituti riconducibili ai c.d. ADR.⁸⁶

Se si approfondisce l'analisi, si osserva che, in molti Paesi, viene tracciata una netta linea di demarcazione tra l'arbitrato e le altre forme alternative di risoluzione, con particolare riguardo alla conciliazione e alla mediazio-

⁸³ Al riguardo, ci si permette di rinviare a Punzi, C., *Conciliazione e arbitrato*, cit., pp. 1028 ss. e *Id.*, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., I, 48 ss.

⁸⁴ *Cfr. supra*, §§ 3, 4 e 5.

⁸⁵ *Cfr.* Francia, Clay, T., § 11; Germania, G., § 11; Messico, Uribarri Carpintero, G., § 11.3; Polonia, Sawczuk, M., § 11; Spagna, Barona Vilar, S., § 11; Svizzera, Walter, G. Brunner, C., § 11; Turchia, Özsunay, E., § 11.

⁸⁶ La Commissione delle Comunità Europee esclude espressamente l'arbitrato dalla categoria degli ADR, per come da essa intesa, sebbene con una duplice motivazione fondata, da un lato, sull'argomentazione per cui "l'arbitrato è, in effetti, un modo di risoluzione delle controversie assimilabile più ai procedimenti giurisdizionali che ai modi alternativi, in quanto il lodo mira a sostituirsi alla decisione giudiziaria", dall'altro, sulla presenza di una specifica e articolata normativa sull'arbitrato; v. il *Libro Verde* adottato dalla Commissione europea in data 19 aprile 2002, cit., sub 1.1., 2, e relativa nota n. 2.

ne.⁸⁷ E' possibile, inoltre, osservare che in alcuni sistemi nazionali si cerca di evitare qualsiasi commistione tra l'arbitrato e le altre forme di giustizia alternativa, sancendosi l'incompatibilità, per colui il quale ha svolto nella controversia il ruolo di conciliatore o di mediatore, ad assumere, nella medesima controversia, il ruolo di arbitro.⁸⁸ Di contro, in vari ordinamenti, si registra un rapporto, tra gli istituti giuridici in esame, caratterizzato dalla previsione del ricorso alla conciliazione, o alla mediazione, per così dire "interno" all'arbitrato.⁸⁹

Si prevede, cioè, che la conciliazione possa inserirsi⁹⁰ nel corso di un arbitrato in via di svolgimento, rientrando nei poteri dell'arbitro quello di

⁸⁷ Cfr. *supra*, § 6 ed *ivi* le note nn. 37, 38 e 39; v., inoltre, Francia, Clay, T., § 11, secondo cui l'arbitrato è una forma di giustizia mentre la conciliazione non lo è; Germania, Walter, G., § 11 e Svizzera, Walter, G. Brunner, C., § 11, secondo i quali mentre l'arbitrato costituisce un modo per risolvere le controversie e termina in una decisione vincolante e soggetta ad esecuzione, la conciliazione, invece, a prescindere dal termine utilizzato per definirla, è un processo per mezzo del quale le parti chiedono ad una terza persona, o ad un collegio di persone, di dare loro assistenza per raggiungere una definizione amichevole di una controversia insorta relativamente ad un contratto o ad un altro rapporto giuridico tra esse intercorrente; in questo secondo caso, al conciliatore non viene attribuita l'autorità di imporre alle parti una decisione vincolante, come nell'arbitrato; cfr. Turchia, Özsunay, E., § 11, che evidenzia, tra l'altro, come nonostante l'accordo raggiunto in sede conciliativa sia vincolante, esso non è eseguibile come un lodo arbitrale; Belgio, Kohl, A., § 2, che sottolinea come, nell'ambito della mediazione familiare, nel caso in cui le parti non siano d'accordo sul risultato della mediazione, esse possono sollecitare la prosecuzione della procedura, sino al raggiungimento dell'accordo, che dovrà in ogni caso essere attuato dal giudice, oppure riassumere, in qualsiasi momento della procedura, la causa dinanzi al giudice togato.

⁸⁸ Cfr. Turchia, Özsunay, E., § 11; Giappone, Taniguchi, Y., § 11.3, che evidenzia come aspetto problematico la circostanza che laddove fallisca il tentativo di conciliazione che l'arbitro può effettuare, al fine di risolvere la controversia in modo amichevole, sia lo stesso arbitro a dover emettere la decisione, posto che potrebbe essere influenzato, soprattutto quando, nel corso della conciliazione, incontra le parti separatamente.

⁸⁹ Cfr. Danimarca, Smith, E., § 11.3; Francia, Clay, T., § 11; Germania, Walter, G., § 11; Giappone, Taniguchi, Y., § 11.3; Italia, Briguglio, A. (Ruffini, G.), § 11.3; Messico, Urbarri Carpintero, G., § 11.1; Polonia, Sawczuk, M., § 11; Spagna, Barona Vilar, S., § 11; Svizzera, Walter, G. Brunner, C., § 11; Turchia, Özsunay, E., § 11; Ungheria, Wopera, Z., § 11.1.

⁹⁰ Cfr. Danimarca, Smith, E., § 11.3; Francia, Clay, T., § 11; Germania, Walter, G., § 11; Giappone, Taniguchi, Y., § 11.3; Italia, Briguglio, A. (Ruffini, G.), § 11.3; Polonia, Sawczuk, M., § 11; Svizzera, Walter, G., Brunner, C., § 11; Turchia, Özsunay, E., § 11; Ungheria, Wopera, Z., § 11.1; Spagna, Barona Vilar, S., § 11, con la particolarità che, secondo quanto previsto dall'articolo 12.4 del RD 636/1993 per l'arbitrato in materia di consumo, ove si raggiunga, nel corso del giudizio arbitrale, la conciliazione, il giudizio verrà chiuso con la pronuncia di un "laudo" che, in quanto trasfusione dell'accordo raggiunto, viene definito "conciliatorio".

tentare, in qualsiasi momento del procedimento, la conciliazione delle parti; ovvero che essa debba necessariamente inserirsi nel corso del giudizio arbitrale, laddove o le parti abbiano così deciso, nel patto compromissorio,⁹¹ o sia così previsto dai regolamenti arbitrali,⁹² o dal legislatore.⁹³ Raramente è sancito, a livello normativo, l'obbligo di procedere al tentativo di conciliazione preventivamente all'instaurazione del giudizio arbitrale, come accade, sebbene limitatamente alle controversie di lavoro, in Messico e in Italia.⁹⁴

Peraltro, qualora nel corso del giudizio arbitrale, le parti addivengano ad un accordo, in sede conciliativa o di mediazione, l'arbitrato si chiuderà con una decisione di recepimento del concordato assetto di interessi.⁹⁵

Si prevede, altresì, che la mediazione possa costituire una fase necessaria dell'arbitrato, in tutte le ipotesi in cui le parti abbiano inteso ricorrere alla procedura mista di ADR denominata Med-Arb.⁹⁶

In questo caso, il procedimento si articola in due fasi: la prima, dedicata alla mediazione tra le parti, e la seconda, arbitrale e solo eventuale perché subordinata all'esito negativo della *mediation*. In specie, nella prima fase, le parti conducono trattative dinanzi ad un terzo neutrale, che le aiuta a chiarire le questioni su cui vi è contrasto, in modo tale da risolverle, sino a quando giungono ad un punto sul quale non riesce a convenirsi un accordo. A partire da questo momento, si apre la fase arbitrale, destinata a chiudersi con il lodo vincolante. Le parti decidono preventivamente se entrambe le fasi debbano essere affidate al medesimo soggetto o a soggetti diversi, tenuto conto, in particolare, dell'eventuale esigenza di evitare che la deci-

⁹¹ Cfr. Austria, Liebscher, C., § 11.2.; Giappone, Taniguchi, Y., § 11.1; Italia, Briguglio, A. (Ruffini, G.), § 11.2.; Svizzera, Walter, G., Brunner, C., § 11.1; Turchia, Özsunay, E., § 11.

⁹² Cfr. Ungheria, Wopera, Z., § 11.1; Germania, Walter, G., § 11.1; Messico, Uribarri Carpintero, G., § 11.1, che evidenzia come la conciliazione sia prevista quale momento del giudizio arbitrale soprattutto in caso di arbitrato in materia di diritto del lavoro, di diritto d'autore, di diritti del consumatore, in materia agraria, familiare, finanziaria e medica, sebbene con la puntualizzazione che solo in caso di arbitrato in materia di lavoro la conciliazione, obbligatoria, costituisce condizione necessaria per l'accesso alla giustizia arbitrale.

⁹³ Cfr. Uruguay, Greif, J., §§ 11.1 e 11.2.

⁹⁴ Cfr. Messico, Uribarri Carpintero, G., § 11.2; Italia, Briguglio, A. (Ruffini, G.), § 11.1.

⁹⁵ Cfr. *supra*, § 6 ed *ivi* le note nn. 37, 38 e 39.

⁹⁶ Questo istituto sembra essere particolarmente diffuso in Germania, Israele, Spagna e Svizzera,: cfr. Germania, Walter, G., § 12.4; Israele, Ottolenghi, S., §§ 11 e 12.4; Spagna, Barona Vilar, S., §§ 12 e 12.4; Svizzera, Walter, G. Brunner, C., § 12.

sione arbitrale venga presa sulla base di informazioni ed elementi che, esposti in sede di composizione amichevole, dovevano rimanere confidenziali e ignorati nella fase di decisione arbitrale.

Volendo, ora, soffermarsi più analiticamente sulle varie forme alternative di risoluzione dei conflitti, diverse dall'arbitrato, appare opportuno sottolineare come, al di là dei tratti comuni già evidenziati, ai quali si aggiungono, generalmente, la maggiore semplicità, informalità e rapidità di siffatti procedimenti rispetto alle ordinarie forme di tutela nonché la loro ridotta onerosità, ciascun strumento di ADR presenti caratteri e modalità peculiari.

La diversità può concernere le modalità di svolgimento e la tecnica di risoluzione del conflitto (che a volte prevede l'intervento di un terzo "neutrale", altre volte è affidata alle parti), la funzione (che ora è di eliminazione della controversia per estinzione, ora di sua prevenzione), la tipologia delle controversie oggetto di risoluzione.

Alla disamina delle diverse tipologie pare opportuno premettere come, talvolta, non si colgano facilmente le dovute differenziazioni. È quanto accade in relazione alla conciliazione e alla mediazione.

Mentre, infatti, in alcuni ordinamenti nazionali, la conciliazione e la *mediation* sostanzialmente indicano il medesimo fenomeno,⁹⁷ in altri si distinguono,⁹⁸ prevalentemente in ragione del fatto che la conciliazione si conclude con un accordo stipulato tra le parti, sebbene raggiunto mediante l'opera del conciliatore, il quale offre assistenza alle parti, che conservano uno stretto controllo della procedura,⁹⁹ la mediazione, invece, è una procedura in cui il terzo attivamente promuove il superamento del conflitto, anche predisponendo e presentando la possibile soluzione, senza, tuttavia, poterla imporre alle parti, diversamente dall'arbitro. Nondimeno, sotto un profilo più strettamente procedimentale, le tecniche utilizzate dal conciliatore e dal mediatore sono analoghe: in entrambe le ipotesi, il terzo deve porsi in una posizione neutrale rispetto alle parti, e deve compiere ogni attività idonea, nel caso concreto, a rendere le parti edotte e

⁹⁷ Cfr. Danimarca, Smith, E., § 12.

⁹⁸ Cfr. Austria, Liebscher, C., § 12; Spagna, Barona Vilar, S., § 12; Uruguay, Greif, J., § 12.3; Belgio, Kohl, A., § 2, che sottolinea come, sebbene i due istituti presentino caratteri comuni, trattasi di fenomeni diversi, posto che la mediazione ricorre ad una tecnica propria per ristabilire degli scambi tra le parti, per mezzo dell'uso delle scienze umane e della comunicazione.

⁹⁹ Sugli elementi caratterizzanti la conciliazione e, in specie, sugli elementi differenzianti la stessa rispetto all'arbitrato, v. *supra*, § 3.

consapevoli dello stato oggettivo della controversia, in modo tale da condurle ad una esatta valutazione della situazione, necessaria ad un superamento amichevole della lite. In entrambi i casi, quel che si cerca di ottenere con lo strumento di giustizia alternativa, è una soluzione conveniente per le parti, e quindi per le stesse accettabile, sulla base di una conoscenza reale della situazione di fatto e di una ponderazione degli interessi in gioco che tenga conto di dati, per così dire, economici, ancor prima che giuridici.

In particolare, dall'esame comparatistico, emerge che la conciliazione e la mediazione costituiscono gli strumenti di tutela alternativa più diffusi nei Paesi di *civil law*,¹⁰⁰ non trovando, invece, rilevante applicazione¹⁰¹ le forme di giustizia alternativa denominate “quasi giurisdizionali”, in relazione soprattutto all'articolata procedimentalizzazione che le caratterizza, conosciute nei Paesi di *common law* (quali, a titolo esemplificativo, Private Judging,¹⁰² Mini Trial,¹⁰³ Summary Jury Trial).¹⁰⁴

Quanto alla conciliazione, si è già detto che trattasi di uno strumento di risoluzione dei conflitti alternativo alla tutela giurisdizionale, con il quale le parti addivengono, con l'ausilio di un terzo neutrale, ad una soluzione amichevole della controversia, attraverso un accordo alla cui composizione sono pervenute in virtù del *consilium* offerto dal conciliatore.¹⁰⁵

Essa è regolamentata, nei vari sistemi nazionali, tanto come strumento da utilizzare al di fuori di ogni vicenda giudiziaria (o anche arbitrale), ora

¹⁰⁰ *Cfr.*, in particolare, Austria, Liebscher, C., § 12; Belgio, Kohl, A., § 2; Giappone, Taniguchi, Y., § 12; Israele, Ottolenghi, S., § 12; Spagna, Barona Vilar, S., § 12; Ungheria, Wopera, Z., § 12.; Uruguay, Greif, J., § 12.1.

¹⁰¹ Con eccezione, a quanto risulta, per la Svizzera dove la Camera di Commercio di Zurigo ha adottato, in data 5 ottobre 1984, proprie norme di Mini Trial; *cfr.* Svizzera, Walter, G., Brunner, C., § 12.

¹⁰² Trattasi di uno strumento attraverso il quale le parti presentano il caso controverso ad un giudice privato designato di comune accordo (di solito un giudice dello Stato in pensione), seguendo le regole del giudizio ordinario. All'esito, il giudice rende una decisione vincolante per le parti.

¹⁰³ È un procedimento privato e consensuale, in cui le contrapposte posizioni vengono considerate in una specie di giudizio simulato, in cui un *advisor* neutrale tenta in primo luogo la conciliazione e, in caso di esito negativo, rende un parere non vincolante circa il probabile esito del processo.

¹⁰⁴ È una sorta di Mini Trial che si svolge dinanzi ad una *mock jury*, la quale emana un *advisory verdict*, che fornisce alle parti una base affidabile sulla quale trovare l'accordo reciprocamente conveniente.

¹⁰⁵ *V. supra*, § 3.

su iniziativa libera alle parti, ora obbligatoriamente, in funzione preventiva dell'instaurazione del processo, quanto come strumento da utilizzare in pendenza del giudizio, in funzione deflattiva.

Con riferimento alle ipotesi di conciliazione extragiudiziaria, si riscontra, in particolare, che la procedura è affidata prevalentemente a soggetti o organismi di carattere privato,¹⁰⁶ sebbene non manchino casi nei quali le funzioni conciliative vengano svolte esclusivamente¹⁰⁷ o, comunque prevalentemente,¹⁰⁸ da organismi pubblici.

Quanto alle modalità di svolgimento, esse, per lo più, non sono rigidamente predeterminate e, generalmente, sulla scia dell'esperienza anglosassone, vengono scandite in una fase introduttiva, in cui il conciliatore illustra alle parti il procedimento che intende seguire; in una fase *problem determining*, in cui le parti espongono al conciliatore i termini della controversia, anche in sedute separate (cd. *Caucuses*); in una fase *clarifying*, in cui il conciliatore riassume quanto esposto dalle parti e fornisce una ricostruzione della vicenda e, infine, in una fase di discussione, nella quale le parti, alla luce della valutazione complessiva della vicenda come riproposta, formulano le ipotesi di *settlement* idoneo a definire la controversia.

La conciliazione può essere attivata dalle parti in vario modo: mediante una decisione congiunta, oppure una richiesta unilaterale di tentare la conciliazione,¹⁰⁹ a controversia già insorta, o tramite l'inserimento di un'apposita clausola nei contratti.¹¹⁰

Accanto a queste ipotesi di conciliazione rimesse alla discrezionalità delle parti, si riscontrano casi in cui tale strumento di giustizia alternativa costituisce, per espressa previsione normativa, una fase prodromica al pro-

¹⁰⁶ Come previsto in Austria, Germania, Israele, Messico, Svizzera, Ungheria: *cfr.* Austria, Liebscher, C., § 12.1; Germania, Walter, G., § 12.1; Israele, Ottolenghi, S., § 12.1; Messico, Uríbarri Carpintero, G., § 12.1; Svizzera, Walter, G., Brunner, C., § 12.1; Ungheria, Wopera, Z., § 12.1.

¹⁰⁷ *Cfr.* Uruguay, Greif, J., § 12.1.

¹⁰⁸ *Cfr.* Giappone, Taniguchi, Y., § 12. In altri Paesi, come l'Italia e la Spagna, la conciliazione è affidata, in materia di rapporti di lavoro, ad organismi amministrativi: *cfr.* Spagna, Barona Vilar, S., § 12.1.

¹⁰⁹ Tale è ad esempio la richiesta che, in alcuni ordinamenti, i cittadini possono inoltrare ad organismi pubblici o privati variamente denominati (*Ombudsman*, Difensore Civico, etc.) al fine di favorire un componimento amichevole di una controversia che li oppone all'amministrazione o ad altro ente erogatore di servizi pubblici (*cfr.* ad esempio Spagna, Barona Vilar, S., § 12).

¹¹⁰ *Cfr.* Turchia, Özsunay, E., § 11.

cesso, necesaria e obbligatoria, disciplinata quale condizione di procedibilità dello stesso. Per l'analisi di questa tipologia rinviamo a quanto esposto nel prosieguo,¹¹¹ limitandoci per adesso al rilievo per cui la configurazione della conciliazione quale filtro obbligatorio per l'accesso alla tutela giurisdizionale ordinaria riveste carattere eccezionale, costituendo connotato tipico dei c.d. ADR la spontaneità e la volontarietà.

Per quello che concerne, la mediazione, merita particolare segnalazione la sua recente diffusione in determinati settori, quale quello del consumo¹¹²

¹¹¹ *Cfr. infra*, § 11.

¹¹² *Cfr.* Portogallo, Lebre Freitas, J., § 12.1. Con riferimento, più in generale, alla diffusione dei vari strumenti di ADR nella materia del consumo, si rileva che, nell'ambito dei Paesi appartenenti all'Unione Europea, negli ultimi anni sono stati realizzati importanti lavori in materia di ricorso ai c.d. ADR nel settore delle controversie attinenti al diritto del consumo, interne e transfrontaliere, collegate o meno all'uso di Internet, nell'ambito di un più ampio programma finalizzato a garantire ai consumatori un migliore accesso alla giustizia. A tal proposito, si annoverano, in particolare, il *Libro Verde* adottato dalla Commissione europea data 16 settembre 1993, Com (93) 576 def., sull'accesso dei consumatori alla giustizia e la risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del mercato unico; la comunicazione della Commissione del 14 febbraio 1996, Com (96) 13 def., relativa ad un piano d'azione sull'accesso dei consumatori alla giustizia e alla risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del mercato interno; la comunicazione della Commissione del 30 marzo 1998, Com (1998) 198 def., sulla risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo; la comunicazione della Commissione del 4 aprile 2001, sull'ampliamento dell'accesso dei consumatori alla risoluzione alternativa delle controversie, Com (2001) 161 def.

Sempre nell'ambito del programma diretto a promuovere la risoluzione stragiudiziale delle controversie con metodi alternativi, nella materia in esame, il Consiglio d'Europa ha adottato, in data 28 maggio 2001, la decisione n. 2001/470/CE, relativa all'istituzione di una rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale. Il sistema così previsto si avvale di Internet e comprende la possibilità di comporre le controversie con metodi alternativi, l'indicazione di centri nazionali di informazione e l'assistenza della rete comunitaria di organi nazionali per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo. D'altro canto, per facilitare l'accesso dei consumatori alle procedure extragiudiziarie per le controversie transfrontaliere, la Commissione Europea ha creato due reti europee, oggi utilizzate nell'ambito di alcuni progetti-pilota. Si tratta della rete c.d. EEJ-Net, che assiste e informa i consumatori attraverso centri di assistenza nazionali, e la FIN-NET, per la risoluzione di liti in materia di servizi finanziari.

Merita una rapida segnalazione, altresì, lo sviluppo recente di forme di ADR applicate nell'ambito del commercio elettronico. In particolare, la risoluzione *on line* delle controversie viene pensata come modalità facile e innovativa per la composizione di controversie derivanti dal commercio via Internet, sia nei rapporti *business to consumer* (cd. Mercato B2C), sia nei rapporti *business to business* (cd. Mercato B2B). Lo stato della diffusione dei c.d. ODR (*Online Dispute Resolution*) non è ancora piuttosto rilevante, tuttavia in alcuni Paesi, come la Germania e l'Italia, sono in corso di svolgimento progetti-pilota;

e dei rapporti familiari.¹¹³ A tal proposito, è possibile prendere in considerazione il sistema di mediazione regolamentato nell'ordinamento belga, ai sensi della legge nazionale del 19 febbraio 2001¹¹⁴ e, con l'occasione, trarre notazioni di più ampio respiro.

Il sistema in esame prevede, in primo luogo, l'accesso alla mediazione esclusivamente in pendenza del giudizio ordinario dinanzi all'organo giurisdizionale, con la nomina del mediatore su designazione del giudice. Non è previsto che le parti facciano ricorso al mediatore al di fuori della procedura giudiziale. D'altro canto, per poter esperire la mediazione è pur sempre necessario il consenso delle parti, posto che, se è vero che la designazione del mediatore è opera del giudice, è altrettanto vero che l'organo giurisdizionale, in tanto può ricorrere al mediatore, in quanto vi sia una richiesta congiunta dei litiganti oppure ottenga il loro consenso nell'ipotesi di iniziativa officiosa. Trattasi, pertanto, di una forma di ADR nella quale la funzione è affidata al terzo neutrale, non già dalle parti, ma dal giudice.¹¹⁵

Il mediatore è scelto tra soggetti in possesso di determinati requisiti e competenze.¹¹⁶ Si sottolinea, in proposito, come abbiano preponderante rilevanza, ai fini di un esito positivo della procedura di giustizia alternativa, proprio le capacità del terzo chiamato a svolgere la funzione *lato sensu* conciliativa, fondate anche sulle conoscenze specifiche nella materia in contestazione e sulla padronanza delle tecniche essenziali degli ADR. Si

per un'analisi dello stato di diffusione dei c.d. ODR, si rinvia al rapporto “*On-line Dispute Resolution: the State of Art and the Issues*”, curato dal *Centre Universitarie Informatique* in collaborazione con la Facoltà di Diritto dell'Università di Ginevra; per l'indicazione delle applicazioni attuali in Germania, v. il sito www.cybercourt.org; per l'applicazione in Italia, v. il modello di ODR della Camera di Commercio di Milano, sul sito www.risolvionline.it.

¹¹³ In materia di mediazione familiare, il Consiglio d'Europa ha adottato la raccomandazione n. R (98) 1 e attualmente sta elaborando un progetto di raccomandazione sulla mediazione civile; per lo stato del progetto, v. il sito www.uncitral.org/fr-index.htm.

¹¹⁴ *Cfr.* Belgio, Kohl, A., § 2; *cfr.*, inoltre, Spagna, Barona Vilar, S., § 12.3, che dà atto dell'incremento del ricorso alla mediazione familiare nella fase di esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali in materia.

¹¹⁵ Lo stesso dicasi per l'ulteriore forma di mediazione prevista dall'ordinamento belga, il c.d. Sistema di saldo collettivo dei debiti; *cfr.* Belgio, Kohl, A., § 2.

¹¹⁶ Per il caso di specie, trattasi di avvocati, che rispondono a specifici criteri predeterminati dal Potere Esecutivo; di notai, che rispondono a specifici criteri predeterminati dalla Camera Nazionale dei notai; di altre persone fisiche, che rispondono a determinati criteri stabiliti dalle Autorità competenti; *cfr.* sempre Belgio, Kohl, A., § 2.

avverte, pertanto, l'esigenza di promuovere un'adeguata formazione¹¹⁷ dei soggetti deputati e un controllo sugli stessi, esercitato pure attraverso la creazione di elenchi ufficiali, nei quali inserire i professionisti ritenuti in possesso dei requisiti necessari.¹¹⁸

Al fine di garantire la riuscita della mediazione familiare, nel sistema in esame viene, da un lato, fatto obbligo al mediatore di non divulgare fatti e notizie di cui abbia preso conoscenza nello svolgimento delle funzioni,¹¹⁹ dall'altro, sancito il carattere riservato di tutta la documentazione utilizzata nella procedura, implicante l'inutilizzabilità, salvo deroga accordata dalle parti e dal mediatore, di detto materiale in altra procedura giudiziaria, amministrativa e arbitrale.¹²⁰

Quanto, infine, al possibile esito della procedura oggetto d'esame, è stabilito che le parti possano, nel corso della mediazione, andare avanti sino a quando riescano a raggiungere l'accordo, ovvero abbandonare la procedura infruttuosa e riassumere la causa dinanzi al giudice. In caso di raggiunto accordo, esso deve essere "attuato" dal giudice, con una sentenza che, operato il controllo sull'accordo, lo recepisca.¹²¹

¹¹⁷ V., sul punto, il *Libro Verde* adottato dalla Commissione europea in data 19 aprile 2002, *cit.*, sub 3.2.3.1; *cfr.* inoltre, Spagna, Barona Vilar, S., § 12, che lamenta la mancanza di un'adeguata formazione dei mediatori; Austria, Liebscher, C., § 12, che dà atto della previsione, contenuta nel disegno di legge sulla mediazione attualmente all'esame del Parlamento, della creazione dello *status* ufficiale di "mediatore certificato".

¹¹⁸ In Ungheria, ad esempio, è tenuto dal Ministro di Giustizia un albo dei mediatori e delle società che impiegano mediatori, nel quale vengono inseriti soggetti in possesso di determinati requisiti, quale un alto livello di istruzione e un minimo di cinque anni di esperienza professionale: *cfr.* Ungheria, Wopera, Z., § 12.1.

¹¹⁹ *Cfr.* sempre Belgio, Kohl, A., § 2, con la specificazione che il mediatore, sia nell'ambito della mediazione familiare che nel sistema del saldo collettivo dei debiti, non può essere chiamato a rendere testimonianza su detti fatti in una procedura giudiziaria o amministrativa.

¹²⁰ L'obbligo di riservatezza, cui sono tenuti non solo il mediatore, ma anche le parti, connota in modo imprescindibile tutte le procedure di ADR. Il carattere riservato delle trattative e della documentazione prodotta risulta, infatti, condizione necessaria per la realizzazione della funzione conciliativa, essendo le parti stimolate, in quanto garantite sotto il profilo indicato, a rendere una descrizione reale ed effettiva della situazione fattuale, la quale consente al terzo lo svolgimento del proprio compito e la conduzione dei litiganti ad un accordo conveniente e quindi accettabile; *cfr.*, sulla questione, quanto riportato nel *Libro Verde* adottato dalla Commissione europea in data 19 aprile 2002, *cit.*, sub 3.2.2.1, e, altresì, Giappone, Taniguchi, Y., § 11.3.

¹²¹ *Cfr.* ancora Belgio, Kohl, A., § 2.

Alla luce di quanto ora rilevato, può sottolinearsi come questa procedura rivesta i caratteri tipici degli istituti riconducibili alla categoria degli ADR, individuati nella configurazione degli stessi quali strumenti non idonei ad impedire l'accesso alla tutela giurisdizionale,¹²² e diretti a concludersi con una soluzione che, lungi dall'essere espressione di un potere decisorio del terzo investito della procedura, costituisce esclusivamente manifestazione della volontà delle parti.

Quanto al primo carattere, ora indicato quale tipico delle forme di giustizia alternativa, appare opportuno ribadire come il rapporto tra questi strumenti e la tutela giurisdizionale venga configurato generalmente in termini tali per cui l'esperimento della procedura di ADR non spiega effetti sul processo,¹²³ fatte salve le eccezioni espressamente previste dalla legge costituite da ipotesi in cui l'esperimento della procedura di giustizia alternativa si pone quale condizione di procedibilità dell'azione ordinaria¹²⁴ e fatta salva la valutazione che, in sede giurisdizionale, il giudice può o deve effettuare in ordine all'accordo raggiunto dalle parti in seguito all'esperimento della procedura di ADR.

Il risultato raggiunto in sede di ADR risulta in ogni caso privo non solo dei caratteri propri di una sentenza emessa dall'organo giurisdizionale, ma anche dei caratteri propri del lodo arbitrale,¹²⁵ pronunciato all'esito di un tipico procedimento di eterocomposizione della controversia.¹²⁶ Esso acquista un'ulteriore valenza, concretizzantesi nella efficacia di titolo esecutivo, allorquando l'accordo venga raggiunto con l'intervento, in qualità di conciliatore o mediatore, del giudice (avvenga ciò nel corso del processo o in altra sede),¹²⁷ ovvero l'accordo venga trasfuso in un provvedimento dell'organo giurisdizionale o venga da questi "attuato".¹²⁸

¹²² Cfr. più ampiamente *infra*, § 11.

¹²³ Cfr. Austria, Liebscher, C., § 12.3.

¹²⁴ Per le quali cfr. ancora *infra*, § 11.

¹²⁵ Cfr. *supra*, §§ 3 e 4; cfr. Germania, Walter, G., § 11; Svizzera, Walter, G., Brunner, C., § 11; Turchia, Özsunay, E., § 11.

¹²⁶ Cfr. Austria, Liebscher, C., § 12.3; Giappone, Taniguchi, Y., § 12.3.

¹²⁷ Cfr. Polonia, Sawczuk, M., § 11. È quanto si verifica anche in Italia, per espressa previsione degli articoli 185 e 322 del codice di rito.

¹²⁸ Cfr. Giappone, Taniguchi, Y., § 12.3; Belgio, Kohl, A., § 2. In Italia ciò è stabilito, in particolare, per l'accordo raggiunto in sede di conciliazione in materia di lavoro, ai sensi degli articoli 411 e 412 del codice di rito. In Ungheria il raggiungimento dell'accordo in sede conciliativa o di mediazione spiega effetto, in relazione al processo eventualmente instaurato sulla medesima vicenda, limitatamente alla regolamentazione delle spe-

Alla luce della disamina effettuata, non può che concludersi con la constatazione della sussistenza di una variegata tipologia di strumenti di giustizia alternativa non facilmente riconducibile *ad unitatem*.

Tuttavia, nell'intento di offrire delle classificazioni che possano risultare d'aiuto all'interprete, considerato quanto emerge dall'analisi dei vari ordinamenti nazionali e sulla scia di quanto proposto dalla Commissione europea,¹²⁹ appare opportuno distinguere tra ADR a cui le parti in conflitto ricorrono al di fuori di qualsiasi vicenda giudiziaria, e nelle cui procedure le funzioni vengono prevalentemente svolte da soggetti o organismi di carattere privato,¹³⁰ e ADR in cui le funzioni sono esercitate da un giudice¹³¹ o affidate da un giudice ad un terzo,¹³² e, ancora, tra le ipotesi, prevalenti, nelle quali il ricorso alle forme di giustizia alternativa è rimesso alla libera iniziativa delle parti (o del giudice),¹³³ e le ipotesi, eccezionali, nelle quali, invece, lo strumento di ADR viene previsto quale "filtro" obbligatorio per l'accesso alle ordinarie forme di tutela giurisdizionale e quale condizione di procedibilità del processo.

9. Le diverse forme di arbitrato nazionale: arbitrato ad hoc e amministrato; arbitrato transnazionale. Tornando al tema dell'arbitrato, propriamente detto, comune a tutti gli ordinamenti appare la distinzione fra arbitrato *ad hoc* e arbitrato c.d. amministrato.¹³⁴

se processuali, posto che esse saranno a carico della parte attrice, indipendentemente dall'esito del giudizio: *cf.* Ungheria, Wopera, Z., §§ 12.3 e 12.4.

¹²⁹ *Cfr.* Libro Verde adottato dalla Commissione europea in data 19 aprile 2002, *cit.*, sub 1.1., 2.

¹³⁰ Come previsto in Austria, Germania, Israele, Messico, Svizzera, Ungheria: *cf.* Austria, Liebscher, C., § 12.1; Germania, Walter, G., § 12.1; Israele, Ottolenghi, S., § 12.1; Messico, Urbarri Carpintero, G., § 12.1; Svizzera, Walter, G., Brunner, C., § 12.1; Ungheria, Wopera, Z., § 12.1. Tuttavia, in altri Paesi, come l'Uruguay e il Giappone, le forme di giustizia alternativa vengono in prevalenza amministrate da organismi pubblici o amministrativi: *cf.* Uruguay, Greif, J., § 12.1; Giappone, Taniguchi, Y., § 12. In altri Stati, come l'Italia e la Spagna, la conciliazione è affidata, in materia di rapporti di lavoro, ad organismi amministrativi: *cf.* Spagna, Barona Vilar, S., § 12.1.

¹³¹ È generalmente riconosciuto il potere del giudice di tentare in ogni caso la conciliazione delle parti.

¹³² È quanto previsto, in particolare, in Belgio, per la mediazione in materia familiare e per il sistema di saldo collettivo dei debiti: *cf.* Belgio, Kohl, A., § 2.

¹³³ Come già sopra evidenziato, il carattere consensuale di queste forme di giustizia alternativa costituisce elemento caratterizzante la categoria in esame.

¹³⁴ *Cfr.* Germania, Walter, G., § 8; Grecia, Koussoulis, S., § 8.1; Israele, Ottolenghi, S., § 5.1; Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 8; Messico, Urbarri Carpintero, G., §§ 5.1

La suddetta distinzione non dà luogo ad una diversa natura del procedimento o del lodo arbitrale e dei suoi effetti: essa risiede in ciò, che nel caso di arbitrato *ad hoc* sono le parti, nel rispetto della disciplina legislativa, a dettare la regolamentazione per quel determinato processo arbitrale, mentre nel caso di arbitrato amministrato o istituzionalizzato le parti rinviando, per la disciplina del procedimento, alle norme di un'organizzazione arbitrale stabile avente generalmente una propria regolamentazione.

Con particolare riferimento all'arbitrato *ad hoc*, si è affermato autorevolmente che nel procedimento arbitrale opera, quale corollario del compromesso, il canone della "libertà di forme" o della "libertà del processo", riconosciuto in Italia, sin dai tempi più antichi, nella dottrina e nella giurisprudenza.¹³⁵

L'affermazione trova piena conferma nell'esperienza internazionale, ove tutti gli ordinamenti giuridici sono orientati nel senso di garantire la più ampia libertà alle parti nella determinazione delle forme del procedimento arbitrale.

In altre parole, tutti i Paesi considerati riconoscono alle parti il diritto ed il potere di stabilire liberamente le forme procedurali che dovranno regolare lo svolgimento del giudizio arbitrale.¹³⁶ Solo qualora le parti non abbiano espresso alcuna manifestazione di volontà in tal senso, nel patto arbitrale o in un accordo successivo, purché anteriore all'inizio del procedimento,¹³⁷ viene riconosciuto agli arbitri il potere di individuare in loro vece le regole applicabili al giudizio.¹³⁸

e 8.1, Spagna, Barona Vilar, S., §§ 5 e 8.1; Svizzera, Walter, G., Brunner, C., § 8; Turchia, Özsunay, E., § 5; Ungheria, Wopera, Z., §§ 5.1 e 8.1.

¹³⁵ Satta, S., *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 2, *cit.*, pp. 269 ss.

¹³⁶ *Cfr.* Austria, Liebscher, C., § 5.1; Belgio, Kohl, A., § 6; Danimarca, Smith, E., § 5; Grecia, Koussoulis, S., § 5.1; Francia, Clay, T., § 5; Germania, Walter, G., § 5; Giappone, Taniguchi, Y., § 5.1; Israele, Ottolenghi, S., § 5.1; Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 5; Messico, Uribarri Carpintero, G., § 5.1; Polonia, Sawczuk, M., § 5.1; Repubblica Ceca, Macková, A., § 5.1; Spagna, Barona Vilar, S., § 5.1; Svizzera, Walter, G., Brunner, C., § 5; Turchia, Özsunay, E., § 5; Ungheria, Wopera, Z., § 5.1; Venezuela, Quintero Tirado, M., Pesci Feltri Martínez, M., § 5.1.

¹³⁷ *Cfr.* Austria, Liebscher, C., § 5.1; Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 5.

¹³⁸ *Cfr.* Austria, Liebscher, C., § 5.1; Belgio, Kohl, A., § 6; Danimarca, Smith, E., § 5; Grecia, Koussoulis, S., § 5.1; Francia, Clay, T., § 5; Germania, Walter, G., § 5; Giappone, Taniguchi, Y., § 5.1; Israele, Ottolenghi, S., § 5.1; Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 5; Messico, Uribarri Carpintero, G., § 5.1; Polonia, Sawczuk, M., § 5.1; Repubblica Ceca, Macková, A., § 5.1; Spagna, Barona Vilar, S., § 5.1; Svizzera, Walter, G. Brunner, C., § 5; Turchia, Özsunay, E., § 5, ad esclusione dell'arbitrato internazionale, ove gli arbitri, in

Ora, se è vero che la “libertà del processo” è un connotato comune ad ogni manifestazione dell’arbitrato, è altrettanto vero che questa libertà trova il suo limite naturale nella necessità di attuare quel minimo di contraddittorio che viene considerato essenziale per enucleare la *species* “processo” dal *genus* “procedimento”. Ed infatti, ognuno degli ordinamenti considerati impone quale unico, ma al tempo stesso insormontabile, limite alla libertà delle parti il rispetto di alcuni principi fondamentali dell’ordinamento processuale.

Più specificamente, il discrimine tra la libertà del processo e l’arbitrio, che resta tale anche se si compie sotto il velo, l’apparenza del giudizio, è rappresentato dall’esistenza o meno di garanzie sufficienti ad assicurare la dialettica tra le parti della controversia (che sono anche destinatarie degli effetti del *dictum* che quel giudizio conclude) e l’imparzialità di chi giudica.

Vedremo più dettagliatamente nel prosieguo¹³⁹ come ogni ordinamento assicuri l’imparzialità degli arbitri, e la stessa assicurazione la ritroviamo puntualmente nel campo della determinazione delle forme del processo arbitrale: piena libertà delle parti, ma sempre e comunque nel rispetto del principio del contraddittorio, dell’uguaglianza e dell’equo trattamento delle parti e del diritto di difesa di queste ultime.¹⁴⁰

Pertanto, anche quando si postula la libertà del processo e più in particolare la libertà dalle rigide forme degli atti, in cui il processo si articola, è necessario, comunque, per conservare l’essenza, la dignità del giudizio, attuare l’*audiatur et altera pars* e custodire l’imparzialità di chi giudica, ciò che nessuno degli ordinamenti considerati ha mancato di fare.

Negli arbitrati amministrati, per contro, il procedimento arbitrale viene generalmente disciplinato dal regolamento dell’istituzione arbitrale prescelta.¹⁴¹

assenza di un accordo delle parti, dovranno condurre il procedimento in base alle norme stabilite dalla Legge sull’Arbitrato Internazionale n. 4686; Ungheria, Wopera, Z., § 5.1; Venezuela, Quintero Tirado, M., Pesci Feltri Martínez, M., § 5.1

¹³⁹ V. *infra*, §§ 19 e 20.

¹⁴⁰ Cfr. Austria, Liebscher, C., § 5.1; Belgio, Kohl, A., § 6; Danimarca, Smith, E., § 5; Francia, Clay, T., § 5; Germania, Walter, G., § 5.1; Giappone, Taniguchi, Y., § 5.1, che fa riferimento anche alla non superabilità del limite dato dalla non compromettibilità della controversia; Italia, Ruffini, G., § 5; Spagna, Barona Vilar, S., § 5.1; Svizzera, Walter, G., Brunner, C., § 5; Turchia, Özsunay, E., § 5.

¹⁴¹ Nulla esclude, tuttavia, che il regolamento stesso conferisca alle parti la più ampia libertà (cfr. Venezuela, Quintero Tirado, M., Pesci Feltri Martínez, M., § 3).

Qualora infatti le parti decidano di rivolgersi ad un'istituzione permanente di arbitrato, la nomina degli arbitri e la determinazione dei loro requisiti avverrà in conformità con quanto stabilito dal regolamento arbitrale.¹⁴²

I regolamenti delle istituzioni permanenti di arbitrato predispongono inoltre una disciplina del procedimento arbitrale notevolmente più dettagliata di quella generalmente predisposta dai singoli ordinamenti nazionali: così ad esempio avviene per le ipotesi di nomina degli arbitri in arbitrati con pluralità di parti,¹⁴³ o per la disciplina dell'intervento e della chiamata di terzi nel giudizio arbitrale,¹⁴⁴ o ancora per la riunione di procedimenti arbitrali connessi.¹⁴⁵

Sulla base delle relazioni nazionali emerge anche come sia ormai conosciuto e considerato dalla totalità degli ordinamenti giuridici, sensibili alle peculiari esigenze connesse ai rapporti commerciali internazionali, il fenomeno dell'arbitrato transnazionale.

Per quanto non emerga una definizione unitaria di arbitrato transnazionale, viene tendenzialmente qualificato come tale quell'arbitrato avente ad oggetto controversie private che presentano particolari elementi di internazionalità, quali, sul piano soggettivo, la cittadinanza straniera ovvero la residenza o il domicilio (o la sede in caso di persona giuridica) all'estero di almeno una delle parti dell'arbitrato e, sul piano oggettivo, la riconducibilità della controversia compromessa in arbitrato a rapporti di commercio internazionale.¹⁴⁶

Alla sua diffusione pratica ed all'approfondimento della sua regolamentazione a livello di normativa nazionale, hanno senz'altro contribuito in modo rilevante alcune Convenzioni multilaterali, come ad esempio la Convenzione europea sull'arbitrato commerciale internazionale datata Ginevra 21 aprile 1961, l'Accordo di Parigi del 17 dicembre 1962 relativo

¹⁴² *Cfr.* Israele, Ottolenghi, S., § 3.1; Spagna, Barona Vilar, S., §§ 3 e 3.1; Turchia, Özsunay, E., § 3.1; Ungheria, Wopera, Z., § 3; Venezuela, Quintero Tirado, M., Pesci Feltri Martínez, M., § 3.

¹⁴³ Così ad esempio le Norme relative all'Associazione dell'Arbitrato Commerciale Giapponese, JCAA (Giappone, Taniguchi, Y., § 3.4); le Norme Arbitrali della Camera di Commercio e dell'Industria di Ginevra del 1 maggio 2000 e le Norme sull'Arbitrato Internazionale della Camera di Commercio di Zurigo del 1 gennaio 1989 (Svizzera, Walter, G., Brunner, C., § 3.4).

¹⁴⁴ *Cfr.* Giappone, Taniguchi, Y., § 5.5; Svizzera, Walter, G., Brunner, C., § 5.5.

¹⁴⁵ *Cfr.* Germania, Walter, G., § 5.6; Giappone, Taniguchi, Y., § 5.6; Svizzera, Walter, G., Brunner, C., § 5.6.

¹⁴⁶ *Cfr.* Italia, Briguglio, A. (Ruffini, G.), § 20; Svizzera, Walter, G., Brunner, C., § 20.

all'applicazione della predetta Convenzione, la Convenzione sulla decisione per mezzo dell'arbitrato delle controversie civili derivanti dai rapporti di cooperazione economica e scientifico-tecnologica, firmata a Mosca il 26 maggio 1972,¹⁴⁷ cui si sono accompagnati numerosi trattati bilaterali.

Proprio la presenza di numerose Convenzioni, multilaterali e bilaterali, sul tema dell'arbitrato commerciale internazionale spiega la ragione per cui è possibile rinvenire una regolamentazione di tale tipo di arbitrato in ogni ordinamento, anche in quelli che hanno ritenuto di non predisporre una disciplina *ad hoc* di fonte nazionale.

Da un lato, infatti, vi sono ordinamenti che non predispongono alcuna norma al riguardo, lasciando che siano le Convenzioni internazionali cui hanno aderito a dettarne la relativa disciplina.¹⁴⁸

Dall'altro, la maggior parte dei Paesi, pur rimanendo vincolata al rispetto degli obblighi assunti con la ratifica delle Convenzioni internazionali, ha optato per una regolamentazione specifica dell'istituto, più o meno dettagliata, ma di fonte legislativa nazionale, nella quale risultano in ogni caso trasfusi i principi elaborati a livello internazionale.

Abbiamo così numerosi ordinamenti che predispongono per l'arbitrato internazionale una normativa tendenzialmente completa e idonea a disciplinarne gli aspetti più delicati, quali la scelta del diritto sostanziale applicabile al merito della controversia, la regolamentazione dell'impugnabilità del lodo internazionale, la rilevanza da attribuire ai sistemi normativi di fonte non statale quali gli usi commerciali e la *lex mercatoria*.¹⁴⁹ In tutti

¹⁴⁷ La predetta Convenzione, entrata in vigore tra gli Stati appartenenti al CMEA, ha cessato la sua vigenza con il venir meno del CMEA stesso.

¹⁴⁸ Laddove infatti non vi sia alcuna norma di fonte nazionale permane l'operatività delle Convenzioni internazionali, come accade, ad esempio, negli ordinamenti austriaco, nipponico, ceco e venezuelano: *cfr.* Austria, Liebscher, C., § 21; Giappone, Tanuguchi, Y., § 21, ove, peraltro, è al vaglio degli organi legislativi una nuova legge sull'arbitrato, che presumibilmente conterrà un capitolo dedicato specificamente all'arbitrato internazionale; Repubblica Ceca, Macková, A., § 21; Venezuela, Quintero Tirado, M., Pesci Feltri Martínez, M., § 21.

¹⁴⁹ *Cfr.* Danimarca, Smith, E., § 21; Italia, Briguglio, A. (Ruffini, G.), § 20, la cui legge 5 gennaio 1994, n. 25 ha introdotto nel titolo ottavo del quarto libro del codice di procedura civile un nuovo capo VI, dedicato esclusivamente all'arbitrato internazionale (articoli 832-838 c.p.c.); Portogallo, Lebre Freitas, J., § 21; Spagna, Barona Vilar, S., § 21, il cui titolo X della Legge di Arbitrato del 5 dicembre del 1988 disciplina specificamente le ipotesi in cui il giudizio arbitrale abbia ad oggetto controversie caratterizzate da elementi di estraneità; Svizzera, Walter, G., Brunner, C., §§ 1.1 e 21 ove il capitolo 12 del PILS, ha ad oggetto gli arbitrati avente sede in Svizzera ma nei quali almeno una delle

questi casi, la disciplina speciale viene comunque ad essere integrata dalle norme generali previste per l'arbitrato puramente interno e dalle disposizioni contenute negli accordi internazionali.¹⁵⁰

Vi sono infine altri Paesi in cui non è prevista una disciplina differenziata per l'arbitrato interno e per quello internazionale, in quanto le norme dettate per il primo sono già di per sé idonee a soddisfare le peculiari esigenze del secondo.¹⁵¹

Quale che sia il sistema prescelto, è evidente l'aspirazione, comune a tutti gli Stati, di tenere conto, per gli arbitrati caratterizzati da elementi di internazionalità, degli elementi di minore collegamento con l'ordinamento nazionale e di rendere meno penetrante il controllo, sia normativo sia giurisdizionale, sulla procedura arbitrale e sulla decisione degli arbitri. Solo una siffatta elasticità, del resto, sembra in grado di soddisfare quelle esigenze imprescindibili nei rapporti di commercio internazionale, quali la speditezza dei traffici, la mancanza di formalismi e la generale stabilità del lodo arbitrale, e conseguentemente di garantire all'arbitrato un concreto futuro quale effettivo ed utile strumento di risoluzione delle controversie.

III. LA VOLONTÀ DELLE PARTI NELL'ARBITRATO E NELLE ALTRE FORME DI RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE ALTERNATIVE ALLA GIURISDIZIONE ORDINARIA

10. *Arbitrato obbligatorio ed arbitrato volontario.* La storia dell'istituto dell'arbitrato¹⁵² insegna che, per quanto concerne la fonte del giudizio

parti non abbia la residenza o il domicilio nella Confederazione; Turchia, Özsunay, E., § 21, con la Legge sull'Arbitrato Internazionale n. 4686 (AIA); Ungheria, Wopera, Z., § 21, la cui legge LXXI del 1994 sull'arbitrato (Aa) contiene regole speciali applicabili ai soli arbitrati internazionali.

¹⁵⁰ Cfr. Danimarca, Smith, E., § 20; Germania, Walter, G., § 1; Israele, Ottolenghi, S., § 20; Italia, Briguglio, A. (Ruffini, G.), § 20; Ungheria, Wopera, Z., § 20.

¹⁵¹ Cfr. Germania, Walter, G., § 21, in cui non v'è una normativa *ad hoc* per l'arbitrato internazionale, applicandosi il Libro X, §§ 1025-1066, ZPO, sia all'arbitrato interno che a quello internazionale; Messico, Uribarri Carpintero, G., § 21, ove il Codice di Commercio, di "vocazione internazionale", contiene norme atte a disciplinare qualsiasi arbitrato commerciale, nazionale o internazionale che sia.

¹⁵² Vedi fundamentalmente: Crifò G., *Arbitrato, a) Diritto romano*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, pp. 893 ss.; Marani, G., *Favore e disfavore per l'arbitrato nella storia giuridica italiana e francese*, in *Rass. arb.*, 1964, pp. 47 ss.; *Id.*, *Aspetti negoziali e aspetti*

arbitrale, in origine il diritto romano non conosceva che un tipo di arbitrato, l'arbitrato volontario (*ex voluntate partium*). In particolare, anzi, occorre una duplice manifestazione di volontà: com'è noto al *pactum*, o *conventio*, con il quale le parti si accordavano per deferire ad un terzo l'assetto di interessi comuni oggetto di controversia, dovevano seguire, al fine di rendere giuridicamente rilevante nell'ordinamento il *dictum* degli arbitri, le *stipulationes poenae*, cioè contratti unilaterali con cui ciascuna parte si impegnava a pagare all'altra una certa somma in caso di inadempimento del *dictum* arbitrale. In assenza di tali *stipulationes* il *dictum* era infatti inidoneo a far sorgere obbligazioni tra le parti.

È solo nel diritto intermedio che all'arbitrato volontario si affianca un arbitrato necessario imposto alle parti (*ex necessitate legis seu statuti*) per alcuni tipi particolari di controversie. In questo periodo si colloca la nascita di una nuova forma di Stato, il Comune, il quale, al fine di promuovere la propria affermazione e di essere riconosciuto da parte dei componenti della *civitas*, sostiene i vari gruppi sociali che la compongono proteggendone la sopravvivenza e l'autonomia attraverso l'imposizione ai loro membri dell'arbitrato quale unico mezzo per risolvere le liti nell'ambito del gruppo stesso (organismi familiari, società, contrade).

Questo nuovo istituto conoscerà in seguito un breve periodo di particolare fortuna. Nella Francia rivoluzionaria la diffidenza dei costituenti nei confronti dei *parlements*, visti come rappresentanti della parte più reazionaria della società e quindi come possibili ostacoli alla pratica attuazione dei nuovi principi costituzionali, portò a sancire nelle varie costituzioni non solo che il diritto dei cittadini all'arbitrato non poteva essere impedito o soppresso (*"le droit des citoyens, de terminer définitivement leurs contestations par la voie de l'arbitrage, ne peut recevoir aucune atteinte par les actes du Pouvoir législatif"*),¹⁵³ ma anche la estensione dei casi di arbitrato necessa-

processuali dell'arbitrato, Torino, 1966; Pertile, A., *Storia del diritto italiano*, VI, 1, Torino, 1900, pp. 169 ss.; Piano Mortari, V., *Arbitrato*, b) *Diritto intermedio*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, pp. 895 ss.; Punzi, C., *L'arbitrato nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 1973, I, pp. 327 ss.; *Id.*, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., I, pp. 3 ss.; Satta, S., *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, 1969 (rist.); Taruffo, M., *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna, 1980, pp. 44 ss.

¹⁵³ Così testualmente l'articolo 5 del cap. V del tit. III della Costituzione del 3 settembre 1791. Di analogo tenore anche gli articoli 86 della Costituzione del 24 giugno 1793 e 210 della Costituzione del 5 fruttidoro dell'anno III. Per il testo di questi articoli v. Saitta, A., *Costituenti e Costituzioni della Francia rivoluzionaria e liberale (1789-1875)*, Mila-

rio ad una quantità notevole di controversie.¹⁵⁴ È noto come tali ultimi eccessi non durarono a lungo, e come l'arbitrato necessario tornò presto ad essere previsto solo per alcune specifiche controversie.¹⁵⁵

L'attuale panorama internazionale relativo alla disciplina della fonte dell'arbitrato rispecchia fedelmente questa storia.

Ed infatti, nonostante la varietà delle diverse legislazioni, tutte prevedono come principale fonte dell'arbitrato la volontà delle parti e poche e mal tollerate sono le ipotesi di arbitrato necessario.¹⁵⁶

Preliminarmente occorre precisare che vanno espunte dall'area dell'arbitrato necessario tutte quelle ipotesi in cui sotto tale formula si cela una realtà diversa, e si è fuori dall'arbitrato.¹⁵⁷

no, 1975, rispettivamente, pp. 274, 427, 487. Molti dei principi sanciti nelle costituzioni francesi furono fatti propri anche in Italia dalle cc.dd. costituzioni giacobine (sulle quali v. Ghisalberti, C., *Le Costituzioni "giacobine"*, Milano, 1957). In particolare per quanto concerne l'arbitrato frequente è l'affermazione del diritto dei cittadini a tale istituto. Vedi ad esempio l'articolo 132 della Costituzione di Bologna del 1796, secondo cui "niuno è costretto a fare compromesso ma chiunque può farlo", o l'articolo 230 della Costituzione della Repubblica Cispadana del 1797, a tenore del quale "non si può impedire ad alcuno di far decidere sulle sue differenze per mezzo d'arbitri scelti dalle parti". I testi di tali articoli possono leggersi in Aquarone, A., D'Addio, M., Negri, G., *Le costituzioni italiane*, Milano, 1958, pp. 23 e 63. Nella medesima opera possono leggersi le disposizioni costituzionali degli altri stati italiani di analogo tenore.

¹⁵⁴ Marani, G., *Aspetti negoziali e aspetti processuali dell'arbitrato*, cit., 87, nota n. 3. Contrario alla introduzione dell'istituto dell'arbitrato obbligatorio si era mostrato Robespierre nel "Discours sur l'institution de l'arbitrage" del 17 giugno 1793, secondo il quale "l'institution de l'arbitrage est sublime, sans doute, mais elle est faite pour un peuple dont les moeurs et les institution sont simples. Nous faisons, au contraire, des lois pour un peuple dont les moeurs sont loin de cette simplicité qui rapproche l'homme de la nature, son code-civil ne peut etre que tres complique; par consequent l'institution de l'arbitrage forcè ne peut lui convenir". Il passo riportato è ripreso da Cattaneo, M. A., *Illuminismo e legislazione*, Milano, 1966, pp. 109 ss., e può leggersi anche in Id., *Libertà e virtù nel pensiero politico di Robespierre*, Varese-Milano, 1968, pp. 75 ss.

¹⁵⁵ Marani, G., *Aspetti negoziali e aspetti processuali dell'arbitrato*, cit., pp. 89 ss.

¹⁵⁶ Cfr. Austria, Liebscher, C., § 2; Danimarca, Smith, E., § 2; Germania, Walter, G., § 2; Israele, Ottolenghi, S., § 2; Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 2; Portogallo, Lebre Freitas, J., § 2; Repubblica Ceca, Macková, A., § 2; Svizzera, Walter, G. Brunner, C., § 2.1.; Turchia, Özsunay, E., § 2; Uruguay, Greif, J., § 3; Venezuela, Quintero Tirado, M., Pesci Feltri Martínez, M., § 2.

¹⁵⁷ Si legge per esempio nella relazione francese (Francia, Clay, T., § 2) che i due casi di arbitrato obbligatorio previsti dal tale ordinamento, proprio per il fatto che non si tratta di arbitrati riconducibili alla volontà delle parti, dal punto di vista giuridico, non sono qualificati come arbitrato.

Ciò accade, ad esempio, laddove si prevedono delle procedure definite arbitrati le quali, tuttavia, si svolgono dinnanzi a tribunali statali e che solo per tradizione continuano ad essere chiamati arbitrati.

È questo il caso dell'arbitrato obbligatorio previsto dall'ordinamento messicano nel campo delle controversie di lavoro, che si svolge presso la "Camera di conciliazione ed Arbitrato", che è un tribunale dello Stato.¹⁵⁸ Analoga sembra essere la situazione in alcuni casi di arbitrato obbligatorio previsti dall'ordinamento svizzero, nei quali il giudizio si svolge innanzi ai tribunali amministrativi cantonali.¹⁵⁹

Precisato ciò che non può essere considerato arbitrato obbligatorio,¹⁶⁰ è doveroso innanzitutto segnalare che — a parte gli ordinamenti che non prevedono casi di arbitrato obbligatorio —¹⁶¹ spesso le disposizioni che stabiliscono l'arbitrato si pongono in contrasto con l'esistenza nel medesimo ordinamento del principio costituzionale, non suscettibile di essere derogato da fonti normative di rango inferiore, del diritto di azione innanzi ai

¹⁵⁸ Cfr. Messico, Uribarri Carpintero, G., § 2.

¹⁵⁹ Cfr. Svizzera, Walter, G. Brunner, C., § 2.

¹⁶⁰ Si deve segnalare che in nessuno dei vari ordinamenti considerati è previsto un istituto analogo alla *court-annexed arbitration* statunitense (sulla quale v. Silvestri, E., *La "Court-annexed arbitration": un nuovo rimedio per un vecchio problema*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1995, pp. 1035 ss.): Austria, Liebscher, C., § 4.1; Danimarca, Smith, E., § 4.1; Francia, Clay, T., § 4.1; Germania, Walter, G., § 4.1; Giappone, Taniguchi, Y., § 4.1; Israele, Ottolenghi, S., § 4.1; Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 4.1; Messico, Uribarri Carpintero, G., § 4.1; Polonia, Sawczuk, M., § 4.1.; Portogallo, Lebre Freitas, J., § 4.1; Repubblica Ceca, Macková, A., § 4.1; Spagna, Barona Vilar, S., § 4.1; Svizzera, Walter, G. Brunner, C., § 4.1.; Ungheria, Wopera, Z., § 4.1; Uruguay, Greif, J., § 4.1; Venezuela, Quintero Tirado, M., Pesci Feltri Martínez, M., § 4.1. Si tratta, com'è noto, della facoltà che ha il giudice di obbligare le parti, successivamente all'inizio del giudizio, a rivolgersi ad un arbitro per far decidere la controversia. La decisione dell'arbitro, tuttavia, non è vincolante per le parti, ciascuna delle quali, infatti, può rivolgersi al giudice e quindi chiedere che la causa venga decisa come se l'arbitrato non avesse avuto luogo. La parte che tuttavia richiede il giudizio, oltre a pagare le spese del giudizio arbitrale, deve altresì versare una cauzione a garanzia del pagamento delle spese del giudizio ordinario. L'istituto presenta alcune analogie con quanto previsto dall'ordinamento ungherese relativamente però alla conciliazione: cfr. Ungheria, Wopera, Z., § 12.3.

¹⁶¹ Tale assenza viene, in alcuni paesi, ritenuta una conseguenza inevitabile della natura volontaria dell'arbitrato stesso (cfr. Giappone, Taniguchi, Y., § 2.1.; Polonia, Sawczuk, M., § 2.1.). Non mancano, tuttavia, ordinamenti, come quello ungherese, nei quali attualmente (atteso che in passato vi sono state ipotesi di arbitrati imposti) la mancata previsione di arbitrati obbligatori è stata, invece, il frutto di una scelta del legislatore il quale se avesse voluto avrebbe ben potuto ricorrervi in quanto a ciò autorizzato dall'ordinamento (Ungheria, Wopera, Z., § 2).

giudici dello Stato. Ne consegue, pertanto, che in questi ordinamenti le ipotesi di arbitrati obbligatori sono destinate a scomparire.

Così in Italia è noto come la Corte costituzionale è intervenuta a più riprese per dichiarare la illegittimità costituzionale per contrasto con il combinato disposto degli artt. 24 e 102 Cost., di quelle disposizioni che prevedono l'arbitrato obbligatorio.¹⁶² Allo stesso modo anche in Spagna la Corte costituzionale ha avuto modo di dichiarare l'incostituzionalità, per contrasto con il diritto di azione innanzi ai tribunali statali stabilito dall'art. 24.1 della Costituzione del 1978, della previsione di ipotesi di arbitrati obbligatori.¹⁶³ Analoghe considerazioni possono essere svolte rispetto agli arbitrati obbligatori previsti negli ordinamenti dell'Uruguay e del Venezuela. Le relazioni nazionali infatti precisano come l'obbligatorietà dell'arbitrato si ponga in contrasto con le norme costituzionali che garantiscono a tutti il diritto di agire innanzi alle autorità giurisdizionali (per quanto concerne il Venezuela si tratta in particolare dell'articolo 26 della Costituzione Nazionale).¹⁶⁴

Per quanto concerne gli altri ordinamenti nei quali analoghi dubbi sulla legittimità dell'istituto non sono stati avanzati, è stato peraltro sottolineato che le ipotesi di arbitrato obbligatorio ivi previste sono eccezionali e di scarsa rilevanza pratica.¹⁶⁵

Come vedremo meglio tra breve, nei vari ordinamenti la volontà delle parti assume una particolare rilevanza non solo per ciò che concerne l'origine stessa del giudizio arbitrale, ma anche per quanto riguarda altri aspetti del giudizio quali la nomina degli arbitri o la disciplina del procedimento.¹⁶⁶

Ciò non deve tuttavia far pensare che esista una correlazione necessaria tra la rilevanza riconosciuta dagli ordinamenti alla volontà delle parti per ciò che concerne la fonte del giudizio arbitrale e quella riconosciuta alle

¹⁶² Cfr. Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 2.

¹⁶³ Cfr. Spagna, Barona Vilar, S., § 2.1. Così anche in Grecia: cfr. Grecia, Koussoulis, S., § 2.

¹⁶⁴ Cfr. Uruguay, Greif, J., § 3; Venezuela, Quintero Tirado, M., Pesci Feltri Martínez, M., § 2.

¹⁶⁵ Cfr. Austria, Liebscher, C., § 2; Israele, Ottolenghi, S., § 2; Repubblica Ceca, Macková, A., § 2; Svizzera, Walter, G. Brunner, C., § 2.1. Si deve tuttavia segnalare che l'istituto dell'arbitrato obbligatorio appare invece particolarmente diffuso in Turchia (Turchia, Özsunay, E., § 2). Nell'ordinamento tedesco nei casi di arbitrato obbligatorio non trovano applicazione le disposizioni del codice di rito in tema di arbitrato (cfr. Germania, Walter, G., § 2).

¹⁶⁶ Vedi *infra*, § 19.

stesse parti relativamente alla nomina degli arbitri o alla determinazione delle regole del procedimento arbitrale.

Non sempre infatti alla volontarietà del giudizio arbitrale si accompagna una piena libertà delle parti di scegliere gli arbitri¹⁶⁷ o di stabilire la disciplina del procedimento¹⁶⁸ e, viceversa, non sempre alla obbligatorietà del giudizio arbitrale si accompagna un'assoluta irrilevanza della volontà delle parti per quel che concerne la nomina degli arbitri¹⁶⁹ o la disciplina del procedimento.¹⁷⁰

11. *Conciliazione obbligatoria e conciliazione facoltativa.* Abbiamo in precedenza precisato che la caratteristica principale che differenzia la conciliazione dall'arbitrato è che il conciliatore non decide direttamente la controversia, come invece l'arbitro, ma offre alle parti il proprio *consilium*, una possibile soluzione del conflitto di interessi che le parti, tuttavia, devono fare proprio.¹⁷¹

Già da ciò consegue che è incompatibile con la stessa struttura dell'istituto della conciliazione la possibilità di una conciliazione obbligatoria che

¹⁶⁷ La compressione della volontà delle parti è massima in quei casi in cui la nomina viene effettuata da soggetti diversi da esse. In Giappone, in alcuni casi di arbitrato predisposto, il collegio degli arbitri viene scelto dal governo (*cf.* Giappone, Taniguchi, Y., § 3.1); in Israele generalmente è la segreteria dell'istituto che amministra l'arbitrato a nominare gli arbitri all'interno di una lista di arbitri precedentemente formata dallo stesso istituto (*cf.* Israele, Ottolenghi, S., § 3.1); analoga la situazione in Spagna (*cf.* Spagna, Barona Vilar, S., § 3.1) ed Uruguay (*cf.* Uruguay, Greif, J., § 3.1). La compressione è invece minore laddove alle parti sia comunque garantita la possibilità di designare tutti o alcuni degli arbitri anche al di fuori dell'elenco predisposto dall'istituzione che amministra l'arbitrato, mentre a quest'ultima è riservato il potere di approvare la relativa nomina (*cf.* ad esempio Turchia, Özsunay, E., § 3.1, con riferimento all'arbitrato amministrato dalla Camera di Commercio di Istanbul) e/o di nominare il solo presidente del collegio arbitrale [*cf.* ad esempio Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 3.1, con riferimento all'arbitrato amministrato dalla Camera arbitrale dei lavori pubblici].

¹⁶⁸ *Cf.* Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 5.1; Venezuela, Quintero Tirado, M., Pesci Feltri Martínez, M., § 5.1.

¹⁶⁹ *Cf.* Austria, Liebscher, C., § 3.2; Grecia, Koussoulis, S., § 3.2; Repubblica Ceca, Macková, A., § 3.2; Svizzera, Walter, G., § 3.2; Uruguay, Greif, J., § 3.2.

¹⁷⁰ *Cf.* Francia, Clay, T., § 5.2; Israele, Ottolenghi, S., § 5.2; Repubblica Ceca, Macková, A., § 5.2; Uruguay, Greif, J., § 5.2.

¹⁷¹ La capacità della conciliazione di risolvere definitivamente la controversia è peraltro minore rispetto all'arbitrato in quegli ordinamenti nei quali è previsto che anche dopo la stipulazione dell'accordo conciliativo le parti mantengono il potere di rivolgersi al giudice ordinario o arbitrale, anche se in tal caso la parte che decide di rivolgersi al giudice è tenuta alle spese del giudizio (Ungheria, Wopera, Z., § 12.3).

venga imposta alle parti in via integralmente sostitutiva della giurisdizione statale o dell'arbitrato obbligatorio (ovviamente ove esso sia previsto).

Ciò che invece è possibile, oltre, ovviamente, alla conciliazione ed alla mediazione volontariamente scelte dalle parti,¹⁷² è l'imposizione a queste ultime di un tentativo di conciliazione, preliminare al giudizio ordinario od a quello arbitrale, le cui caratteristiche sono tuttavia diverse nei vari ordinamenti.¹⁷³

¹⁷² Cfr. Austria, Liebscher, C., § 11.2; Belgio, Kohl, A., § 2; Danimarca, Smith, E., § 11.3; Germania, Walter, G., § 11.1; Giappone, Taniguchi, Y., §§ 11.1, 11.3, 12.3; Israele, Ottolenghi, S., §§ 12. e 12.3; Messico, Uribarri Carpintero, G., § 11.2; Svizzera, Walter, G., §§ 11.1 e 11.2; Ungheria, Wopera, Z., § 11.3. In Israele le parti possono autorizzare l'arbitro a tentare prima una conciliazione e, in caso di insuccesso, a proseguire con il procedimento arbitrale (Israele, Ottolenghi, S., §§ 11 e 11.1). In Spagna l'articolo 4 del R.D. 636/1993, che regola il sistema arbitrale in materia di consumo, cerca di potenziare la possibilità di addivenire ad una conciliazione, prevedendo tra l'altro che ove questa si verifichi la stessa venga trasfusa nel lodo arbitrale che verrà pronunciato a chiusura del procedimento, il quale viene denominato "*laudo conciliatorio*" (Spagna, Barona Vilar, S., § 11). In Turchia è possibile inserire nel contratto una clausola che richieda alle parti di partecipare ad una procedura di conciliazione prima di iniziare un giudizio sia di fronte ad un tribunale arbitrale, sia di fronte ad un tribunale ordinario (Turchia, Özsunay, E., § 11).

¹⁷³ Cfr. Danimarca, Smith, E., § 12; Germania, Walter, G., § 12.2; Grecia, Koussoulis, S., §§ 11.1-11.3; Italia, Briguglio, A. (Ruffini, G.), § 11.1; Svizzera, Walter, G., § 12.2; Uruguay, Greif, J., §§ 11.1, 11.2, 11.3 e 12.3. In Spagna in passato il tentativo di conciliazione era previsto come condizione di procedibilità del giudizio ordinario (cfr. Spagna, Barona Vilar, S., §§ 11.1, 12 e 12.1). In Germania diverse norme arbitrali istituzionali prevedono che prima dell'inizio di una procedura arbitrale le parti facciano un tentativo di conciliazione (Germania, Walter, G., § 11.1). Analogamente in Ungheria le regole di procedura delle corti permanenti di arbitrato enfatizzano il fatto che la corte arbitrale deve fare tutto ciò che è in suo potere per conciliare le parti (Ungheria, Wopera, Z., § 11.1). In Giappone è stabilito che qualsiasi azione legale che implichi un rapporto di parentela possa essere istruita solo dopo che è fallita la richiesta di conciliazione preliminare (Giappone, Taniguchi, Y., § 12.3). In Italia l'articolo 412 c.p.c., in materia di controversie di lavoro, sembra condizionare il deferimento della lite ad arbitri all'esperimento infruttuoso di un tentativo obbligatorio di conciliazione o comunque alla presentazione della apposita istanza per tale tentativo ed al successivo decorso di un termine senza che esso abbia luogo: cfr. Italia, Briguglio, A. (Ruffini, G.), § 11.1. In Messico esistono determinati procedimenti arbitrali in cui l'instaurazione della controversia prevede una fase conciliativa nella quale un conciliatore invita le parti in conflitto a risolvere la controversia senza arrivare alla successiva fase del giudizio arbitrale o ordinario (Messico, Uribarri Carpintero, G., §§ 11.1 e 11.2). In Uruguay è stabilito che il tribunale arbitrale, prima di iniziare il giudizio, deve tentare la conciliazione in udienza (Uruguay, Greif, J., §§ 11.1 e 11.2). In Danimarca è peraltro previsto qualcosa di analogo anche per l'arbitrato. Esistono infatti alcune leggi che impongono alle parti inizialmente un arbitrato, salva tuttavia la facoltà di rivolgersi successivamente al giudice dello Stato (cfr. Danimarca, Smith, E., § 2.1).

Si tratta generalmente di un tentativo che deve essere esperito con l'ausilio del medesimo giudice od arbitro, ma non mancano esperienze nelle quali esso si svolge presso un diverso soggetto. In quest'ultimo senso può, ad esempio, essere ricordato l'ordinamento messicano nel quale, in alcuni casi, il ruolo di conciliatore viene svolto da un funzionario del governo.¹⁷⁴

IV. IL PATTO COMPROMISSORIO

12. *L'area della compromettibilità.* Il problema dell'individuazione dell'area delle controversie compromettibili in arbitri è generalmente risolto nei diversi ordinamenti o in senso negativo, attraverso l'individuazione delle controversie che *non* possono essere compromesse in arbitri, o positivamente, attraverso il riferimento ad uno o più criteri delimitanti comunque aree di controversie generalmente assai ampie e di contenuto eterogeneo: così, ad esempio, ci si riferisce alle controversie suscettibili di essere oggetto di transazione o alle controversie suscettibili di valutazione economica. Solo l'ordinamento ungherese, tra quelli presi in esame, stabilisce positivamente precise condizioni in base alle quali una determinata controversia può essere compromessa in arbitri.¹⁷⁵ Sembra così potersi dedurre con ragionevole sicurezza che in via di principio la compromettibilità di una controversia in arbitri sia la regola e l'incompromettibilità l'eccezione.¹⁷⁶

Passando all'esame dei criteri adottati nei diversi ordinamenti, rileviamo come un primo limite alla compromettibilità di una controversia viene fatto discendere, in alcuni Paesi, dall'impossibilità che la medesima possa essere astrattamente oggetto di un giudizio davanti ad un tribunale dello Stato.¹⁷⁷

¹⁷⁴ Cfr. Messico, Uribarri Carpintero, G., § 11.1.

¹⁷⁵ In particolare, si richiede tra l'altro che almeno una delle parti sia una persona fisica o giuridica che si occupi professionalmente di un'attività economica, e che la controversia sia collegata all'esercizio della predetta attività. Sul punto, cfr. Ungheria, Wopera, Z., § 7.1.

¹⁷⁶ In questo senso cfr. Austria, Liebscher, C., § 7.1; Belgio, Kohl, A., § 3; Francia, Clay, T., § 7.1; Germania, Walter, G., § 7.1; Giappone, Taniguchi, Y., § 7.1; Israele, Ottolenghi, S., § 7.1; Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 7.1; Messico, Uribarri Carpintero, G., § 7.1; Spagna, Barona Vilar, S., § 7.1; Turchia, Özsunay, E., §§ 7-10; Uruguay, Greif, J., 7.1.

¹⁷⁷ Cfr. Austria, Liebscher, C., § 7.1, secondo il quale se è impossibile ottenere una decisione da un tribunale ordinario in una particolare materia, è altrettanto inammissibile deferire agli arbitri la medesima materia. Cfr. anche Grecia, Koussoulis, S., §§ 7.1-7.4; Polonia, Sawczuk, M., § 7.1.

In altre parole, non sarebbe possibile compromettere in arbitri una controversia rispetto alla quale sia preclusa ogni tutela giurisdizionale davanti ai giudici dello Stato. Se questa limitazione alla compromettibilità potrebbe apparire a prima vista di portata generale (anche se non è esplicitamente richiamata da altri relatori nazionali) vedremo come essa possa subire in realtà delle deroghe, specie in tema di ammissibilità di un arbitrato su questioni.¹⁷⁸

Il vero limite alla compromettibilità delle controversie, che sembra essere comune a tutti o almeno alla maggior parte degli ordinamenti, è quello che discende dal necessario rapporto tra arbitrato e volontà delle parti. Osserviamo infatti come, in molti ordinamenti, l'area delle controversie compromettibili è individuata facendo riferimento all'area della disponibilità dei diritti,¹⁷⁹ all'area della transigibilità¹⁸⁰ o, piuttosto, escludendo dalle controversie compromettibili quelle relative a questioni di ordine pubblico¹⁸¹ o quelle non suscettibili di formare oggetto di un valido contratto tra le parti.¹⁸² Siffatti criteri, se pure apparentemente divergenti, sembrano tutti essere riconducibili all'area in cui può validamente operare l'autonomia negoziale delle parti, sicché sembra possibile ritenere che delimitino un ambito di controversie sostanzialmente omogeneo.¹⁸³

Se infatti consideriamo "indisponibili" quei diritti di cui il titolare non ha facoltà di disporre in virtù di un atto di volontà, trasferendoli ad altri o

¹⁷⁸ Vedi *infra*, § 17.

¹⁷⁹ *Cfr.* Danimarca, Smith, E., § 7.1; Francia, Clay, T., § 7.1; Giappone, Taniguchi, Y., § 7.1; Grecia, Koussoulis, S., §§ 7.1-7.4; Portogallo, Lebre Freitas, J., § 7.1; Spagna, Barona Vilar, S., § 7.1; Svizzera, Walter, G. Brunner, C., § 7.1; Turchia, Özsunay, E., §§ 7-10; Ungheria, Wopera, Z., § 7.1.

¹⁸⁰ *Cfr.* Austria, Liebscher, C., § 7.1; Belgio, Kohl, A., § 3; Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 7.1; Uruguay, Greif, J., § 7.1; Venezuela, Quintero Tirado, M., Pesci Feltri Martinez, M., § 7.1, i quali peraltro rilevano come siffatto criterio comporti, nell'ordinamento venezuelano, che possano essere compromessi in arbitrato tutti i rapporti giuridici regolati da norme disponibili e a carattere patrimoniale.

¹⁸¹ *Cfr.* Belgio, Kohl, A., § 3; Messico, Uribarri Carpintero, G., § 7.1.

¹⁸² *Cfr.* Israele, Ottolenghi, S., § 7.1.

¹⁸³ Non contraddice a quanto sostenuto nel testo il fatto che in Paesi in cui sia ammesso l'arbitrato obbligatorio, questo possa avere ad oggetto controversie che non potrebbero essere assoggettate ad arbitrato per volontà delle parti (*cf.* Israele, Ottolenghi, S., § 2.3). Laddove, infatti, l'arbitrato non trovi origine nella concorde volontà delle parti, ma direttamente nella legge, è evidente come si possa prescindere dall'autonomia negoziale delle parti per la determinazione del suo oggetto.

rinunciandovi,¹⁸⁴ e consideriamo inoltre che una tale sottrazione di potere dispositivo non può che giustificarsi con l'esigenza di tutelare determinati interessi pubblici connessi con tale diritto,¹⁸⁵ possiamo concludere, almeno in via di principio, che i criteri a cui abbiamo fatto riferimento non delimitino aree di controversie distinte, nè di diversa ampiezza.

In altre parole, potrebbe essere un errore ritenere che i rapporti tra autonomia negoziale (e quindi disponibilità dei diritti), transigibilità e compromettibilità in arbitri debbano necessariamente rappresentarsi come tre cerchi concentrici, di cui il più ampio è costituito dall'autonomia contrattuale e i successivi, più ristretti, dalle controversie transigibili e poi dalle controversie compromettibili per arbitri.¹⁸⁶

La sostanziale equivalenza tra i criteri della disponibilità, transigibilità ed arbitrabilità, che in alcuni ordinamenti è peraltro positivamente sancita,¹⁸⁷ non esclude che determinate materie possano essere espressamente considerate incompromettibili dalla legge, pur se inerenti a diritti disponibili. Una siffatta scelta attiene peraltro più alla politica legislativa dei singoli Stati che ad una ricostruzione teorica dell'arbitrato. È così possibile che l'area delle controversie compromettibili in arbitri risulti in concreto più ristretta di quella delle controversie transigibili e/o aventi ad oggetto diritti disponibili, proprio in virtù di tali esclusioni.¹⁸⁸

Almeno negli ordinamenti sin qui esaminati, invece, non sembra possibile che l'area della compromettibilità sia più ampia dell'area della transigibilità o della disponibilità dei diritti.¹⁸⁹ In altre parole, non sarà mai

¹⁸⁴ Fadda, E., Iasiello, P., *Le questioni arbitrabili in L'arbitrato. Profili sostanziali*, a cura di G. Alpa, I, Torino, 1999, 281, ove ulteriori riferimenti.

¹⁸⁵ Fadda, E., Iasiello, P., *op. loc. ult. cit.*

¹⁸⁶ Punzi, C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., I, pp. 243 ss.

¹⁸⁷ Cfr. Austria, Liebscher, C., §§ 7.1 e 7.3; Belgio, Kohl, A., § 3; Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 7.1; Portogallo, Lebre Freitas, J., § 7.2; Uruguay, Greif, J., § 7.3; Venezuela, Quintero Tirado, M., Pesci Feltri Martínez, M., § 7.1.

¹⁸⁸ È questo il caso dell'ordinamento Ungherese (cfr. Ungheria, Wopera, Z., § 7.3) ed, in misura minore, dell'ordinamento spagnolo (cfr. Spagna, Barona Vilar, S., § 7.3). In altri ordinamenti una tale coincidenza tra area della compromettibilità e area della disponibilità può essere considerata solo tendenziale, dal momento che una restrizione dell'area della compromettibilità potrebbe essere prevista dalla legge (cfr. Italia, Ruffini, G., (Briguglio, A.), § 7.3; Francia, Clay, T., § 7.3). Cfr. anche Danimarca, Smith, E., § 7.3.

¹⁸⁹ Cfr. Austria, Liebscher, C., § 7.2; Belgio, Kohl, A., § 3; Danimarca, Smith, E., § 7.2; Francia, Clay, T., § 7.2; Giappone, Taniguchi, Y., § 7.2; Israele, Ottolenghi, S., § 7.2; Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 7.2; Messico, Uribarri Carpintero, G., § 7.2; Portogallo,

ammesso conseguire, per mezzo del *dictum* degli arbitri, quell'effetto *contra legem* che è interdetto alle parti di ottenere direttamente con un atto di disposizione o con una transazione.¹⁹⁰

Si potrebbe invece giungere a conclusioni diverse con riferimento agli ordinamenti che, come quello tedesco, riconoscono la compromettibilità delle controversie che coinvolgono un interesse economico (“*vermögensrechtlicher Anspruch*”), prevedendo invece che le controversie che non abbiano ad oggetto un interesse economico sono compromettibili nella misura in cui possono essere oggetto di transazione tra le parti (§ 1030 ZPO).¹⁹¹

A ben vedere, tuttavia, e pur dovendosi dare atto che almeno in una relazione nazionale si afferma espressamente che l'area della compromettibilità è più ampia di quella della disponibilità/transigibilità dei diritti,¹⁹² l'adozione del criterio dell'interesse economico, indubbiamente divergente dagli altri fin qui esaminati, non sembra comportare necessariamente l'ammissibilità di un arbitrato su diritti indisponibili, nemmeno in quegli ordinamenti nei quali la configurabilità di un tale arbitrato non sia esplicitamente esclusa.¹⁹³

lo, Lebre Freitas, J., § 7.2; Repubblica Ceca, Macková, A., § 7.2; Spagna, Barona Vilar, S., § 7.2; Turchia, Özsunay, E., §§ 7-10; Ungheria, Wopera, Z., § 7.2; Uruguay, Greif, J., § 7.2; Venezuela, Quintero Tirado, M. Pesci Feltri Martínez, M., § 7.1.

¹⁹⁰ Punzi, C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., I, p. 244. In senso conforme Ruffini, G., *Arbitrato e disponibilità dei diritti nella legge delega per la riforma del diritto societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, pp. 133 ss., 145 ss.; Perret, F., *I limiti dell'arbitrabilità*, in *Riv. arb.*, 1994, pp. 677 ss.; Fazzalari, E., *L'arbitrato*, cit., pp. 20, 87. *Contra* vedi Berlinguer, A., *La compromettibilità per arbitri*, Torino, 1999, I, pp. 39 ss., 124 ss.; Ricci, E.F., *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, pp. 517 ss., e, pur con numerose e forti sfumature critiche, Fazzalari, E., *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Riv. arb.*, 2002, pp. 443 ss., 444, in esclusivo riferimento agli articoli 35, 4° comma e 34, 5° comma, del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, recante la nuova disciplina del processo societario, in ordine alla quale cfr. anche Italia, Ruffini, G. (Bruglioglio, A.), § 7.2.

¹⁹¹ *Cfr.* Germania, Walter, G., § 7.1. Il riferimento al criterio dell'interesse “economico”, o a controversie suscettibili di valutazione economica per la delimitazione dell'area delle controversie compromettibili, è presente anche nell'ordinamento polacco (*cf.* Polonia, Sawczuk, M., § 7.1), in quello della Repubblica Ceca (*cf.* Repubblica Ceca, Macková, A., § 7.1) e, limitatamente all'arbitrato internazionale, nell'ordinamento elvetico (*cf.* Svizzera, Walter, G. Brunner, C., §§ 1 e 7.1).

¹⁹² Così, espressamente, Polonia, Sawczuk, M., § 7.1.

¹⁹³ Esclude l'ammissibilità di un arbitrato su diritti indisponibili, pur adottando un criterio legato alla patrimonialità del diritto, l'ordinamento della Repubblica Ceca (*cf.* Repubblica Ceca, Macková, A., § 7.2).

Si tratta infatti di verificare, nei singoli ordinamenti, se la valutabilità in termini economici dell'interesse oggetto della controversia non ne comporti la disponibilità sul piano sostanziale, come pacificamente si ammette, ad esempio, in taluni ordinamenti per i diritti patrimoniali che trovino il loro fondamento in uno *status*.¹⁹⁴

Diverso discorso deve farsi relativamente all'inderogabilità della normativa da applicare.

L'orientamento prevalente, e forse esclusivo, sembra essere nel senso che l'inderogabilità della normativa da applicare non costituisca, di per sé, un limite all'arbitrabilità della controversia.¹⁹⁵ Se, per la verità, dal tenore di alcune Relazioni potrebbe emergere una risposta di segno opposto,¹⁹⁶ ciò potrebbe agevolmente spiegarsi ritenendo che, in alcuni ordinamenti, le norme inderogabili siano sempre da intendersi norme di ordine pubblico o comunque relative a diritti indisponibili. Prova della correttezza di questa illazione può trarsi dal fatto che in quegli ordinamenti dove l'inderogabilità della normativa da applicare sembra costituire un limite all'arbitrabilità, si ritiene comunque che l'area dell'arbitrabilità coincida con l'area della disponibilità dei diritti,¹⁹⁷ consentendo così di escludere che l'inderogabilità della normativa da applicare possa costituire un autonomo limite all'arbitrabilità delle controversie.¹⁹⁸

13. *L'area delle controversie suscettibili di formare oggetto di clausola compromissoria.* Nella maggioranza degli ordinamenti giuridici esaminati,

¹⁹⁴ Cfr. Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 7.1. Vedi anche, Venezuela, Quintero Tirado, M., Pesci Feltri Martínez, M., § 7.2, relativamente ai crediti derivanti da diritti indisponibili in materia di lavoro.

¹⁹⁵ Cfr. Danimarca, Smith, E., § 7.4; Francia, Clay, T., § 7.4; Germania, Walter, G., § 7.4; Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 7.4; Polonia, Sawczuk, M., § 7.4; Portogallo, Lebre Freitas, J., § 7.4; Repubblica Ceca, Macková, A., § 7.4. In questo senso vedi anche Fazzalari, E., *L'arbitrato*, cit., p. 37; Cecchella, C., *L'arbitrato*, cit., pp. 1 ss.; Verde, G., in AA.Vv., *Diritto dell'arbitrato rituale*, a cura di G. Verde, cit., pp. 52 ss.

¹⁹⁶ Cfr. Austria, Liebscher, C., § 7.4; Israele, Ottolenghi, S., § 7.4; Messico, Uribarri Carpintero, G., § 7.4; Spagna, Barona Vilar, S., § 7.4; Ungheria, Wopera, Z., § 7.4; Uruguay, Greif, J., § 7.4.

¹⁹⁷ Cfr. Austria, Liebscher, C., §§ 7.3 e 7.4; Israele, Ottolenghi, S., §§ 7.3 e 7.4; Messico, Uribarri Carpintero, G., §§ 7.3 e 7.4; Spagna, Barona Vilar, S., §§ 7.3 e 7.4; Uruguay, Greif, J., §§ 7.3 e 7.4.

¹⁹⁸ L'inderogabilità della normativa potrebbe invece assumere rilievo per ciò che concerne il criterio di giudizio e l'impugnazione del lodo: cfr. Grecia, Koussoulis, S., § 8.2-8.5; Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 7.4.

l'area delle controversie compromettibili coincide con l'area delle controversie assoggettabili a clausola compromissoria.¹⁹⁹

Anche in quegli ordinamenti nei quali una tale coincidenza non sussiste, come in Francia, dove è possibile compromettere con una clausola compromissoria solo le controversie scaturite a causa di un'attività professionale,²⁰⁰ o in Italia²⁰¹ ed, in misura minore, in Belgio,²⁰² la parziale limitazione dell'area delle controversie assoggettabili a clausola compromissoria sembra derivare solo da una scelta discrezionale del legislatore, che in determinate materie non riconosce efficacia alla volontà compromissoria manifestata prima dell'insorgere della lite, probabilmente sul presupposto che le parti non siano in grado di valutare preventivamente la convenienza dell'arbitrato.²⁰³

14. *Autonomia della clausola compromissoria.* Quanto all'opzione per l'arbitrato espressa nella clausola compromissoria, sembra possa affermarsi che in quasi tutti gli ordinamenti essa venga considerata come una previsione pattizia indipendente rispetto al restante contenuto del contratto al quale la clausola si riferisce, anche in considerazione del fatto che essa, per il suo oggetto, è di per sé estranea alla regolamentazione patrimoniale dettata dalle altre previsioni contrattuali. Tendenzialmente si afferma che essa è frutto di un atto di volizione specifico e distinto da quello da cui origina il contratto e non trova fondamento in questo.

Tali considerazioni sono confermate anche dal riconoscimento del principio di autonomia della clausola compromissoria, in forza del quale la validità della clausola compromissoria deve essere valutata separatamente dalle questioni sulla validità del contratto al quale essa si riferisce, con la

¹⁹⁹ Cfr. Austria, Liebscher, C., § 7.5; Germania, Walter, G., § 7.5; Giappone, Taniguchi, Y., § 7.5; Grecia, Koussoulis, S., §§ 7.1-7.4; Israele, Ottolenghi, S., § 7.5; Messico, Uribarri Carpintero, G., § 7.5; Polonia, Sawczuk, M., § 7.5; Portogallo, Lebre Freitas, J., § 7.5; Repubblica Ceca, Macková, A., § 7.5; Spagna, Barona Vilar, S., § 7.5; Svizzera, Walter, G., Brunner, C., § 7.5; Turchia, Özsunay, E., § 7.5; Ungheria, Wopera, Z., § 7.5; Uruguay, Greif, J., § 7.5; Venezuela, Quintero Tirado, M., Pesci Feltri Martínez, M., § 7.3.

²⁰⁰ Cfr. Francia, Clay, T., § 7.1.

²⁰¹ Cfr. Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 7.5.

²⁰² Cfr. Belgio, Kohl, A., § 3.

²⁰³ Cfr. Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 7.5; Carnelutti, F., *Istituzioni del processo civile italiano* 5, I, cit., p. 66; Punzi, C., *Disegno sistematico*, cit., I, pp. 219 ss.

consecuencia che l'eventuale invalidità di questo non comporta anche l'invalidità della clausola compromissoria.²⁰⁴

Peraltro, sembra possa affermarsi che in tanto si può scindere il regime di validità della clausola compromissoria rispetto alle pattuizioni contrattuali eventualmente viziate in quanto il motivo di nullità riguarda il solo contratto e non sia comune anche alla clausola.²⁰⁵

15. *Ambito soggettivo di efficacia del compromesso e della clausola compromissoria.* Le parti del patto compromissorio non coincidono necessariamente con le parti del giudizio arbitrale. Questo sia perché il giudizio arbitrale non coinvolge necessariamente tutti i soggetti firmatari di un accordo compromissorio plurilaterale, sia perché l'efficacia del vincolo compromissorio può estendersi, in ipotesi eccezionali, anche a soggetti diversi dagli originari compromittenti.²⁰⁶

Se, generalmente, si riconosce che il compromesso, o la clausola compromissoria, vincolino solo le parti,²⁰⁷ è anche vero che questo principio può subire alcune deroghe: è possibile ad esempio che dei terzi possano (o debbano) sottostare agli effetti del compromesso o della clausola compromissoria, in genere perché sostituiti processuali delle parti, come ad esempio il creditore che agisca in via surrogatoria²⁰⁸ o il curatore fallimentare rispetto al fallito.²⁰⁹

Va poi rilevato che vi sono ipotesi, anch'esse eccezionali, nelle quali l'ambito di efficacia soggettiva dell'accordo compromissorio si estende a seguito dell'adesione di un terzo, che in particolari casi sembra poter prescindere dall'accettazione degli originari compromittenti, come nel caso, ad esempio, di contratto a favore di terzi nell'ordinamento italiano,²¹⁰ in altre ipotesi l'ambito soggettivo di efficacia della clausola compromissoria

²⁰⁴ Cfr. Giappone, Taniguchi, Y. § 8.4; Israele, Ottolenghi, S., § 8.4; Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 8.4; Messico, Uribarri Carpintero, G., § 8.4; Spagna, Barona Vilar, S., § 8.4; Ungheria, Wopera, Z., § 8.4.

²⁰⁵ Così, esplicitamente, Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 8.4; Israele, Ottolenghi, S., § 8.4; Spagna, Barona Vilar, S., § 8.4.

²⁰⁶ Cfr. Grecia, Koussoulis, S., § 7.6; Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 7.6.

²⁰⁷ Cfr. Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 7.6; Portogallo, Lebre Freitas, J., § 7.6; Uruguay, Greif, J., § 7.6.

²⁰⁸ Cfr. Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 7.6.

²⁰⁹ Cfr. Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 7.6; Belgio, Kohl, A., § 3.

²¹⁰ Cfr. Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 7.6.

sembra estendersi invece a coloro i quali possiedano una determinata qualità o *status*, anche prescindendo dalla loro volontà, come nel caso di arbitrato testamentario nel diritto spagnolo.²¹¹

16. *Intervento e chiamata in causa nel processo arbitrale.* Problema contiguo, e tuttavia distinto, con quello dei limiti soggettivi di efficacia del patto compromissorio, è quello dell'intervento o della chiamata di terzi nel giudizio arbitrale. Al riguardo, è opportuno distinguere i casi in cui il predetto terzo sia estraneo al giudizio arbitrale in corso, ma sia parte dell'accordo compromissorio, dalle ipotesi in cui il terzo stesso non sia parte neppure del patto compromissorio.

Sotto il primo profilo, infatti, non può ragionevolmente negarsi l'ammissibilità dell'intervento, della chiamata o dell'ordine di integrazione del contraddittorio rispetto ai soggetti che, pur estranei al giudizio arbitrale, non siano rimasti tali rispetto al patto compromissorio e alla nomina degli arbitri. Ne deriva che, qualora anche il terzo sia vincolato dal patto compromissorio, non si può ritenere escluso, in via di principio, alcun tipo di intervento nel giudizio arbitrale: il punto, semmai, saranno i concreti problemi processuali relativi non solo alla effettiva possibilità di realizzazione del litisconsorzio successivo,²¹² soprattutto in relazione all'esigenza del rispetto della regola della libera e paritaria partecipazione di tutte le parti alla nomina degli arbitri,²¹³ ma anche all'esigenza di salvaguardare il diritto degli arbitri di avere garantito lo *spatium deliberandi*, che, nel caso di interventi innovativi, potrebbe diventare insufficiente.²¹⁴

²¹¹ Cfr. Spagna, Barona Vilar, S., § 7.6.

²¹² Il problema, in qualche modo già affrontato con riferimento alla nomina degli arbitri (v. *infra*, § 19), porta l'ordinamento messicano a ritenere necessario che l'intervento del terzo si abbia all'inizio del giudizio arbitrale, e non a procedimento già introdotto: cfr. Messico, Uribarri Carpintero, G., § 5.5. Similmente avviene in Ungheria, ove la richiesta di intervento da parte di un terzo deve pervenire al collegio arbitrale 15 giorni prima della prima udienza: cfr. Ungheria, Wopera, Z., § 5.5.

²¹³ Così Ruffini, G., *L'intervento nel giudizio arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1995, pp. 647 ss., 662.

²¹⁴ Al riguardo, si ritiene che gli arbitri abbiano la facoltà di rinunciare all'incarico per giustificato motivo, nel caso in cui, di fronte ad un intervento innovativo proposto da un soggetto che sia comunque parte del patto compromissorio, richiedano e non ottengano dalle parti una proroga del termine per la pronuncia: v. Punzi, C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., I, 565. Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, peraltro, deve essere segnalato che, in forza del recente decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, non ancora entrato in vigore, negli arbitrati societari fondati su clausole compromissorie contenute

Così, non dovrebbe dubitarsi della possibilità, per gli arbitri, di ordinare l'integrazione del contraddittorio o la chiamata in causa di soggetti che, pur vincolati dall'accordo compromissorio, siano di fatto rimasti estranei al giudizio arbitrale. Né dovrebbe dubitarsi che, in presenza di un accordo compromissorio stipulato tra più parti, ciascuna di esse abbia titolo per intervenire nel processo arbitrale instaurato tra alcune di esse soltanto.

Quanto detto trova piena conferma sul piano internazionale ove, in linea di principio e salve alcune eccezioni,²¹⁵ laddove il terzo sia comunque parte della convenzione arbitrale, si ritiene pienamente ammissibile un suo intervento, o la sua chiamata, nel procedimento che sia stato instaurato dalle altre parti sulla base del medesimo accordo compromissorio, e ciò senza che vi sia alcun bisogno del consenso di queste ultime.²¹⁶

Qualora invece il terzo non sia parte neppure del patto arbitrale, si tende a ritenere, pur non senza contrasti,²¹⁷ che questi non possa imporre unilateralmente la propria partecipazione: un suo intervento, in tali ipotesi, potrà essere consentito solo in virtù del consenso di tutte le altre parti del giudizio arbitrale²¹⁸ e

negli statuti delle società commerciali, in qualsiasi ipotesi di intervento è attribuito agli arbitri il potere di prorogare *ex officio* il termine per la pronuncia del lodo: *cfr.* Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 5.5.

²¹⁵ *Cfr.* Portogallo, Lebre Freitas, J., § 5.5.

²¹⁶ *Cfr.* Austria, Liebscher, C., § 5.5; Francia, Clay, T., § 5.5; Israele, Ottolenghi, S., § 5.5; Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 5.5; Svizzera, Walter, G., Brunner, C., § 5.5. Sembra orientata nello stesso senso anche la relazione venezuelana, laddove esclude l'intervento sulla base del rilievo che la deroga alla funzione giurisdizionale per la decisione della causa, che è alla base del compromesso arbitrale, non permette a chi vi partecipa di poter disporre in ordine alla sfera giuridica di terzi, ed esclude altresì che i terzi possano influire, con la loro partecipazione nel processo, sulla volontà delle parti del processo arbitrale: non dovrebbe quindi sussistere alcun ostacolo all'intervento di colui che di quel compromesso era già parte (Venezuela, Quintero Tirado, M., Pesci Feltri Martínez, M., § 5.5).

²¹⁷ La questione è ad esempio vivamente controversa nell'ordinamento italiano laddove, qualora il terzo sia estraneo all'efficacia soggettiva dell'accordo compromissorio, si discute se esso possa volontariamente intervenire in giudizio ai sensi dell'articolo 105 c.p.c. indipendentemente dal consenso delle parti e degli arbitri: *cfr.* Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 5.5. Per quanto riguarda l'ordinamento austriaco, invece, l'intervento del terzo estraneo all'efficacia soggettiva dell'accordo compromissorio, e che abbia un interesse giuridico alla vittoria di una delle parti del giudizio, si ritiene ammissibile nella misura in cui le parti non abbiano diversamente stabilito; viene peraltro precisato che in tal caso il lodo non crea alcun diritto od obbligo in capo al terzo interveniente: *cfr.* Austria, Liebscher, C., § 5.5.

²¹⁸ *Cfr.* Danimarca, Smith, E., § 5.5; Francia, Clay, T., § 5.5; Germania, Walter, G., § 5.5; Giappone, Taniguchi, Y., § 5.5; Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 5.5, ove, in materia di arbitrato societario, l'articolo 35 del d.l. 17 gennaio 2003, n. 5, non ancora

del collegio arbitrale.²¹⁹ Allo stesso modo, anche per l'ipotesi di chiamata del terzo su istanza di una delle parti o per ordine degli arbitri, si ritiene imprescindibile il consenso di tutti gli altri partecipanti al procedimento arbitrale.²²⁰

Solo questo consenso permette di ampliare l'originario ambito soggettivo del patto compromissorio; si ritiene anzi che, in realtà, l'accettazione di tutte le parti e degli arbitri dia vita ad un nuovo accordo compromissorio ed a un nuovo accordo con gli arbitri stessi.

17. *L'arbitrato ad oggetto limitato.* Più frastagliato appare invece il quadro internazionale in tema di ammissibilità di un arbitrato su questioni, ossia di un arbitrato che abbia ad oggetto una sola delle questioni relative all'esistenza del diritto controverso, lasciando impregiudicate le altre. Tale divergenza si riscontra sia tra diversi ordinamenti, sia all'interno di alcuni ordinamenti, dal momento che il problema non è mai risolto positivamente dalle legislazioni nazionali, con la sola eccezione della Spagna.

La problematica in esame trae origine ed involve il confronto fra la individuazione dell'oggetto del processo giurisdizionale e l'oggetto del processo arbitrale e si pone in tutti quei casi in cui le parti compromettono in arbitri un *quid minus* rispetto all'unità minima azionabile dinanzi al giudice dello Stato, ovvero una qualsivoglia questione non idonea ad esaurire il potere decisorio di quello stesso giudice.²²¹

entrato in vigore, legittima all'intervento volontario anche i terzi non soci, estranei all'efficacia soggettiva della clausola compromissoria statutaria, senza nemmeno distinguere tra interventi non innovativi ed interventi innovativi e senza subordinare l'ammissibilità di questi ultimi ad un consenso dei compromittenti e degli arbitri; Polonia, Sawczuk, M., § 5.5; Spagna, Barona Vilar, S., § 5.5; Svizzera, Walter, G., Brunner, C., § 5.5; Ungheria, Wopera, Z., § 5.5.

²¹⁹ Cfr. Germania, Walter, G., § 5.5.

²²⁰ Cfr. Francia, Clay, T., § 5.5; Spagna, Barona Vilar, S., § 5.5. Nell'ordinamento italiano, peraltro, parte della dottrina ammette la possibilità dell'integrazione, spontanea o richiesta dagli arbitri, del contraddittorio nei confronti del litisconsorte pretermesso ed estraneo alla convenzione arbitrale e ciò sulla base del consenso anche soltanto di una delle parti del giudizio, in quanto l'integrazione del contraddittorio in siffatte ipotesi appare strumentale all'adempimento dell'obbligazione assunta dagli arbitri nei confronti dei compromittenti e degli obblighi da ciascuno di essi assunti nei confronti delle altre parti: cfr. Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 5.5.

²²¹ Si potrebbe ad esempio pensare, come di frequente accade nella prassi delle operazioni assicurative, a quelle ipotesi in cui i privati affidano a terzi il potere di quantificare i danni derivanti da un certo evento senza che tuttavia gli stessi possano decidere sull'esis-

In primo luogo si può rilevare che, in quegli ordinamenti in cui le parti hanno ampia libertà di limitare l'oggetto della domanda giudiziale davanti al giudice dello Stato, circoscrivendolo alla soluzione di una o più questioni, neppure si pone un problema di ammissibilità di un arbitrato ad oggetto limitato: le parti cioè possono operare una scissione del diritto controverso e, mediante la stipulazione di un patto compromissorio, devolverne un frammento al giudizio ed alla decisione di arbitri²²². Ove invece non sia azionabile davanti al giudice dello Stato una controversia avente ad oggetto mere questioni, si pone il problema dell'ammissibilità di un arbitrato su questioni, problema variamente risolto nei diversi ordinamenti.²²³

Inoltre va tenuto presente che la fattispecie in argomento non ricorre quando agli arbitri venga chiesta una decisione circa l'attuale esistenza del diritto, ma sia controversa fra le parti solo una delle questioni astrattamente rilevanti: in questo caso, infatti, se certamente si avrà una limitazione dell'ambito della cognizione ad una sola questione, non si avrà alcuna limitazione della decisione, che investirà sempre l'esistenza del diritto, sicché non si potrà parlare di arbitrato ad oggetto limitato.²²⁴

Sembra altresì opportuno precisare che l'indagine sulla configurabilità di un arbitrato ad oggetto limitato si colloca su un terreno specifico e diverso rispetto a quelle fattispecie, sussumibili sotto il *nomen* di perizia contrattuale o determinazione tecnica, consistenti nell'affidamento ad uno o più terzi, muniti di cognizioni e competenze tecniche, del potere di determinare taluno degli elementi di un rapporto giuridico mediante un respon-

tenza del diritto al risarcimento del danno; ovvero a quelle ipotesi in cui le parti si limitano a far accertare se il bene o l'opera fornita hanno la qualità contrattualmente pattuita, senza devolvere l'intera questione e le conseguenze in diritto dell'accertamento sulla qualità: così, Luiso, F. P., *Diritto processuale civile* 3, cit., IV, pp. 331 ss.

²²² Cfr. Giappone, Taniguchi, Y., § 7.8.

²²³ Propongono una soluzione affermativa al problema Austria, Liebscher, C., § 7.8; Francia, Clay, T., § 7.8; Grecia, Koussoulis, S., § 7.8; Israele, Ottolenghi, S., § 7.8; Polonia, Sawczuk, M., § 7.8; Portogallo, Lebre Freitas, J., § 7.8; Repubblica Ceca, Macková, A., § 7.8; Spagna, Barona Vilar, S., § 7.8; Uruguay, Greif, J., § 7.8. Al contrario, ritengono inammissibile un arbitrato avente ad oggetto mere questioni Belgio, Kohl, A., § 3; Danimarca, Smith, E., § 7.8; Germania, Walter, G., § 7.8; Svizzera, Walter, G. Brunner, C., § 7.8; Venezuela, Quintero Tirado, M. Pesci Feltri Martínez, M., § 7.8. La questione è comunque caratterizzata da un forte tasso di problematicità, come evidenziato tra l'altro nella relazione italiana: cfr. Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 7.8.

²²⁴ Cfr. sul punto Luiso, F. P., *L'oggetto del processo arbitrale*, cit., pp. 672 ss.

so sostitutivo della volontà delle parti e per esse direttamente vincolante su un piano meramente negoziale.²²⁵

L'ipotesi ora in esame si riferisce invece a quelle pattuizioni con cui le parti consensualmente deferiscono ad arbitri una singola questione di fatto e/o di diritto relativa ad uno degli elementi della fattispecie controversa, affinché gli stessi, all'esito di un vero e proprio processo arbitrale, pronuncino un lodo in senso tecnico, munito di quegli effetti sostanziali e processuali previsti dalle varie legislazioni nazionali in tema di arbitrato.²²⁶

In linea di principio può osservarsi che se nel processo giurisdizionale sussistono ragioni di economia e tecnica processuale, che impediscono ai privati di sezionare una situazione giuridica in singole questioni e di avvalersi più volte della tutela giurisdizionale sulla medesima *res controversa*, analoghe esigenze non si impongono per l'arbitrato, giacché esso costituisce un processo privato il cui costo è sostenuto dalle parti e che non produce alcun aumento del lavoro dell'amministrazione della giustizia, e quindi alcun onere per lo Stato.²²⁷

Si può pertanto tendenzialmente affermare che mentre le parti non sono libere di frazionare *ad libitum* la domanda giudiziale dinanzi al giudice togato, non è invece da escludere che possa svolgersi un arbitrato su una singola questione o su uno specifico elemento non pacifico *inter partes*. La valorizzazione della volontà delle parti nell'individuazione dell'oggetto del processo arbitrale e la conseguente ammissibilità, alme-

²²⁵ Per le considerazioni relative alla demarcazione concettuale fra arbitrato e perizia contrattuale si rinvia a quanto esposto *supra*, §§ 5 e 6.

²²⁶ Come si suggerisce nella relazione tedesca (*cf.* Germania, Walter, G., § 7.8), che pure sembra ribadire come in quell'ordinamento un arbitrato su questioni non sia in concreto ammissibile, una distinzione tra perizia contrattuale o arbitrale ed arbitrato ad oggetto limitato può essere tracciata facendo riferimento alla volontà delle parti: saremo in presenza di una perizia arbitrale (o determinazione tecnica) quando viene chiesta ad un terzo o a terzi esclusivamente la determinazione di un elemento specifico del rapporto giuridico controverso, mentre avremo un vero e proprio arbitrato solo se sarà chiara la volontà di far decidere definitivamente la questione da uno o più terzi al posto del tribunale statale.

²²⁷ Per tali considerazioni si rinvia alla acuta analisi di Luiso, F.P., *L'oggetto del processo arbitrale*, *cit.*, pp. 673 ss. In senso contrario, nella dottrina italiana, Montesano, L., *Domande e questioni nei giudizi arbitrali*, *cit.*, pp. 621 ss., il quale sottolinea che identico sarebbe l'interesse ad agire per arbitri e l'interesse che giustifica la richiesta di tutela davanti al giudice dello Stato. Sul punto *cf.* anche Punzi, C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, *cit.*, I, pp. 38 ss.

no in linea teorica, di un arbitrato su questioni sembra essere comune ad alcuni ordinamenti.²²⁸

La considerazione che, in via di principio, in molti ordinamenti non si riscontrino particolari ostacoli teorici alla configurabilità di un arbitrato c.d. ad oggetto limitato, non implica tuttavia che esso sia compatibile con il tessuto normativo dettato per l'arbitrato quale mezzo di eterocomposizione delle controversie e che quindi risulti in concreto ammissibile.

Non v'è dubbio infatti che un arbitrato su questioni possa porre numerosi problemi di disciplina, specificamente sotto i profili degli effetti del lodo, del regime delle sue impugnazioni e dei rapporti tra la cognizione affidata agli arbitri sulla singola questione e la cognizione eventualmente devoluta al giudice dello Stato sull'intera controversia.

In particolare, negli ordinamenti di Germania e Svizzera sembra escludersi che la decisione di un terzo imparziale limitata a taluni elementi di una più ampia situazione giuridica possa essere considerata come un lodo vero e proprio, giacché la disciplina dell'arbitrato prevista nelle relative legislazioni sembra presupporre necessariamente la decisione definitiva e vincolante di un'intera controversia:²²⁹ infatti il lodo, quale atto decisorio degli arbitri deve sempre presentare caratteristiche specifiche quali l'esecutività e l'efficacia di sentenza²³⁰ che sembrano incompatibili con un oggetto limitato.

Anche con riferimento all'ordinamento italiano, come già si è evidenziato,²³¹ la decisione arbitrale limitata a mere questioni non sembra collimare con la disciplina dettata per l'arbitrato rituale dagli articoli 806 ss.

²²⁸ Cfr. Austria, Liebscher, C., §§ 7.8 e 10.1; Italia, Ruffini, G., §§ 7.8 e 10.1; Polonia, Sawczuk, M., § 7.8. Sul punto cfr. Punzi, C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., I, pp. 38 ss. In senso contrario cfr. Venezuela, Quintero Tirado, M. Pesci Feltri Martínez, M., § 7.8, secondo i quali sarebbe comunque precluso agli arbitri adottare provvedimenti che non conoscano equivalenti, nel contenuto, a quelli pronunciabili dal giudice dello Stato, proprio per la funzione sostitutiva e alternativa dell'arbitrato rispetto alla giurisdizione.

²²⁹ Così, Germania, Walter, G., §§ 7.8, 9.1 e 9.2; Svizzera, Walter, G. Brunner, C., §§ 7.8, 9.1 e 9.2.

²³⁰ Tra gli effetti del lodo si suole indicare anche l'attitudine ad acquistare autorità di *res iudicata*, (cfr. proprio con riferimento al quesito sull'arbitrato ad oggetto limitato, Svizzera, Walter, G., Brunner, C., § 7.8) facendo così ricorso ad una terminologia che per i rilievi svolti *supra*, § 4, preferirei al più intendere come idoneità al giudicato formale o processuale e non anche come attitudine del lodo a conseguire la stessa stabilità ed incontrovertibilità sul piano sostanziale di una sentenza. Vedi anche *infra*, § 31.

²³¹ Cfr. *supra*, § 6.

c.p.c., soprattutto per ciò che concerne il conseguimento degli effetti esecutivi ed il regime di impugnazione del lodo. Sotto quest'ultimo aspetto, può osservarsi, da un lato, che il disposto dell'articolo 827, 3o. comma, c.p.c. —a norma del quale un lodo su questioni non è suscettibile di essere impugnato in via autonoma e immediata— induce a ritenere necessariamente che i mezzi di impugnazione previsti dal codice presuppongono una decisione con oggetto identico a quello di una sentenza; e dall'altro, che quand'anche fosse ammissibile l'impugnazione autonoma del lodo su questione, essa sortirebbe l'effetto di investire gli organi della giurisdizione dello Stato di un oggetto che non potrebbe essere di per sé solo dedotto in sede giurisdizionale, con ciò vanificando la stessa premessa concettuale con cui si è giustificata in linea di principio la configurabilità *apud arbitros* di un giudizio frazionato.²³²

Per contro, va rilevato che simili problemi di compatibilità non si pongono qualora l'arbitrato su questioni sia positivamente previsto, come nell'ordinamento spagnolo, nel quale sono risolti anche i problemi di coordinamento tra il giudizio arbitrale su singole questioni ed il giudizio pendente davanti al giudice dello Stato che abbia ad oggetto altre questioni della medesima controversia.²³³

Ove si ritenessero superabili tali problemi, resterebbero inoltre da definire i rapporti tra l'accertamento contenuto nel lodo avente ad oggetto solo

²³² Queste considerazioni infatti non sfuggono a Luiso, F.P., *L'oggetto del processo arbitrale*, cit., 677, il quale, a fronte di tali ostacoli di diritto positivo, propone di procedere per sottrazione, detraendo dalla disciplina codicistica dell'arbitrato solo quelle regole non modellabili su un oggetto arbitrale limitato. Sembra peraltro che una simile operazione finisca per ribadire la reviviscenza della *species* di arbitro c.d. irrituale, ossia di un arbitro non assoggettato per volontà delle parti alle impugnazioni processuali e non suscettibile di deposito e di omologazione: per tali rilievi *cf.* Ruffini, G., in AA. VV., *Codice di procedura civile commentato* 2, cit., II, sub articolo 806, 3323. Tale soluzione non appare tuttavia pienamente appagante e congruente con riferimento all'attuale assetto normativo dell'istituto arbitrale: come già si è tentato di mostrare, le modifiche apportate dalla riforma del 1994 alla disciplina dell'arbitrato, in particolare in punto di regime impugnatorio di cui agli articoli 827 ss. c.p.c., cui oggi sarebbe assoggettato qualunque lodo, porterebbero ad escludere che i privati, nell'ambito della loro autonomia, possano sottrarre il processo arbitrale e il relativo *dictum* alla disciplina inderogabile prevista dal codice di rito (su tale aspetto v. *supra*, §§ 3 e 5) e a dubitare conseguentemente della configurabilità e compatibilità nell'ambito dell'ordinamento italiano di un arbitro ad oggetto limitato.

²³³ Spagna, Barona Vilar, S., § 7.8.

alcune delle questioni relative ad un rapporto giuridico, e l'eventuale ulteriore accertamento davanti agli arbitri o al giudice dello Stato.²³⁴

Al riguardo, secondo l'ordinamento austriaco, sembrerebbe che l'eventuale cognizione da parte del giudice dello Stato sulla questione già decisa dagli arbitri sia limitata agli specifici motivi di impugnazione del lodo e non possa anche estendersi ad un riesame o ad una rideterminazione della stessa, ciò che consente peraltro di distinguere il giudizio arbitrale su questioni dalla perizia contrattuale; mentre nell'ordinamento spagnolo, il coordinamento tra arbitrato su questioni e tutela giurisdizionale sembrerebbe essere risolto in base al criterio per cui quanto dedotto *apud iudicem* deve essere perfettamente indipendente dalla questione dedotta *apud arbitros*, con la conseguente preclusione dell'opzione arbitrale nel caso in cui la detta questione sia inscindibilmente connessa con una materia sottratta alla volontà delle parti e dunque non compromettibile.²³⁵

18. *Esperibilità di un'autonoma azione di accertamento della validità del patto compromissorio.* L'ultima questione da affrontare in argomento attiene all'ammissibilità di un'autonoma azione, davanti al tribunale dello Stato, di accertamento della validità del compromesso o della clausola compromissoria. Una siffatta azione dichiarativa permetterebbe di anticipare gli effetti di una successiva impugnazione del lodo arbitrale per nullità del compromesso, rimedio generalmente ammesso in tutti gli ordinamenti,²³⁶ impedendo la riproposizione di ogni questione in ordine alla validità del patto compromissorio nel corso del giudizio arbitrale e della successiva fase di impugnazione.

Un limite all'ammissibilità di una siffatta azione verrebbe, in alcuni ordinamenti, dal difetto di interesse alla sua proposizione, laddove si ritenga che essa abbia ad oggetto una mera questione di competenza, risolvibile

²³⁴ È appena il caso di osservare come il problema del coordinamento tra il giudizio arbitrale avente ad oggetto solo alcune delle questioni la cui decisione sia rilevante per l'accertamento di un rapporto giuridico ed il giudizio contemporaneamente instaurato davanti al giudice dello Stato configuri in realtà un problema di litispendenza o pregiudizialità. Al riguardo vedi *infra* §§ 24 e 25. L'ipotesi in esame concerne la diversa fattispecie in cui l'instaurazione del giudizio davanti al giudice togato sia successiva alla pronuncia del lodo avente ad oggetto mere questioni.

²³⁵ Spagna, Barona Vilar, S., § 7.8.

²³⁶ *Cfr.*, a mero titolo esemplificativo, Austria, Liebscher, C., § 18; Grecia, Koussoulis, S., § 18; Israele, Ottolenghi, S., § 18; Italia, Briguglio, A. (Ruffini, G.), § 18; Polonia, Sawczuk, M., § 18; Spagna, Barona Vilar, S., § 18; Ungheria, Wopera, Z., § 15.

dal collegio arbitrale insieme al merito della controversia.²³⁷ Per la medesima ragione, si è anche sostenuto che tale azione non sia esercitabile in via autonoma neanche davanti al collegio arbitrale.²³⁸

Diversamente, inquadrando la questione di validità del compromesso o della clausola compromissoria come una questione di merito, alla stregua della questione di nullità di un'ordinaria clausola contrattuale, questo limite cadrebbe,²³⁹ anche se potrebbero permanere più generali limiti all'ammissibilità di azioni dichiarative.²⁴⁰

Nel momento in cui si ritenga ammissibile un'autonoma azione, davanti al tribunale dello Stato, di accertamento della validità del compromesso o della clausola compromissoria, come avviene in non pochi ordinamenti,²⁴¹ si pongono conseguenti problemi di coordinamento tra il giudizio davanti al tribunale dello Stato ed il giudizio arbitrale. Come è noto, infatti, da un lato, il potere decisorio del collegio arbitrale sul merito della controversia è dipendente dalla validità del patto compromissorio; dall'altro, non sembra dubbio che lo stesso collegio abbia il potere di esaminare e giudicare ogni questione attinente alla propria investitura e funzione.²⁴²

In particolare, qualora un'azione autonoma di accertamento della validità del patto compromissorio sia proposta dinnanzi al giudice dello Stato prima dell'instaurazione del procedimento arbitrale, si dovrà valutare se quest'ultimo possa essere iniziato ed eventualmente giungere alla pronuncia di un lodo prima che sia definito il giudizio davanti al giudice dello Stato; qualora invece il giudizio arbitrale sia già instaurato, ci si dovranno porre ulteriori quesiti in ordine alla ammissibilità di una autonoma azione di accertamento davanti al giudice dello Stato, dal momento che con la sua

²³⁷ Cfr. Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 7.7; Venezuela, Quintero Tirado, M., Pesci Feltri Martínez, M., §§ 7.4/7.7.

²³⁸ Cfr. Venezuela, Quintero Tirado, M., Pesci Feltri Martínez M., § 7.7.

²³⁹ Cfr. Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 7.7.

²⁴⁰ Come, ad esempio, quelli rinvenibili nell'ordinamento venezuelano: cfr. Venezuela, Quintero Tirado, M., Pesci Feltri Martínez M., §§ 7.4 e 7.5.

²⁴¹ Cfr. Austria, Liebscher, C., § 7.7; Danimarca, Smith, E., § 7.7; Francia, Clay, T., § 7.7; Germania, Walter, G., § 7.7; Giappone, Taniguchi, Y., § 7.7; Grecia, Koussoulis, S., § 4.1 - 4.6; Israele, Ottolenghi, S., § 7.7; Polonia, Sawczuk, M., § 7.7; Repubblica Ceca, Macková, A., § 7.7; Uruguay, Greif, J., § 7.7.

²⁴² Cfr. Punzi, C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., I, p. 443; Fazzalari, E., *Processo arbitrale*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano 1987, pp. 298 ss., 307; *Id.*, *Arbitrato (Teoria generale e diritto processuale civile)*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., I, Torino 1987, pp. 389 ss., 399.

proposizione si devolverebbe a quest'ultimo una questione rientrante nella cognizione di un collegio arbitrale già costituito, e potenzialmente già risolta da esso. Non sorprende quindi che l'ammissibilità di un'azione di accertamento della validità del patto compromissorio, dopo l'instaurazione del giudizio arbitrale, sia recisamente esclusa in alcuni ordinamenti²⁴³ e che comunque non sia mai esplicitamente ammessa.²⁴⁴

Ciò premesso, si può osservare come i suddetti problemi di coordinamento possano astrattamente risolversi seguendo tre diverse ipotesi. In primo luogo, potrebbe ritenersi che il procedimento arbitrale debba essere sospeso in attesa della definizione del giudizio pendente davanti al tribunale dello Stato, pregiudiziale rispetto al primo, o che comunque non possa essere instaurato o proseguire. Una siffatta soluzione, che avrebbe l'innegabile difetto di frustrare la tempestività del giudizio arbitrale, non sembra sia stata adottata in alcun ordinamento.

Secondariamente, si potrebbe immaginare una soluzione opposta, secondo la quale, una volta instaurato il giudizio arbitrale, indipendentemente dal fatto che sia ancora pendente un'azione precedentemente instaurata davanti al tribunale statale volta a far accertare la validità del patto compromissorio, ogni questione inerente al potere decisorio degli arbitri dovrebbe essere sollevata solo di fronte ad essi, che vedrebbero quindi riconoscersi una priorità nello statuire sopra al proprio potere decisorio. Tale soluzione è proposta nella "prima bozza di un Codice di Procedura Civile Federale" per la Svizzera, in ossequio al principio della c.d. "*Kompetenz-Kompetenz*".²⁴⁵

Una soluzione intermedia, positivamente prevista nell'ordinamento tedesco, consiste infine nel ritenere che, in pendenza di un'autonoma azione

²⁴³ Cfr. Germania, Walter, G., § 7.7; Svizzera, Walter, G., Brunner, C., § 4.2.1. Nello stesso senso cfr. Grecia, Koussoulis, S., §§ 4.1-4.6, il quale dà peraltro conto di un orientamento giurisprudenziale favorevole all'ammissibilità di un'azione di accertamento della validità del patto compromissorio, anche dopo l'instaurazione del giudizio arbitrale. Vedi anche Danimarca, Smith, E., § 4.6; Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 4.6, dove si dà conto dei diversi orientamenti dottrinali e giurisprudenziali.

²⁴⁴ Con l'unica possibile eccezione dell'ordinamento giapponese: cfr., in tema di litispendenza, Giappone, Taniguchi, Y., §§ 4.5 e 4.6, dove si riferisce che, se una parte investe di una controversia, già all'esame di un tribunale arbitrale, il giudice dello Stato, questi debba comunque verificare la validità del patto compromissorio, e possa eventualmente interrompere il giudizio arbitrale.

²⁴⁵ Cfr. Svizzera, Walter, G., Brunner, C., § 4.2.1.

di accertamento della validità del patto compromissorio, il procedimento arbitrale possa essere iniziato o proseguito e che, eventualmente, possa essere pronunciato un lodo.²⁴⁶ In tal modo, i due procedimenti percorrerebbero due vie parallele, salvo un eventuale coordinamento in fase di impugnazione o comunque *a posteriori*, il che costituisce forse un valido punto di incontro tra le opposte esigenze che sottendono alle ipotesi precedentemente illustrate. In tal modo infatti, da un lato, non si precluderebbe alle parti di ottenere dal giudice dello Stato una pronuncia nei tempi più celeri possibili sulla validità del patto compromissorio, dall'altro, non si frustrerebbe la funzione del giudizio arbitrale, intrinsecamente connotata anche ad esigenze di celerità.

V. GLI ARBITRI

19. *La nomina degli arbitri.* Con riferimento alla nomina degli arbitri, il panorama internazionale consente di apprezzare una generale tendenza a garantire alle parti la più ampia libertà nella scelta sia degli arbitri, sia delle modalità per procedere alla loro nomina.

La loro designazione, ovvero l'indicazione delle modalità per provvedervi, possono essere indifferentemente contenute direttamente nell'accordo arbitrale, ovvero essere concordate in seguito. Le parti, peraltro, possono incaricare un terzo affinché provveda alla nomina degli arbitri, ovvero rivolgersi ad una istituzione di arbitrato permanente, o ancora incaricare della scelta direttamente l'autorità giudiziaria.²⁴⁷

Pari libertà si rinviene nella determinazione del numero degli arbitri, potendo le parti stabilire di rivolgersi ad un arbitro unico ovvero ad un

²⁴⁶ *Cfr.* Germania, Walter, G., § 7.7. Questa è l'impostazione seguita nell'ordinamento italiano dalla dottrina maggioritaria con riferimento alla litispendenza, su cui vedi *infra*, § 24. *Cfr.* anche, per una posizione leggermente divergente, Ungheria, Wopera, Z., § 4.2, 4.3, 4.5, 4.6, che precisa come il giudizio arbitrale dovrà concludersi obbligatoriamente solo quando il giudice dello Stato dovesse riconoscere con sentenza il proprio potere decisorio sulla controversia, mentre, prima di una tale dichiarazione, la sua prosecuzione è rimessa ad una valutazione discrezione delle parti e degli arbitri.

²⁴⁷ *Cfr.* Austria, Liebscher, C., § 3; Francia, Clay, T., § 3; Germania, Walter, G., § 3; Giappone, Taniguchi, Y., § 3; Israele, Ottolenghi, S., § 3; Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 3; Portogallo, Lebre Freitas, J., § 3.1; Spagna, Barona Vilar, S., § 3; Svizzera, Walter, G., Brunner, C., § 3; Turchia, Özsunay, E., § 3.1; Venezuela, Quintero Tirado, M., Pesci Feltri Martínez, M., § 3.

collegio, senza alcuna restrizione —in tale ultima ipotesi— in ordine al numero dei suoi componenti.²⁴⁸ L'unico limite è che il collegio arbitrale sia composto da un numero dispari di arbitri, e ciò con l'evidente scopo di garantire che il collegio riesca in ogni caso ad esprimere una maggioranza e ad emettere una decisione. Il principio, tuttavia, non è universale, in quanto si danno ordinamenti ove è pacificamente ammessa la nomina di un numero pari di arbitri.²⁴⁹

In linea di principio, e salva la facoltà che le parti procedano alla nomina congiunta di tutti gli arbitri, è previsto che ognuna delle parti proceda alla nomina di uno o più arbitri e che la scelta dell'ulteriore arbitro, con funzioni di Presidente, venga rimessa ad un loro successivo accordo, ovvero ad un accordo degli arbitri già nominati, o ancora ad un terzo.²⁵⁰

Nell'ottica della conservazione del patto arbitrale e dell'effettiva operatività del giudizio privato, emerge come dato comune a tutti gli ordinamenti l'espressa previsione di un intervento con funzioni integrative da parte dell'Autorità Giudiziaria.

Infatti, tutti gli ordinamenti considerati prevedono, in misura più o meno ampia, che le parti possano ricorrere al tribunale statale ogniqualvolta vi sia il concreto rischio che, per l'inerzia di una delle parti o per l'impossibilità di raggiungere un accordo, non si riesca a pervenire alla corretta costituzione del tribunale arbitrale.²⁵¹ Così, al fine di garantire l'effettività dell'opzione per una decisione arbitrale della controversia, è diffusa la previsione di un meccanismo integrativo della volontà delle parti, che com-

²⁴⁸ Cfr. Germania, Walter, G., § 3; Grecia, Koussoulis, S., § 3.1; Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 3; Messico, Uribarri Carpintero, G., § 3.1; Svizzera, Walter, G., Brunner, C., § 3; Venezuela, Quintero Tirado, M., Pesci Feltri Martínez, M., § 3.

²⁴⁹ Si tratta dell'ordinamento elvetico, ove è prevista la possibilità che le parti procedano alla nomina di un numero pari di arbitri: cfr. Svizzera, Walter, G., Brunner, C., § 3. Una tale eventualità è per contro esclusa in altri Paesi, come ad esempio l'Italia, ove il numero degli arbitri deve necessariamente essere dispari; nel caso in cui detto precetto non venga rispettato, è prevista un'integrazione automatica con la scelta di un ulteriore arbitro, demandata *in primis* alle parti e, in caso di un loro mancato accordo, all'Autorità giudiziaria: cfr. Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 3.

²⁵⁰ Cfr. Austria, Liebscher, C., § 3; Germania, Walter, G., § 3; Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 3; Svizzera, Walter, G., Brunner, C., § 3; Venezuela, Quintero Tirado, M., Pesci Feltri Martínez, M., § 3.

²⁵¹ Cfr. Austria, Liebscher, C., § 3; Danimarca, Smith, E., § 3.1; Germania, Walter, G., § 3; Israele, Ottolenghi, S., § 3; Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 3; Portogallo, Lebre Freitas, J., § 3.1; Svizzera, Walter, G., Brunner, C., § 3; Venezuela, Quintero Tirado, M., Pesci Feltri Martínez, M., § 3; Turchia, Özsunay, E., § 3.1.

porta l'intervento dello Stato, sempre su istanza di parte o degli arbitri già designati, nella nomina o nella sostituzione degli arbitri.

In taluni ordinamenti, l'intervento giudiziario viene limitato alle sole ipotesi in cui non vi sia già stata una designazione nominativa degli arbitri nell'accordo arbitrale ovvero qualora non sia stata ivi espressamente prevista la nomina congiunta del presidente del collegio ad opera delle parti; laddove invece gli arbitri designati vengano a mancare, ovvero qualora non venga raggiunto l'accordo sulla persona del presidente, è previsto un intervento del tribunale statale, ma al solo fine di risolvere il patto compromissorio.²⁵²

La libera determinazione della volontà delle parti si esplica, quindi, appieno nella designazione degli arbitri, nell'indicazione delle modalità per nominarli e nella scelta del loro numero.

Parimenti, fatte salve alcune limitazioni imposte in funzione dell'imparzialità e della competenza professionale degli arbitri,²⁵³ nell'arbitrato volontario non vengono imposti limiti particolari in ordine alla scelta dei soggetti da nominare arbitri.²⁵⁴ Ciò tuttavia non esclude che gli ordinamenti possano imporre, per determinati tipi di controversie, dei modelli di arbitrato amministrato, ove la libertà delle parti viene in qualche modo compressa sino, in taluni casi, a scomparire del tutto.²⁵⁵

D'altro canto, si rilevano anche ipotesi in cui la libertà delle parti trova spazio solo a monte, nella scelta se ricorrere o meno al giudizio arbitrale: è il caso dell'ordinamento nipponico, in cui, per le controversie di lavoro o relative all'edilizia, il collegio degli arbitri viene prescelto direttamente e integralmente dal governo.²⁵⁶

²⁵² *Cfr.* Austria, Liebscher, C., § 3, secondo il quale la nomina di arbitri alternativi da parte del tribunale dello Stato, in linea con la sez. 582 ZPO, è esclusa quando gli arbitri sono già stati nominati in un patto compromissorio. Perciò, se l'arbitro nominato nel patto compromissorio non è disponibile —perché, ad esempio, è deceduto— non resterà che rivolgersi al tribunale per ottenere la risoluzione dell'accordo arbitrale. La medesima disciplina è prevista per le ipotesi in cui l'accordo arbitrale preveda che le parti debbano concordare la nomina di un presidente e le parti non riescano a trovare un accordo in tal senso.

²⁵³ *Cfr.*, ad esempio, Francia, Clay, T., § 3; Spagna, Barona Vilar, S., § 3; Ungheria, Wopera, Z., § 3; Messico, Uribarri Carpintero, G., § 3.1. Repubblica Ceca, Macková, A., § 3.1.

²⁵⁴ Per alcune eccezioni vedi gli ordinamenti francese e turco: *cfr.* Francia, Clay, T., § 3 dove si dà conto della possibilità, sempre meno sfruttata, di limitare la scelta delle parti, proponendo loro delle liste chiuse di arbitri; Turchia, Özsunay, E., § 3.1.

²⁵⁵ Vedi *supra*, § 10.

²⁵⁶ *Cfr.* Giappone, Taniguchi, Y., § 3.1.

Qualora poi le parti decidano liberamente di rivolgersi ad istituzioni permanenti di arbitrato, anche qui la loro libertà di scelta degli arbitri viene in qualche modo compressa. È piuttosto diffuso, infatti, che tali organismi predispongano delle liste chiuse di arbitri, imponendo che la scelta delle parti cada necessariamente su uno dei nominativi ivi indicati.²⁵⁷

Con riferimento ai requisiti soggettivi richiesti per poter svolgere le funzioni di arbitro, la tendenza è nel senso di prescrivere che si tratti di persone fisiche,²⁵⁸ con piena capacità giuridica e di agire. Non si rinvencono limitazioni di sorta in ordine alla nazionalità degli arbitri,²⁵⁹ né generalmente alla loro preparazione tecnico-scientifica.²⁶⁰

²⁵⁷ A titolo esemplificativo, *cf.* Israele, Ottolenghi, S., § 3.1, dove si riporta come gli arbitri siano nominati dalla segreteria dell'Istituto di arbitrato sulla base di una lista di arbitri, precedentemente eletti dalle autorità dell'istituto stesso; Spagna, Barona Vilar, S., § 3.1, dove si legge che, qualora le parti optino per un arbitrato istituzionale, troveranno applicazione i regolamenti delle Corporazioni e delle Associazioni, e sarà la stessa istituzione prescelta a procedere alla designazione degli arbitri. Di tenore non dissimile è l'articolo 12 della Legge di Arbitrato Commerciale venezuelana secondo il quale, in caso di arbitrati istituzionali, il procedimento arbitrale, ivi incluse le notificazioni, la costituzione del tribunale, la ricusazione, la sostituzione degli arbitri e la trattazione della causa, sarà regolato in conformità con quanto disposto nel regolamento di arbitrato del centro di arbitrato al quale le parti hanno affidato la controversia (Venezuela, Quintero Tirado, M., Pesci Feltri Martínez, M., § 3). In senso analogo si pongono, in Turchia, le Norme sull'Arbitrato della Camera di Commercio di Istanbul (ITO), ove sono predisposte tre liste, di cui una per gli arbitri avvocati, un'altra per gli arbitri commercialisti e l'ultima composta da consulenti tecnici, all'interno delle quali le parti potranno scegliere il proprio arbitro. Viene anche ammessa la nomina di un arbitro non contemplato nelle suddette liste, soggetta però all'approvazione della Assemblea della Camera (*cf.* Turchia, Özsunay, E., § 3.1).

²⁵⁸ Così, espressamente, Austria, Liebscher, C., § 3.1; Grecia, Koussoulis, S., § 3.1, ove si esclude che persone giuridiche possano essere nominate arbitri; Spagna, Barona Vilar, S., § 3; Ungheria, Wopera, Z., § 3; Turchia, Özsunay, E., § 3.1. Invece, in Germania si ammette che anche le persone giuridiche possano essere nominate arbitri (*cf.* Germania, Walter, G., § 3.1), mentre in Svizzera se viene nominata arbitro una persona giuridica, si presume che tale designazione si riferisca alla persona fisica che la rappresenta legalmente (*cf.* Svizzera, Walter, G., Brunner, C., § 3).

²⁵⁹ Con l'unica eccezione della Turchia, dove, secondo la legge sull'Arbitrato Internazionale la nazionalità degli arbitri assume un particolare rilievo che potremmo definire "garantista". Infatti, qualora debba essere nominato un arbitro unico, questi dovrà essere di nazionalità diversa da quella delle parti se costoro abbiano diversa nazionalità; qualora debbano essere nominati più arbitri, si fa espresso divieto a che la maggioranza di essi abbia la stessa nazionalità di una delle parti (*cf.* Turchia, Özsunay, E., § 3.1).

²⁶⁰ Una particolare preparazione tecnico scientifica viene considerata opportuna ed auspicabile, ma non sino al punto da tradurla in un requisito soggettivo imprescindibile degli arbitri. Peraltro, ricorrono ipotesi in cui, per particolari tipi di arbitrato, vengono

Più problematica appare invece la possibilità che sia nominato come arbitro un giudice dello Stato. Se è vero che, con qualche eccezione,²⁶¹ una simile eventualità non sembra essere in generale preclusa,²⁶² essa è normalmente condizionata ad autorizzazioni o ad altre forme di cautela.²⁶³

20. *L'imparzialità.* La necessità, universalmente sentita, è che non vi sia alcuna relazione, personale o patrimoniale, diretta o indiretta, tra gli arbitri e le parti e che gli arbitri stessi siano del tutto estranei alla materia del

richiesti titoli di studio e specializzazioni. Così avviene, ad esempio, in Messico, ove, in caso di arbitrato tra istituzioni finanziarie e loro utenti, ovvero in caso di arbitrato in materia di diritto d'autore, gli arbitri devono essere laureati in Giurisprudenza e specializzati nel settore (*cf.* Messico, Uribarri Carpintero, G., § 3.1). In Spagna, l'articolo 12 della legge di Arbitrato prescrive che, quando la controversia debba essere decisa secondo diritto, gli arbitri dovranno essere avvocati esercenti la professione (*cf.* Spagna, Barona Vilar, S., § 3). *Cfr.* anche Francia, Clay, T., § 3; Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 3.1, per l'arbitrato amministrato dalla Camera arbitrale dei lavori pubblici; Ungheria, Wopera, Z., § 3, per gli arbitrati amministrati da diverse corti permanenti di arbitrato.

²⁶¹ Come nell'ordinamento spagnolo, dove secondo quanto previsto dall'articolo 12 della Legge di Arbitrato, l'ufficio arbitrale è espressamente precluso, tra gli altri, a giudici, magistrati e pubblici ministeri in servizio (*cf.* Spagna, Barona Vilar, S., § 3); analogamente, ai sensi dell'articolo 578 ZPO austriaco, ai giudici in carica, così come ai giudici professionali responsabili solo di obblighi amministrativi, non è permesso assumere la qualità di arbitri (Austria, Liebscher, C., § 7.5); anche l'ordinamento portoghese consente soltanto ai giudici già in pensione la possibilità di svolgere funzioni arbitrali: *cf.* Portogallo, Lebre Freitas, J., § 4.4. Il divieto per i giudici di assumere l'incarico di arbitri vige anche nell'ordinamento polacco: *cf.* Polonia, Sawczuk, M., § 4.

²⁶² Ad esempio, in Danimarca, è previsto che un giudice possa assumere la funzione di arbitro, ma, in seguito ad una recente modifica legislativa, solo in qualità di presidente del collegio (*cf.* Danimarca, Smith, E., § 3.1).

²⁶³ In Germania, ad esempio, se vengono proposti come arbitri funzionari amministrativi o giudici, è necessaria un'apposita autorizzazione, che potrà essere concessa solo nelle ipotesi in cui il giudice sia stato nominato arbitro dalle parti congiuntamente e nel patto compromissorio ovvero sia stato designato da una istituzione indipendente, sempreché non sia coinvolto nel giudizio, né possa diventarlo in base alla distribuzione dei giudizi del tribunale (*cf.* Germania, Walter, G., § 3.1). Nell'ordinamento greco, è previsto che un giudice possa essere nominato arbitro solo in qualità di arbitro unico o di presidente del collegio arbitrale e che debba avere prestato come minimo 5 anni di servizio nella magistratura. Le parti, peraltro, non possono scegliere il nominativo specifico di un giudice, potendo al più indicare il tribunale dal quale il giudice verrà nominato. La nomina verrà fatta in base ad una selezione dei giudici presenti in una lista tenuta presso il tribunale prescelto dalle parti (*cf.* Grecia, Koussoulis, S., § 3.1). Nell'ordinamento italiano, infine, l'assunzione dell'ufficio di arbitro da parte di un magistrato o di altri pubblici dipendenti è subordinata ad apposita autorizzazione, la cui mancanza sembra peraltro rilevare soltanto sul piano disciplinare: *cf.* Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 3.

contendere rimessa alla loro decisione. Proprio la necessità di garantire quanto più possibile l'imparzialità e l'indipendenza degli arbitri ha portato la totalità degli ordinamenti a prevedere e disciplinare espressamente le ipotesi di ricsuazione degli arbitri.²⁶⁴

Generalmente, per quanto attiene ai motivi di ricsuazione, è prassi comune rinviare alle ipotesi previste in tema di astensione e ricsuazione dei giudici.²⁶⁵

Normalmente non è previsto per gli arbitri un vero e proprio dovere di astensione,²⁶⁶ ma la maggior parte degli ordinamenti sancisce a livello normativo l'obbligo per gli arbitri di manifestare immediatamente, al momento della loro nomina o comunque al verificarsi del motivo di ricsuazione, le cause di incompatibilità che li coinvolgono.²⁶⁷

Il summenzionato dovere degli arbitri è un vero e proprio principio di applicazione universale, comunque ricavabile dal sistema anche in ordinamenti in cui non vi è alcuna previsione normativa al riguardo, in quanto costituisce l'espressione primaria del corretto, diligente ed imparziale adempimento dell'incarico affidato ai giudici privati.²⁶⁸

Laddove gli arbitri non ottemperino al proprio dovere di informativa circa l'esistenza di un motivo di incompatibilità, ovvero in conseguenza dell'incompatibilità così appresa, gli ordinamenti che ammettono la

²⁶⁴ Con l'esclusione di alcuni ordinamenti che non prevedono forme di ricsuazione degli arbitri (*cf.* sul punto Israele, Ottolenghi, S., § 3.3; Repubblica Ceca, Macková, A., § 3.3; Uruguay, Greif, J., § 3.3), ma che comunque predispongono mezzi alternativi per garantire l'imparzialità degli arbitri o comunque la genuinità del *dictum* pronunciato dai medesimi.

²⁶⁵ *Cfr.* Austria, Liebscher, C., § 3.3; Danimarca, Smith, E., § 7.4; Giappone, Taniguchi, Y., § 3.3; Grecia, Koussoulis, S., § 3.3; Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 3.3; Polonia, Sawczuk, M., § 3.3; Portogallo, Lebre Freitas, J., § 3.3; Spagna, Barona Vilar, S., § 3.3; Venezuela, Quintero Tirado, M., Pesci Feltri Martínez, M., § 3.2.

²⁶⁶ *Cfr.* peraltro Repubblica Ceca, Macková, A., § 3.3; Venezuela, Quintero Tirado, M., Pesci Feltri Martínez, M., § 3.2.

²⁶⁷ Francia, Clay, T., § 3.3; Germania, Walter, G., § 3.3; Giappone, Taniguchi, Y., § 3.3; Israele, Ottolenghi, S., § 3.3; Messico, Urizarri Carpintero, G., § 3.3; Spagna, Barona Vilar, S., § 3.3; Svizzera, Walter, G., Brunner, C., § 3.3; Ungheria, Wopera, Z., § 3.3; Venezuela, Quintero Tirado, M., Pesci Feltri Martínez, M., § 3.2. Nell'ordinamento israeliano, peraltro, alla violazione di tale obbligo si ricollega, oltre all'invalidazione del lodo, la responsabilità personale dell'arbitro non imparziale, secondo quanto previsto dalla Sez. 30 della Legge sull'Arbitrato (violazione dell'obbligo di riservatezza): *cf.* Israele, Ottolenghi, S., § 3.3. L'ordinamento greco prevede ipotesi di responsabilità penale per gli arbitri che si lascino corrompere: *cf.* Grecia, Koussoulis, S., § 3.3.

²⁶⁸ *Cfr.* Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 3.3.

ricusazione degli arbitri, tutelano per suo mezzo l'imparziale e indipendente svolgimento del giudizio arbitrale, consentendo a ciascuna delle parti di ricusare formalmente l'arbitro, anche se con procedimenti profondamente differenti tra loro.

Vi sono, infatti, alcuni ordinamenti che prevedono espressamente che l'istanza di ricusazione debba essere presentata dinanzi al giudice dello Stato, il quale —sentito anche l'arbitro interessato— procederà all'accertamento della sussistenza o meno della causa di incompatibilità, provvedendo, se del caso, alla sostituzione dell'arbitro ricusato.²⁶⁹

Per contro, altri ordinamenti rimettono la decisione sull'istanza di ricusazione direttamente al collegio arbitrale, prevedendo a volte che alla stessa debba partecipare anche lo stesso arbitro contro il quale l'istanza è proposta.²⁷⁰ Allo stesso modo, per le ipotesi in cui le parti abbiano nominato un arbitro unico, sarà questi a doversi pronunciare sull'istanza di ricusazione contro il medesimo proposta, accettandola (con conseguente abbandono dell'incarico) ovvero respingendola (con conseguente conversione del motivo di ricusazione in motivo di annullamento del lodo arbitrale).²⁷¹

Ad ogni modo, quale che sia la struttura procedimentale prescelta, la proposizione di un'istanza di ricusazione sospende normalmente il termine concesso agli arbitri per la pronuncia del lodo arbitrale.

²⁶⁹ Ad esempio, ai sensi dell'articolo 815 del codice di procedura civile italiano, l'istanza di ricusazione va proposta al presidente del tribunale nella cui circoscrizione è la sede dell'arbitrato: *cf.* Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 3.3; in senso analogo è la previsione dell'articolo 180 dello Statuto Federale sul Diritto Internazionale Privato elvetico, che attribuisce la competenza a decidere sulle istanze di ricusazione al tribunale statale del luogo in cui ha sede il tribunale arbitrale (*cf.* Svizzera, Walter, G. Brunner, C., § 3.3).

²⁷⁰ Secondo la disciplina austriaca dell'arbitrato, la decisione sull'istanza di ricusazione viene emessa dal tribunale arbitrale, decisione cui deve prendere parte anche l'arbitro contro il quale l'istanza di ricusazione è inoltrata. Peraltro, nel caso di arbitrato deferito ad arbitro unico, sarà proprio quest'ultimo ad emettere la decisione al riguardo (*cf.* Austria, Liebscher, C., § 3.3). In senso analogo è l'articolo 18 della Legge di Arbitrato spagnola, a norma del quale è lo stesso arbitro che decide sulla ricusazione (*cf.* Spagna, Barona Vilar, S., § 3.3). Più complesso è il procedimento di ricusazione previsto dalla legge di Arbitrato Commerciale venezuelana, per la quale, se l'arbitro respinge la ricusazione o non si pronuncia al riguardo, gli altri arbitri la accetteranno o la negheranno mediante scritto motivato, mentre, qualora siano in disaccordo o nel caso di arbitro unico, deferiranno la questione al Giudice della Circoscrizione Giudiziale del luogo in cui il tribunale arbitrale svolge le proprie attività (*cf.* Venezuela, Quintero Tirado, M., Pesci Feltri Martínez, M., § 3.2).

²⁷¹ *Cf.* Austria, Liebscher, C., § 3.3; Spagna, Barona Vilar, S., § 3.3.

Sembra, peraltro, che non sia generalmente consentita alcuna pattuizione volta ad escludere la possibilità di ricusare gli arbitri, mentre, al tempo stesso, si tende a limitare cronologicamente l'esercizio della suddetta possibilità, equiparando la mancata proposizione dell'istanza di ricusazione nei tempi previsti alla tacita conferma dell'arbitro "sospetto".²⁷²

21. *La nomina degli arbitri nel caso di pluralità di parti.* Un dato di sicuro interesse che emerge dalle relazioni nazionali è l'assenza, in tutti gli ordinamenti considerati, di una normativa specifica sull'arbitrato con pluralità di parti.²⁷³

Questa carenza, peraltro, si accompagna alla convinzione, parimenti comune a tutti gli Stati, che il litisconsorzio, tanto originario quanto successivo, sia di per sé pienamente compatibile con il giudizio arbitrale.²⁷⁴

L'assenza di specifiche disposizioni legislative, atte a risolvere le peculiari difficoltà che gli arbitrati con pluralità di parti pongono agli interpreti ed ai fruitori dell'istituto arbitrale, ha reso necessario procedere all'adattamento della normativa esistente, in particolar modo per quanto attiene all'esigenza di garantire la parità delle parti nella nomina degli arbitri ed un'equilibrata composizione del collegio arbitrale.

Nell'esperienza pratica, a fronte di un litisconsorzio originario, il problema viene risolto dalla previsione che ogni parte proceda alla nomina di un proprio arbitro, oppure favorendo quanto più possibile la nomina congiunta di un arbitro unico, proveniente da tutte le parti, con la possibilità che, in caso di mancato accordo, vi provveda il giudice dello Stato.²⁷⁵

²⁷² Cfr. Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 3.3; Spagna, Barona Vilar, S., § 3.3.

²⁷³ L'unica esplicita previsione normativa, per quanto ancora non in vigore, si rinvie nell'ordinamento italiano e più precisamente nell'articolo 34 del recente decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, sulla definizione dei procedimenti in materia societaria, ove si prevede che le clausole compromissorie contenute negli statuti delle società debbano a pena di nullità conferire "il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società": cfr. Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 3.4.

²⁷⁴ Cfr. Austria, Liebscher, C., § 3.4; Francia, Clay, T., § 3.4; Germania, Walter, G., § 3.4; Giappone, Taniguchi, Y., § 3.4; Grecia, Koussoulis, S., § 3.4; Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 3.4; Messico, Uribarri Carpintero, G., § 3.4; Spagna, Barona Vilar, S., § 3.4; Svizzera, Walter, G., Brunner, C., § 3.4; Venezuela, Quintero Tirado, M., Pesci Feltri Martínez, M., §§ 3.3 e 3.4. Vedi anche *infra*, § 16.

²⁷⁵ Si veda ad esempio l'ordinamento tedesco, ove il diritto delle parti a procedere alla nomina del proprio arbitro può essere limitato solo in presenza di determinate circostanze, quali il ricorrere di un "*notwendige Streitgenossenschaft*" (attori o convenuti necessa-

Sicuramente più complessa è la risoluzione dei problemi provocati da un litisconsorzio successivo, derivante dall'intervento volontario di un terzo, dalla chiamata in causa, dall'integrazione del contraddittorio o dalla riunione di più giudizi arbitrali connessi. In tali ipotesi, rimane a tutt'oggi aperto il dilemma provocato dall'esigenza del contemporaneo rispetto dei principi di determinatezza e disparità del numero degli arbitri e di imparzialità del collegio arbitrale.²⁷⁶

Il fenomeno di cui si è accennato, se è stato sinora trascurato a livello di diritto statale, è stato invece fortemente sentito dalle istituzioni di arbitrato permanente, i cui regolamenti ne hanno fornito una disciplina specifica e dettagliata.²⁷⁷ In linea di massima e salvo il diverso accordo delle parti, tutte le istituzioni di arbitrato permanente prevedono che, in caso di disaccordo, siano esse stesse a procedere alla nomina dell'arbitro o del collegio arbitrale, così equamente soddisfacendo l'esigenza che ogni parte conservi il diritto di nominare un proprio arbitro e preservando al tempo stesso l'effettiva operatività del patto compromissorio, ove questo venga messo in crisi dalla mancanza di una volontà comune a tutte le parti.²⁷⁸

*22. Il rapporto contrattuale tra parti ed arbitri. Dal momento in cui gli arbitri, così come nominati dalle parti, accettano l'incarico, s'instaura tra questi e le parti un rapporto fonte di diritti ed obblighi.*²⁷⁹

Tra i primi, è generalmente riconosciuto agli arbitri il diritto ad ottenere un compenso per l'attività prestata ed il rimborso delle spese sostenute, un diritto che, pur rinunciabile da parte dell'arbitro interessato (che ben po-

riamente uniti). In tali ipotesi, gli attori o convenuti diversi sono obbligati a cooperare e devono nominare un arbitro comune; in mancanza di accordo la nomina verrà fatta dal tribunale (cfr. Germania, Walter, G., § 3.4).

²⁷⁶ Cfr. Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 3.4; Venezuela, Quintero Tirado, M., Pesci Feltri Martínez, M., § 3.4.

²⁷⁷ Cfr., ad esempio, Giappone, Taniguchi, Y., § 3.4.

²⁷⁸ Si vedano, ad esempio, le soluzioni adottate dalle Regole sull'arbitrato Commerciale dell'Associazione Giapponese sull'Arbitrato Commerciale (JCAA), o dalle Norme Arbitrali della Camera di Commercio e dell'Industria di Ginevra del 1 maggio 2000, o ancora dalle Norme sull'Arbitrato Internazionale della Camera di Commercio di Zurigo del 1 gennaio 1989 (cfr. Giappone, Taniguchi, Y., § 3.4; Svizzera, Walter, G., Brunner, C., § 3.4).

²⁷⁹ Cfr. Austria, Liebscher, C., § 3.5; Francia, Clay, T., § 3.5; Germania, Walter, G., § 3.5; Grecia, Koussoulis, S., § 3.5; Israele, Ottolenghi, S., § 3.5; Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 3.5; Svizzera, Walter, G., Brunner, C., § 3.5.

trebbe accettare di svolgere le sue funzioni gratuitamente), non si ritiene escluso dall'annullamento del lodo o da eventuali danni arrecati alle parti per negligenza inescusabile.²⁸⁰

Tra i secondi, sugli arbitri grava, dal momento dell'accettazione, l'obbligo di procedere allo svolgimento del giudizio arbitrale e di pronunciare il lodo nei termini previsti, nonché il dovere di giudicare con imparzialità in merito alla controversia loro deferita.²⁸¹

Ora, nessuno degli ordinamenti considerati disciplina in modo specifico detto rapporto, ma per ognuno di essi non v'è dubbio che si tratti di un rapporto di natura privatistica.²⁸² La profonda contrattualità del rapporto che lega le parti agli arbitri consente anche di superare le diverse qualificazioni che ne vengono date: contratto di lavoro, contratto di arbitrato, mandato *sui generis*, contratto di prestazione professionale,²⁸³ si rivelano semplicemente modi differenti di rappresentare quella stessa realtà, invero molto complessa, che è l'incarico arbitrale.

È innegabile, infatti, che gli arbitri, per effetto dell'atto di nomina posto in essere dalle parti o dal soggetto a ciò legittimato, vengono investiti della titolarità di un ufficio che, per la fonte dell'investitura, per la funzione e per i poteri-doveri che gli arbitri sono chiamati a esercitare, ha e non potrebbe non avere natura squisitamente privata. Si tratta di un ufficio-*munus*, che si caratterizza nell'esercizio misto di pretese e di prestazioni, di obblighi e di potestà. Ed al riguardo non deve stupire la diversità delle qualificazioni che ne vengono offerte: anche se è vero che gli arbitri svolgono una funzione ed offrono un *opus* che esorbita dalla semplice prestazione d'opera intellettuale, perché, tra l'altro, sono dotati di autonomia e di poteri di supremazia anche nei confronti di coloro che li hanno nominati, è altrettanto

²⁸⁰ Cfr. Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 3.5.

²⁸¹ Cfr. Austria, Liebscher, C., § 3.5; Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 3.5; Svizzera, Walther, G. Brunner, C., § 3.5.

²⁸² Cfr. Austria, Liebscher, C., § 3.5; Danimarca, Smith, E., § 3.5; Francia, Clay, T., § 3.5; Germania, Walter, G., § 3.5; Giappone, Taniguchi, Y., § 3.5; Grecia, Koussoulis, S., § 3.5; Messico, Uribaldi Carpintero, G., § 3.5; Svizzera, Walther, G., Brunner, C., § 3.5; Ungheria, Wopera, Z., § 3.5.

²⁸³ Si tratta delle qualificazioni rispettivamente datene in Austria, Liebscher, C., § 3.5; Francia, Clay, T., § 3.5; Danimarca, Smith, E., § 3.5; Messico, Uribaldi Carpintero, G., § 3.5. Particolare è poi la qualificazione che se ne dà nell'ordinamento elvetico, dove vi si individuano sia effetti di diritto sostanziale (quale il diritto alla remunerazione), sia effetti di diritto processuale (quale il dovere di condurre il procedimento arbitrale in conformità alle norme procedurali applicabili): cfr. Svizzera, Walther, G. Brunner, C., § 3.5.

vero che proprio la considerazione del binomio obblighi-diritti degli arbitri, e la particolare funzione ad essi attribuita inducono a riconoscere significativi elementi di analogia con il contratto che ha per oggetto una prestazione d'opera intellettuale e che si concreta nel compimento di atti giuridici.

VI. LA DISCIPLINA DEI RAPPORTI TRA ARBITRI E GIUDICI

23. *L'eccezione di arbitrato.* Dalla regolamentazione dei rapporti tra giudizio ordinario e giudizio arbitrale emerge un profondo rispetto per la volontà delle parti, orientata all'arbitrato come mezzo per risolvere la controversia tra loro insorta e consacrata nell'accordo arbitrale. Tutti gli ordinamenti considerati, infatti, conoscono e disciplinano un'eccezione di arbitrato in virtù della quale le parti possono impedire la prosecuzione del giudizio ordinario sulla controversia da loro stesse devoluta alla cognizione arbitrale.

In altre parole, l'esistenza di un accordo arbitrale esclude la tutela giurisdizionale di determinati diritti innanzi a qualunque giudice ordinario. Le parti, infatti, con la stipulazione del patto compromissorio esercitano un'opzione tra la tutela giurisdizionale assicurata con l'intervento dei giudici dello Stato e la soluzione della controversia secondo il *dictum* degli arbitri, con conseguente interdizione dell'*iter* volontariamente abbandonato sino a quando è percorribile l'*iter* a favore del quale l'opzione è stata esercitata. Il patto compromissorio costituisce un vero e proprio diaframma tra il giudice ordinario e l'oggetto della lite, giacché, dal momento in cui viene stipulato e fino a quando il *dictum* dell'arbitro non viene rimosso, resta precluso al giudice dello Stato l'esame o il riesame della controversia.

Coerentemente con ciò, viene data, alla parte convenuta dinanzi al giudice ordinario per la risoluzione di una controversia già compromessa in arbitri, un'apposita eccezione, diversamente qualificata, ma in ogni caso idonea a impedire la cognizione giudiziale della lite.²⁸⁴

²⁸⁴ Cfr. Austria, Liebscher C., § 4.3; Francia, Clay, T., § 4.3; Germania, Walter, G., § 4.3; Giappone, Taniguchi, Y., § 4.3; Grecia, Koussoulis, S., § 4; Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 4.3; Messico, Uribarri Carpintero, G., § 4.3; Polonia, Sawczuk, M., § 4.3; Portogallo, Lebre Freitas, J., § 4.3; Repubblica Ceca, Macková, A., § 4.3; Spagna, Barona Vilar, S., § 4.3; Svizzera, Walter, G., Brunner, C., §§ 4.2 e 4.3; Turchia, Özsunay, E., § 4; Ungheria, Wopera, Z., § 4.2; Uruguay, Greif, J., § 4.3; Venezuela, Quintero Tirado, M., Pesci Feltri, M., § 4.3.

In linea con il fondamento volontaristico dell'opzione arbitrare è anche la disciplina della predetta eccezione, per lo più rimessa all'istanza di parte,²⁸⁵ che deve eccepire l'esistenza dell'accordo arbitrare prima di ogni sua altra difesa nel merito.²⁸⁶ La circostanza che, in linea di massima, solo la parte possa eccepire l'esistenza di un accordo arbitrare e che debba farlo prima di svolgere le altre difese nel merito, risponde all'esigenza di assicurare il rispetto di eventuali modificazioni nella determinazione della volontà delle parti: nulla esclude, infatti, che la parte, convenuta davanti al giudice statale per una lite compromessa in arbitri, preferisca non avvalersi del patto compromissorio, accettando il giudizio e la pronuncia giudiziale. Proprio il fatto che l'eccezione di compromesso trova il suo fondamento su un'opzione che rientra nella libera disponibilità delle parti, tra gli atti di autonomia che le parti possono liberamente esercitare e sempre liberamente e consensualmente revocare, spiega il perché, nella maggior parte degli ordinamenti, la mancata o tardiva eccezione di arbitrato integri una tacita rinuncia all'accordo compromissorio.²⁸⁷

²⁸⁵ *Cfr.* Francia, Clay, T., § 4.3; Germania, Walter, G., § 4.3; Grecia, Koussoulis, S., § 4; Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 4.3; Messico, Uribarri Carpintero, G., § 4.3; Polonia, Sawczuk, M., § 4.3; Portogallo, Lebre Freitas, J., § 4.3; Spagna, Barona Vilar, S., §§ 4.2 e 4.3; Svizzera, Walter, G., Brunner, C., § 4.3; Turchia, Özsunay, E., § 4; Ungheria, Wopera, Z., § 4.2; Venezuela, Quintero Tirado, M., Pesci Feltri Martínez, M., § 4.3. L'unica eccezione riscontrata è data dall'ordinamento austriaco, ove, trattandosi di un'eccezione che dà luogo ad un difetto di giurisdizione, può essere sollevata anche d'ufficio dal tribunale, subito dopo che l'azione è stata incardinata di fronte ad esso: *cfr.* Austria, Liebscher, C., § 4.3.

²⁸⁶ *Cfr.* Austria, Liebscher, C., § 4.3, ove peraltro, come si è visto, la predetta eccezione si ritiene sollevabile anche d'ufficio purché subito dopo l'instaurazione del processo; Francia, Clay, T., § 4.3; Grecia, Koussoulis, S., § 4; Polonia, Sawczuk, M., § 4.3; Svizzera, Walter, G., Brunner, C., § 4.2. Non mancano tuttavia esperienze di tipo diverso: nel sistema spagnolo, la proposizione della declinatoria (v. nota precedente) consente al convenuto di tralasciare le difese nel merito della causa introdotta dinanzi al giudice, in attesa che questi si pronunci. È espressamente prevista, in tali ipotesi, la sospensione del termine per contestare la domanda: *cfr.* Spagna, Barona Vilar, S., §§ 4.2 e 4.3. In Italia, stante la natura di eccezione di merito proponibile solo su istanza di parte riconosciuta, anche se non senza contrasti, all'eccezione di compromesso, si ritiene che questa non debba essere sollevata a pena di decadenza nella comparsa di risposta ma possa essere proposta sino allo spirare del termine concesso ai sensi dell'articolo 180 c.p.c. V. anche l'ordinamento turco, ove l'eccezione può essere sollevata sia come eccezione preliminare, sia in seguito come emendamento: *cfr.* Turchia, Özsunay, E., § 4.

²⁸⁷ Nell'ordinamento austriaco, se l'eccezione di arbitrato non viene sollevata nei termini, si sana il difetto di giurisdizione del giudice statale: *cfr.* Austria, Liebscher, C., § 4.3. Nel sistema venezuelano, si configura una rinuncia tacita all'accordo arbitrare quan-

Proposta l'eccezione di arbitrato, se questa viene accolta dal giudice statale adito, la conseguenza comune, nei vari ordinamenti, è il rigetto della domanda proposta davanti a quest'ultimo.²⁸⁸ A tale identità di effetti derivanti dall'accoglimento dell'eccezione di arbitrato non corrisponde una pari uniformità di vedute circa la natura, di rito o di merito, di una siffatta eccezione.

In alcuni paesi, infatti, la questione è ancora vivamente dibattuta e lungi dal trovare una risoluzione definitiva.²⁸⁹ Altri ordinamenti, invece, nel momento in cui prevedono il rigetto della domanda giudiziale per motivi di procedura, sembrano orientati nel senso di configurare l'eccezione di arbitrato quale eccezione di rito.²⁹⁰

Al di là della qualificazione che ne viene data, tuttavia, ed anche nei Paesi che la configurano come eccezione di rito, emerge la tendenza a considerare la presenza di un accordo di arbitrato quale causa idonea a provocare un difetto di giurisdizione dei giudici ordinari,²⁹¹ quasi a voler intendere

do una delle parti, in presenza di un patto compromissorio, adisce l'autorità ordinaria e l'altra parte implicitamente ne accetta il giudizio difendendosi nel merito: *cf.* Venezuela, Quintero Tirado, M., Pesci Feltri Martínez, M., § 4.3. In Italia, si ritiene che l'eccezione di compromesso debba intendersi rinunciata dal soggetto che proponga domanda innanzi al giudice ordinario o che chieda espressamente una pronuncia di merito sui fatti dedotti in giudizio e che, infine, possa essere abbandonata nel corso del giudizio, in modo anche tacito, purché risultante da atti certi ed univoci, quale è considerata la proposizione di una domanda riconvenzionale: *cf.* Punzi, C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., I, pp. 447 ss.

²⁸⁸ *Cfr.* Germania, Walter, G., § 4.3; Giappone, Taniguchi, Y., § 4.3; Grecia, Koussoulis, S., § 4; Spagna, Barona Vilar, S., §§ 4.2 e 4.3; Ungheria, Wopera, Z., § 4.2.

²⁸⁹ L'ordinamento messicano, infatti, dispone soltanto, a fronte di tale eccezione, la rimessione delle parti dinanzi agli arbitri, senza chiarire se ciò debba accadere a fini meramente processuali ovvero anche ai fini del merito della controversia: *cf.* Messico, Uribarri Carpintero, G., § 4.3. Il dubbio permane anche nel sistema uruguayano: *cf.* Uruguay, Greif, J., § 4.3. Nell'ordinamento italiano, parte della dottrina e recentemente anche la Corte di Cassazione hanno configurato la suddetta eccezione come eccezione di merito, in quanto direttamente inerente alla validità, o alla interpretazione, del compromesso o della clausola compromissoria e del patto di rinuncia all'azione giudiziaria e alla giurisdizione in tali atti contenuto; ciò non toglie, tuttavia, che altra parte della dottrina la configuri come eccezione di rito: *cf.* Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 4.3.

²⁹⁰ *Cfr.* Giappone, Taniguchi, Y., § 4.3; Portogallo, Lebre Freitas, J., § 4.3, ove viene qualificata come eccezione riguardante la procedura; Repubblica Ceca, Macková, A., § 4.3; Venezuela, Quintero Tirado, M., Pesci Feltri Martínez M., § 4.3.

²⁹¹ Si parla espressamente di difetto di giurisdizione negli ordinamenti austriaco, elvetico e venezuelano: *cf.* Austria, Liebscher, C., § 4.3; Svizzera, Walter, G., Brunner, C., § 4.3; Venezuela, Quintero Tirado, M., Pesci Feltri Martínez, M., § 4.3. Nell'ordinamento spagnolo la questione relativa all'esistenza di un patto compromissorio può essere sollevata solo mediante declinatoria di giurisdizione a seguito della legge 7 giugno 2000, n.1: *cf.* Spagna, Barona Vilar, S., §§ 4.2 e 4.3.

che la *potestas judicandi* degli arbitri si pone accanto ed in alternativa alla giurisdizione statale, nonché al di fuori dei rapporti interni a quest'ultima. In altre parole, quale che sia la qualificazione data ai rapporti tra arbitri e giudici, la comunità internazionale sembra orientata nel senso di escludere che sia attribuita agli arbitri una frazione dello stesso potere giurisdizionale attribuito *ex lege* ai giudici dello Stato, tra questi ripartito secondo le regole della competenza.²⁹² Più che di incompetenza, infatti, la preclusione della cognizione della lite da parte dei giudici statali viene configurata in termini di improponibilità della domanda o di inammissibilità dell'azione.²⁹³

L'impossibilità di configurare il giudizio arbitrale ed il giudizio ordinario in termini di mera ripartizione di competenza tra i due giudicanti spiega anche come mai, nella quasi totalità degli ordinamenti considerati, in caso di declinatoria della propria *potestas judicandi* da parte di uno dei due, non sia possibile realizzare la *translatio iudicii* a favore dell'altro.²⁹⁴

24. *Questioni di litispendenza nei rapporti tra arbitri e giudici.* Una tale impostazione viene indirettamente confermata dalla generale inapplicabilità, al rapporto tra arbitri e giudici, delle norme che disciplinano la competenza e la litispendenza.²⁹⁵

²⁹² Diversa è la previsione francese: *cf.* Francia, Clay, T., § 4.3, ove si parla espressamente di eccezione di incompetenza.

²⁹³ Ed infatti, l'accoglimento dell'eccezione di arbitrato comporta il rigetto per inammissibilità della domanda nei sistemi tedesco, giapponese, svizzero e venezuelano: *cf.* Germania, Walter, G., § 4.3; Giappone, Taniguchi, Y., § 4.3; Svizzera, Walter, G., Brunner, C., § 4.3; Venezuela, Quintero Tirado, M., Pesci Feltri Martínez, M., § 4.3, ove, se il giudice dello Stato ritiene applicabile l'accordo arbitrale, dichiara procedibile la questione preliminare e deve astenersi dal conoscere il resto della controversia.

²⁹⁴ *Cfr.* Austria, Liebscher, C., § 4.4; Danimarca, Smith, E., § 4.4.; Francia, Clay, T., § 4.4.; Germania, Walter, G., § 4.4.; Giappone, Taniguchi, Y., § 4.4; Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 4.4; Spagna, Barona Vilar, S., § 4.4; Svizzera, Walter, G., Brunner, C., § 4.4; Ungheria, Wopera, Z., § 4.4; Venezuela, Quintero Tirado, M., Pesci Feltri Martínez, M., § 4.4. Posizione a parte è quella dell'ordinamento israeliano, ove, pur escludendosi la *translatio*, si impone la cessazione del giudizio arbitrale nel momento in cui un tribunale statale avochi a sé la controversia: *cf.* Israele, Ottolenghi, S., § 4.4. L'unico ordinamento che sembra ammettere la *translatio iudicii* è quello messicano, dove se ne individuano i presupposti proprio nelle eccezioni di litispendenza e incompetenza: *cf.* Messico, Uribarri Carpintero, G., § 4.4.

²⁹⁵ Per contro, nessun problema si rinviene con riferimento ai rapporti tra giudizi arbitrali, ove la volontà delle parti svolge un ruolo predominante: ad esempio, con riferimento alla riunione di procedimenti arbitrali connessi, l'analisi dei vari ordinamenti mette in

Con talune eccezioni,²⁹⁶ infatti, la contemporanea pendenza della stessa lite davanti agli arbitri ed ai giudici statuali non viene regolata come litispendenza, ma comporta la prosecuzione parallela dei due giudizi, potendosi al più eccepire, dinanzi ai giudici, la presenza di un accordo compromissorio che abbia già dato origine ad un giudizio arbitrale.²⁹⁷

luce come la maggioranza di essi ritenga ammissibile la riunione, a condizione che le parti dei due giudizi arbitrali siano le stesse: *cf.* Israele, Ottolenghi, S., § 5.6; Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 5.6, ove si ritiene necessario che le cause connesse siano state instaurate dinanzi allo stesso collegio arbitrale ed in virtù del medesimo accordo compromissorio, ovvero in virtù di patti compromissori collegati che prevedano la possibilità della riunione; Polonia, Sawczuk, M., § 5.6; Spagna, Barona Vilar, S., § 5.6. La riunione è ammessa anche dall'ordinamento danese, in conformità alle norme dettate per la riunione dei processi giudiziari: *cf.* Danimarca, Smith, E., § 5.6. Nell'ordinamento ungherese, pur non essendovi alcuna norma al riguardo, la riunione si ritiene ammissibile data l'elasticità delle norme che disciplinano l'arbitrato: *cf.* Ungheria, Wopera, Z., § 5.6. Qualora non vi sia la predetta identità, la riunione si ritiene ammissibile laddove tutte le parti vi consentano: *cf.* Austria, Liebscher, C., § 5.6; Israele, Ottolenghi, S., § 5.6; Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 5.6; Portogallo, Lebre Freitas, J., § 5.6; Spagna, Barona Vilar, S., § 5.6, nel senso che l'accordo delle parti consente una riunione senza limitazioni oggettive; Svizzera, Walter, G., Brunner, C., § 5.6; Venezuela, Quintero Tirado, M., Pesci Feltri Martínez, M., § 5.6. Poche sono le eccezioni a questa tendenza, ma in ogni caso si riconosce che la possibilità di procedere alla riunione di procedimenti arbitrali connessi sarebbe auspicabile in funzione di una migliore amministrazione della giustizia: *cf.* Francia, Clay, T., § 5.6; Germania, Walter, G., § 5.6; Uruguay, Greif, J., § 5.6. In talune ipotesi, si ritiene necessario anche il consenso del collegio arbitrale [*cf.* Austria, Liebscher, C., § 5.6; Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 5.6], e ciò in quanto riesce difficile concepire che i suoi componenti possano ritenersi obbligati a conoscere e giudicare della causa riunita, senza una preventiva accettazione scritta, accettazione dalla quale soltanto, come si è visto, discende l'assunzione, per gli arbitri, degli obblighi e delle responsabilità inerenti alla propria funzione.

²⁹⁶ L'unica eccezione riscontrata è costituita dall'ordinamento francese, ove è espressamente previsto che ai rapporti tra arbitri e giudici dello Stato si applichino le norme sulla competenza e sulla litispendenza: *cf.* Francia, Clay, T., § 4.2. V. anche il sistema messicano, ove si dà atto dell'esistenza di un'eccezione di litispendenza da sollevarsi di fronte al giudice dello Stato qualora il medesimo giudizio sia già stato introdotto dinanzi agli arbitri e sia ancora pendente: *cf.* Messico, Uribarri Carpintero, G., § 4.3.

²⁹⁷ *Cf.* Germania, Walter, G., § 4.2, con la precisazione che l'eccezione di litispendenza può trovare applicazione solo nel caso in cui la medesima controversia fosse portata di fronte ad un altro tribunale arbitrale; Giappone, Taniguchi, Y., § 4.2; Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 4.3; Portogallo, Lebre Freitas, J., § 4.2; Spagna, Barona Vilar, S., § 4.2; Ungheria, Wopera, Z., § 4.2, anche se, una volta che il giudice statale abbia affermato la propria giurisdizione, gli arbitri dovranno concludere il giudizio instaurato davanti a loro, ovvero, qualora fosse già stato emesso il lodo, questo dovrà essere annullato; Venezuela, Quintero Tirado, M., Pesci Feltri Martínez, M., § 4.2, ove si ritiene che l'arbitrato escluda radicalmente la giurisdizione ordinaria; Uruguay, Greif, J., § 4.2, ove l'accordo arbitrale viene configurato come una rinuncia alla giurisdizione ordinaria.

La prevalenza accordata alla volontà delle parti, concretatasi nella scelta dello strumento arbitrale per la risoluzione delle proprie controversie, trova ulteriore conferma in ciò che, in linea di principio, gli ordinamenti considerati, se da un lato sanciscono l'irrelevanza, ai fini dell'esperibilità dell'arbitrato, dell'eventuale pendenza della lite davanti al giudice ordinario, per altro verso riconoscono l'obbligo per il giudice statale di spogliarsi della controversia già devoluta agli arbitri. Emerge, in altre parole, la tendenza a ritenere che la pendenza della lite davanti agli arbitri impedisca al giudice di conoscere di quella medesima controversia²⁹⁸ e che, al tempo stesso, la pendenza della lite davanti al giudice non limiti in alcun modo la cognizione arbitrale.²⁹⁹

In quest'ultima ipotesi, l'unico ostacolo da taluni frapposto alla decisione arbitrale è che vi sia già stata una pronuncia che abbia accertato la non compromettibilità della lite o l'inesistenza, l'invalidità e l'inefficacia della convenzione arbitrale,³⁰⁰ valendo in caso contrario il principio secondo il

²⁹⁸ Cfr. Danimarca, Smith, E., § 4.6, ove, in caso di pendenza del giudizio arbitrale, al giudice è precluso persino l'accertamento della validità dell'accordo arbitrale; Francia, Clay, T., § 4.6; Germania, Walter, G., § 4.6, a condizione che, ovviamente, sia stata sollevata l'eccezione di arbitrato; in quest'ultimo senso è anche l'ordinamento nipponico: cfr. Giappone, Taniguchi, Y., § 4.6; Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 4.6; Messico, Uribarri Carpintero, G., § 4.6, *ad esclusione* dell'ipotesi in cui vi sia nullità, inefficacia o impossibilità di esecuzione del patto compromissorio; Polonia, Sawczuk, M., § 4.6; Portogallo, Lebre Freitas, J., § 4.6; Spagna, Barona Vilar, S., § 4.6; Uruguay, Greif, J., § 4.6, salvo il caso in cui la questione non sia compromettibile o manchino i requisiti che consentono la definizione dell'arbitrato. Posizione peculiare è quella di Israele, Ottolenghi, S., § 4.6, ove la scelta della prosecuzione del giudizio viene rimessa al tribunale dello Stato.

²⁹⁹ Cfr. Danimarca, Smith, E., § 4.5; Francia, Clay, T., § 4.5; Germania, Walter, G., § 4.5; Giappone, Taniguchi, Y., § 4.5; Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 4.5; Messico, Uribarri Carpintero, G., § 4.5; Polonia, Sawczuk, M., § 4.5, anche se vengono rilevate le probabili difficoltà in sede di esecuzione; Portogallo, Lebre Freitas, J., § 4.5, salvo il caso in cui non sia stata sollevata, dinanzi ai giudici statali l'eccezione di arbitrato; Uruguay, Greif, J., § 4.5. Nel sistema ungherese, i giudizi possono proseguire separatamente, anche se con il rischio di vanificazione dell'attività arbitrale conseguente all'affermazione della propria giurisdizione da parte del giudice statale: cfr. Ungheria, Wopera, Z., § 4.2. Anche nell'ordinamento israeliano il giudice dello Stato gioca un ruolo dominante, in quanto la prosecuzione del giudizio arbitrale viene ad essere condizionata dalla scelta del tribunale statale, che ha la mera facoltà e non l'obbligo di chiudere il giudizio instaurato dinanzi a sé: cfr. in Israele, Ottolenghi, S., § 4.5.

³⁰⁰ Cfr. Germania, Walter, G., § 4.5. Nell'ordinamento nipponico, inoltre, il giudizio arbitrale può essere arrestato anche a seguito di una misura giudiziale provvisoria provocata da una delle parti: cfr. Giappone, Taniguchi, Y., § 4.5. In argomento v. anche *supra*, § 18.

quale gli arbitri hanno il potere di giudicare sull'esistenza della propria *potestas iudicandi*.³⁰¹

In linea di massima, il giudizio arbitrale nazionale prosegue, e non subisce particolari limitazioni, anche nelle ipotesi in cui la medesima controversia già penda dinanzi ad una giurisdizione straniera o di fronte ad un arbitrato estero.

In particolare, la questione della litispendenza internazionale viene in molti casi ritenuta irrilevante e non influisce sul giudizio arbitrale interno.³⁰² In taluni ordinamenti, peraltro, è prevista la facoltà di sospensione per gli arbitri nazionali,³⁰³ mentre un vero e proprio obbligo viene general-

³⁰¹ Cfr. Israele, Ottolenghi, S., § 4.2, anche se soltanto a seguito di specifica autorizzazione delle parti; Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 4.5; Spagna, Barona Vilar, S., § 4.2; Svizzera, Walter, G., Brunner, C., § 4.2; Venezuela, Quintero Tirado, M., Pesci Feltri Martínez, M., § 4.2.

³⁰² Cfr. Austria, Liebscher, C., §§ 25 e 26; Italia, Briguglio, A. (Ruffini, G.), §§ 25 e 26; Portogallo, Lebre Freitas, J., §§ 25 e 26 ove l'unico limite alla prosecuzione dell'arbitrato interno è dato dal passaggio in giudicato e dal riconoscimento della sentenza straniera o del lodo estero; Repubblica Ceca, Macková, A., §§ 25 e 26; Spagna, Barona Vilar, S., §§ 25 e 26; Venezuela, Quintero Tirado, M., Pesci Feltri Martínez, M., §§ 25 e 26. Con esclusivo riferimento alla litispendenza rispetto ad un'autorità giudiziaria straniera, anche l'ordinamento tedesco prevede la prosecuzione parallela dei giudizi. Qualora invece la stessa causa penda anche dinanzi a un collegio arbitrale straniero, si ritiene che possa essere sollevata, anche d'ufficio, l'eccezione di litispendenza, sempre che i due collegi arbitrali abbiano entrambi la *potestas iudicandi*, ciò che, in concreto, dovrebbe verificarsi assai di rado: cfr. Germania, Walter, G., § 25.

³⁰³ Così nel sistema francese ove, nell'ipotesi di conflitto tra pronunce, spetterà al giudice dell'esecuzione accertarne la sussistenza e privare di efficacia la decisione cronologicamente successiva: cfr. Francia, Clay, T., §§ 25 e 26. Una facoltà di sospensione del giudizio arbitrale nazionale sembra sussistere anche nell'ordinamento messicano, ove la scelta in ordine alla prosecuzione viene rimessa alla prudenza degli arbitri, che dovranno, per un verso, salvaguardare lo svolgimento e la celerità del processo pendente dinanzi a loro e, per altro verso, tenere conto delle eventuali difficoltà di esecuzione del lodo: cfr. Messico, Uribarri Carpintero, G., § 25. In Italia, non si esclude che, ove entrambi i giudizi arbitrali trovino fondamento su di un'unica volontà compromissoria, rimanga la possibilità che l'arbitro italiano, nel verificare la propria *potestas iudicandi* in relazione alla perdurante efficacia dell'accordo compromissorio, sia influenzato dalla (previa) pendenza del giudizio arbitrale all'estero. Ad esempio, se l'accordo compromissorio (unico) prevede che l'arbitrato debba aver sede in Italia o all'estero a seconda di quale parte lo promuova in concreto, l'arbitro italiano potrebbe considerare — attesa la già intervenuta e legittima instaurazione all'estero dell'arbitrato — che l'efficacia dell'accordo compromissorio in relazione a quella medesima controversia si è ormai “consumata” e pertanto dichiarare a riguardo il proprio difetto di *potestas iudicandi*: cfr. Italia, Briguglio, A. (Ruffini, G.), § 26.

mente ricollegato alla ricorrenza di particolari condizioni quali, oltre all'identità della lite, la circostanza che il giudizio straniero sia stato instaurato per primo, e che la pronuncia che ne discenderà sia presumibilmente riconoscibile ed eseguibile³⁰⁴ secondo l'ordinamento nazionale.

25. *La sospensione per pregiudizialità.* Da ultimo, con riferimento all'ipotesi di sospensione per pregiudizialità, è emerso un orientamento comune nel senso di escludere che un giudice statale debba sospendere il processo pendente dinanzi a sé in attesa della decisione arbitrale sulla causa pregiudiziale,³⁰⁵ anche se non mancano esperienze di segno contrario.³⁰⁶

³⁰⁴ *Cfr.* Ungheria, Wopera, Z., § 25. In senso analogo, ma per la sola litispendenza rispetto alle giurisdizioni statuali straniere, è anche l'ordinamento elvetico, il quale richiede altresì, ai fini della sospensione del giudizio arbitrale nazionale, che la decisione del giudice straniero venga presumibilmente emessa in tempi ragionevoli. Peraltro, per l'ipotesi di litispendenza rispetto ad un giudizio arbitrale straniero, ove i due giudizi discendano da due differenti convenzioni arbitrali, si ritiene che quella stipulata successivamente rifletta al meglio la volontà attuale delle parti, con conseguente venir meno dell'arbitrato fondato sulla prima: *cfr.* Svizzera, Walter, G., Brunner, C., § 25. Nel sistema polacco, gli arbitri nazionali si ritengono vincolati dall'arbitrato estero solo se la sua pendenza venga eccepita: *cfr.* Polonia, Sawczuk, M., § 26. Un obbligo generalizzato di sospensione viene invece previsto in Israele, ove si accorda prevalenza al giudizio straniero: *cfr.* Israele, Ottolenghi, S., §§ 25 e 26. Posizione singolare è quella del Giappone, ove si ritiene che il convenuto davanti al giudice straniero debba sollevare l'eccezione di arbitrato ed il convenuto di fronte all'arbitrato debba eccepire l'invalidità di quest'ultimo: solo nel caso in cui entrambi i giudicanti ritengano valido l'arbitrato, il giudizio straniero verrà a cessare. Altrimenti, i due giudizi proseguiranno e sull'eventuale conflitto tra pronunce provvederà il giudice dell'esecuzione: *cfr.* Giappone, Taniguchi, Y., § 25.

³⁰⁵ *Cfr.* Francia, Clay, T., § 4.8; Giappone, Taniguchi, Y., § 4.8; Israele, Ottolenghi, S., § 4.8; Messico, G., § 4.8; Polonia, Sawczuk, M., § 4.8; Repubblica Ceca, Macková, A., § 4.8; Spagna, Barona Vilar, S., § 4.8; Uruguay, Greif, J., § 4.8. In Italia non sussiste unità di vedute in quanto, per coloro che ritengono che il lodo abbia natura privatistica, si esclude che la pendenza del giudizio arbitrale sia in grado di produrre effetti su liti diverse da quella compromessa in arbitrato, mentre, per coloro che sostengono l'identità dell'efficacia di accertamento del lodo e della sentenza, deve ritenersi applicabile l'articolo 295 c.p.c. con conseguente sospensione del giudizio ordinario in attesa della pronuncia arbitrale sulla causa pregiudiziale: *cfr.* Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 4.8.

³⁰⁶ *Cfr.* Germania, Walter, G., § 4.8, ove la sospensione disciplinata dal § 148 ZPO non esclude che il processo relativo alla questione pregiudiziale penda di fronte ad un collegio arbitrale; Portogallo, Lebre Freitas, J., § 4.8; Svizzera, Walter, G., Brunner, C., § 4.8, ove la sospensione è prevista, anche qualora la questione pregiudiziale penda dinanzi agli arbitri, sia dall'articolo 36 (1) dello Statuto Federale Svizzero Relativo alla Giurisdizione in Materie Civili, sia da alcuni codici di procedura civile cantionali.

Anche per l'ipotesi inversa, quando cioè la causa pregiudiziale pende dinanzi al giudice dello Stato, non vi è uniformità di vedute. Per lo più, le normative nazionali sembrano non occuparsi del pur vivamente sentito problema,³⁰⁷ mentre, per le ipotesi in cui una normativa vi sia, emerge la tendenza a prevedere una sospensione, obbligatoria o facoltativa, del giudizio pendente davanti agli arbitri³⁰⁸. Sono rari i casi in cui la sospensione da parte degli arbitri sia radicalmente esclusa.³⁰⁹

26. *La pregiudizialità costituzionale.* Occorre infine soffermare la nostra attenzione sul rapporto tra gli arbitri ed un particolare giudice dello Stato: il giudice che in molti ordinamenti è deputato al controllo di costituzionalità delle leggi.

Com'è noto, infatti, in Europa, a differenza di quanto è avvenuto principalmente negli Stati Uniti,³¹⁰ i vari ordinamenti hanno preferito al controllo diffuso di costituzionalità delle leggi, il controllo accentrato presso un organo *ad hoc*.

La scelta del sistema accentrato ha comportato la necessità di stabilire le vie di accesso al giudizio di costituzionalità.

In tale prospettiva, appare significativo che tutti gli ordinamenti che ammettono un giudizio incidentale di costituzionalità, facciano espresso riferimento alle sole ipotesi in cui la questione di costituzionalità sorga

³⁰⁷ Cfr. Austria, Liebscher, C., § 4.7; Germania, Walter, G., § 4.7, ove, pur non essendovi norme *ad hoc*, la sospensione da parte degli arbitri viene ritenuta concepibile; Giappone, Taniguchi, Y., § 4.7; Portogallo, Lebre Freitas, J., § 4.7, il quale, in mancanza di norme apposite, ritiene che l'ostacolo alla sospensione sia costituito dalla previsione di un termine per la pronuncia del lodo: solo la rinuncia di entrambe le parti all'utilizzo del mancato rispetto del predetto termine come causa di impugnazione del lodo potrebbe consentire la sospensione del giudizio arbitrale; Ungheria, Wopera Z., § 4.7, ove le uniche disposizioni al riguardo sono contenute nei regolamenti di istituzioni permanenti di arbitrato.

³⁰⁸ Cfr. Francia, Clay, T., § 4.7; Grecia, Koussoulis, S., § 4.7, ove la sospensione è prevista solo allorché penda dinanzi al giudice dello Stato il procedimento per la ricusazione di uno degli arbitri; Israele, Ottolenghi, S., § 4.7, ove il tribunale statale potrebbe persino ingiungere agli arbitri la sospensione del giudizio pendente dinanzi a loro, sino alla risoluzione della questione; Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 4.7, ove la sospensione è obbligatoria allorché la questione pregiudiziale abbia natura non compromettibile; Spagna, Barona Vilar, S., § 4.7; Svizzera, Walter, G., Brunner, C., § 4.7, ove la sospensione del giudizio arbitrale ha carattere eccezionale; Uruguay, Greif, J., § 4.7, qualora la questione pregiudiziale non sia arbitrabile.

³⁰⁹ In tal senso appaiono orientati gli ordinamenti messicano e ceco: cfr. Messico, Uribarri Carpintero, G., § 4.7; Repubblica Ceca, Macková, A., § 4.7.

durante un giudizio dinanzi al giudice dello Stato, senza nulla stabilire in ordine alle ipotesi in cui la questione sorga dinanzi agli arbitri.

Ciò nonostante, mentre in alcuni ordinamenti si ritiene che, conformemente al testo della legge, gli arbitri non possano sollevare questioni di legittimità costituzionale,³¹¹ in altri si è giunti a riconoscere anche ad essi tale potere.³¹² Mi sia concessa, sulla questione, una brevissima considerazione.

Nulla si oppone, a mio avviso, all'attribuzione, da parte del legislatore, anche agli arbitri del potere di provocare il giudizio incidentale di costituzionalità,³¹³ nulla si oppone, tuttavia, allo stesso modo, alla negazione agli arbitri di tale potere. Il legislatore deve in proposito effettuare una valutazione di opportunità, sicché il tutto si risolve in un problema di stretto diritto positivo.

Per quanto concerne l'opportunità o meno di consentire agli arbitri di invocare l'intervento del giudice delle leggi, occorre a mio avviso tenere presente che, come è stato recentemente ricordato nella dottrina italiana, la *ratio* del sistema di sindacato accentrato sulla costituzionalità delle leggi risiede nel principio della divisione dei poteri; quest'ultimo, infatti, è ritenuto incompatibile con il controllo diffuso della legittimità costituzionale delle leggi da parte degli organi pubblici chiamati ad esercitare le funzioni giudicanti.³¹⁴ Ciò premesso, appare chiaro che laddove la decisione della

³¹⁰ In due ordinamenti, in cui è previsto un controllo diffuso della costituzionalità delle leggi presso ciascun giudice, si riconosce analogo potere anche agli arbitri (*cf.* Giappone, Taniguchi, Y., § 2.1; Uruguay, Greif, J., § 3).

³¹¹ *Cfr.* Austria, Liebscher, C., § 16; Germania, Walter, G., § 16; Spagna, Barona Vilar, S., § 16. In Austria ed in Germania gli arbitri possono, tuttavia, chiedere al tribunale statale di sottoporre la questione di costituzionalità alla Corte Costituzionale.

³¹² *Cfr.* Ungheria, Wopera, Z., § 16; Uruguay, Greif, J., § 16. Sulla questione si è pronunciata recentemente anche la Corte costituzionale italiana [Italia, Briguglio, A. (Ruffini, G.), § 16], la quale ha ammesso gli arbitri a provocare il giudizio incidentale di costituzionalità (Corte cost. 28 novembre 2001, n. 376, in *Riv. dir. proc.*, 2002, pp. 351 ss., con nota di Ricci, E. F., *La "funzione giudicante" degli arbitri e l'efficacia del lodo*). In proposito, occorre tuttavia sottolineare che nell'ordinamento italiano tale pronuncia ha soltanto il valore di un precedente interpretativo, che, seppure autorevole è stato accolto con soddisfazione solo da una parte della dottrina (Briguglio, A., *Merito e metodo nella pronuncia della Consulta che ammette gli arbitri rituali alla rimessione pregiudiziale costituzionale*, in *Riv. arb.*, 2001, pp. 657 ss.; Ricci, E. F., *La "funzione giudicante" degli arbitri e l'efficacia del lodo*, *cit.*), mentre altra parte della dottrina, non l'ha affatto condivisa (Punzi, C., *Natura dell'arbitrato e regolamento di competenza*, in *Giust. civ.*, 2003, I, pp. 720 ss.; Ruffini, G., *Arbitri, diritto e costituzione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2002, pp. 263 ss.).

³¹³ In questo senso l'auspicio della relatrice spagnola: Spagna, Barona Vilar, S., § 16.

³¹⁴ Ruffini, G., *Arbitri, diritto e costituzione*, *cit.*, pp. 274 ss.

controversia sia stata affidata a soggetti privati che non esercitano alcuna funzione sovrana, viene meno l'opportunità di sottrarre ad essi il potere, che generalmente spetta a tutti i consociati, di valutare la conformità alla Costituzione delle norme di legge e conseguentemente di decidere se uniformare ad esse o meno la propria condotta.

In conclusione, pertanto, in assenza di una espressa disposizione che legittimi gli arbitri a sollevare il giudizio innanzi alla Corte costituzionale, non vi è motivo per far discendere tale legittimazione dalle norme di legge che fanno riferimento semplicemente al giudice. Infatti, con tale espressione il legislatore intende alludere non a qualsiasi soggetto che svolga una funzione giudicante, ma al giudice dello Stato. In questo senso merita di essere ricordato che uno tra i principali studiosi dei meccanismi di controllo della costituzionalità delle leggi nel diritto comparato,³¹⁵ proprio con riferimento all'arbitrato —pur non arrivando a sostenere, come altra autorevole dottrina, l'incompatibilità tra arbitrato e questione di legittimità costituzionale—³¹⁶ negava agli arbitri il potere di provocare il giudizio incidentale di costituzionalità in quanto, anche a voler vedere nell'arbitrato “una funzione (pubblica o privata che sia) “equivalente” o “ausiliaria” alla funzione del giudice civile”, gli arbitri “sono soggetti privati e comunque non sono giudici se non in quanto li si consideri come giudici di un ordinamento diverso da quello statale”.³¹⁷

27. *Il principio di cooperazione tra arbitri e giudici.* L'analisi dei rapporti intercorrenti tra arbitri e giudici dello Stato consente di rilevare, come dato certo e comune a tutti i Paesi considerati, un principio che potremmo definire di cooperazione tra giudici privati e giudici dello Stato, in base al quale questi ultimi sono chiamati, in diverse occasioni, a prestare il loro ausilio all'attività svolta dagli arbitri.³¹⁸

³¹⁵ Cappelletti, M., *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, 1968.

³¹⁶ È questa, com'è noto, la tesi di Satta, S., *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 2, *cit.*, pp. 288 ss. secondo il quale “la contestazione della validità della legge è incompatibile con la volontà di compromettere”.

³¹⁷ Cappelletti, M., *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milano, 1957, pp. 72 ss.

³¹⁸ *Cfr.* Israele, Ottolenghi, S., § 4; Messico, Uribarri Carpintero, G., § 4; Spagna, Barona Vilar, S., § 4; Uruguay, Greif, J., § 4; Venezuela, Quintero Tirado, M., Pesci Feltri Martínez, M., § 4.

In altre parole, la totalità degli ordinamenti giuridici prevede l'obbligo, da parte dei giudici dello Stato, di prestare ausilio con la propria giurisdizione agli arbitri, e ciò vuoi quando manchi l'accordo delle parti in ordine a certi profili dell'arbitrato, vuoi nei casi in cui, per esigenze legali, sorga l'opportunità, nell'ambito del giudizio arbitrale, che vengano svolte attività per loro natura sottratte agli arbitri.³¹⁹

Così ad esempio avviene per il caso in cui le parti non riescano a raggiungere un accordo, nell'ipotesi di nomina o sostituzione degli arbitri.³²⁰ Analogamente, un intervento del giudice dello Stato è richiesto per il conferimento al lodo di efficacia esecutiva,³²¹ nonché, in numerosi ordinamenti, per procedere alla sua impugnazione.³²²

28. Segue: l'assistenza giudiziaria nell'istruzione probatoria. La maggior parte degli ordinamenti prevede poi l'assistenza del giudice dello Stato per l'assunzione di alcuni mezzi di prova da parte degli arbitri, e ciò in tutte le ipotesi in cui questi non possano provvedere da soli.³²³

³¹⁹ Così, è prevista l'assistenza giudiziale nella nomina o sostituzione degli arbitri, nell'assunzione delle prove, nell'applicazione delle misure cautelari, nell'esecuzione e nell'impugnazione del lodo stesso: *cf.* Austria, Liebscher, C., §§ 3 e 5.4; Israele, Ottolenghi, S., § 4; Messico, Uribarri Carpintero, G., § 4; Polonia, Sawczuk, M., § 5.4; Spagna, Barona Vilar, S., § 4; Uruguay, Greif, J., § 4; Venezuela, Quintero Tirado, M., Pesci Feltri Martínez, M., § 4.

³²⁰ *V. supra*, § 19.

³²¹ *V. infra*, § 32. Nel panorama internazionale sono pochi gli ordinamenti che non prevedono l'intervento giudiziale per la concessione di efficacia esecutiva: *cf.* Danimarca, Smith, E., § 21; Repubblica Ceca, Macková, A., § 21; Spagna, Barona Vilar, S., § 21. Generalmente si ritiene infatti necessario un intervento del giudice dello Stato, volto a conferire al lodo quella forza coattiva che questo, per sua natura, non possiede: *cf.* Austria, Liebscher, C., § 21; Francia, Clay, T., § 21; Germania, Walter, G., § 21; Giappone, Taniguchi, Y., § 21; Israele, Ottolenghi, S., § 21; Italia, Briguglio, A. (Ruffini, G.), § 21; Messico, Uribarri Carpintero, G., § 21; Polonia, Sawczuk, M., § 7.7; Portogallo, Lebre Freitas, J., § 21; Svizzera, Walter, G., Brunner, C., § 21; Turchia, Özsunay, E., § 15; Ungheria, Wopera, Z., § 21; Uruguay, Greif, J., § 13; Venezuela, Quintero Tirado, M., Pesci Feltri Martínez, M., § 21.

³²² *V. infra*, § 35.

³²³ *Cfr.* Austria, Liebscher, C., § 5.4; Danimarca, Smith, E., § 5.4; Francia, Clay, T., § 5.4; Germania, Walter, G., § 5.4; Giappone, Taniguchi, Y., § 5.4; Israele, Ottolenghi, S., § 5.4; Polonia, Sawczuk, M., § 5.4; Repubblica Ceca, Macková, A., § 5.4; Svizzera, Walter, G., Brunner, C., § 5.4; Turchia, Özsunay, E., § 5; Uruguay, Greif, J., § 5.4; Venezuela, Quintero Tirado, M., Pesci Feltri Martínez, M., § 5.4. Nell'ordinamento messicano, in assenza di esplicite previsioni normative, si ritiene ammissibile il suddetto intervento in materia mercantile (Messico, Uribarri Carpintero, G., § 5.4); nell'ordina-

Premesso che, in linea di principio, la comunità internazionale sembra orientata nel senso di consentire l'utilizzo, nell'ambito del giudizio arbitrale, degli stessi mezzi di prova previsti per i giudizi ordinari,³²⁴ siano questi proposti dalle parti ovvero disposti d'ufficio dagli arbitri,³²⁵ le uniche limitazioni attengono a quei mezzi di prova per la cui assunzione è

mento spagnolo, peraltro, permane il dubbio se la richiesta di assistenza da parte degli arbitri si configuri quale mera facoltà, oppure quale vero e proprio obbligo, fonte di responsabilità per quegli arbitri che abbiano ommesso di ricorrervi (*cf.* Spagna, Barona Vilar, S., § 5.4). L'assistenza giudiziaria nell'assunzione delle prove viene invece esclusa in altri ordinamenti. L'ordinamento italiano, ad esempio, non prevede alcun meccanismo di assistenza giudiziaria nell'ambito dell'assunzione delle prove, anche se parte della dottrina ritiene ammissibile un ricorso al giudice al fine di ottenere l'assunzione in via preventiva dei testimoni che potrebbero venire a mancare nell'arbitrato: *cf.* Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 5.4. Anche l'ordinamento portoghese appare orientato nel senso di escludere l'assistenza giudiziaria nell'assunzione delle prove da parte degli arbitri: *cf.* Portogallo, Lebre Freitas, J., § 5.4.

³²⁴ Si ritengono infatti ammessi l'interrogatorio delle parti, la prova testimoniale, la consulenza tecnica, l'ispezione di luoghi e di cose, l'esame di documenti. Più in generale, nell'ordinamento austriaco si puntualizza che gli arbitri possono considerare qualunque mezzo di prova, anche al di là di quelli più strettamente disciplinati dallo ZPO (*cf.* Austria, Liebscher, C. § 5.3); nel sistema belga vengono esclusi soltanto la produzione dei documenti in possesso di un terzo e la verificaione di scritture: la relazione, peraltro, non chiarisce se in tali ipotesi sia consentito ricorrere all'ausilio del giudice (*cf.* Belgio, Kohl, A., § 6); Germania, Walter, G., § 5.3; parimenti avviene in Italia, ove una giurisprudenza, non esente da critiche, ammette anche il giuramento della parte: *cf.* Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 5.3; Ricci, E. F., *La prova nell'arbitrato rituale*, Milano, 1974; Messico, Uribarri Carpintero, G., § 5.3; Polonia, Sawczuk, M., § 5.3; Portogallo, Lebre Freitas, J., § 5.3; Spagna, Barona Vilar, S., § 5.3; Svizzera, Walter, G. Brunner, C., § 5.3; Turchia, Özsunay, E., § 5; Uruguay, Greif, J., § 5.3.

³²⁵ Per quanto attiene all'indicazione dei mezzi prova, questa viene generalmente rimessa alla sola iniziativa di parte: *cf.* Israele, Ottolenghi, S., § 5.3; Repubblica Ceca, Macková, A., § 5.3, dove peraltro sono considerate ammissibili anche le prove offerte spontaneamente dai terzi; Ungheria, Wopera, Z., § 5.3. Ciò non toglie, tuttavia, che taluni ordinamenti ammettano anche, come ipotesi normale o in via eccezionale, il potere degli arbitri di provvedere d'ufficio alla ricerca ed ammissione dei mezzi prova: *cf.* Austria, Liebscher, C., § 5.3; Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 5.3; Spagna, Barona Vilar, S., § 5.3; Venezuela, Quintero Tirado, M., Pesci Feltri Martínez, M., § 5.3. In caso di ricerca *ex officio* dei mezzi di prova, viene comunque fatto salvo il diritto delle parti di esserne informate, di poterne prendere visione e di presentare le loro osservazioni al riguardo (*cf.* Danimarca, Smith, E., § 5.3). In senso analogo v. anche l'ordinamento portoghese, ove si ritiene che, salvo diversa pattuizione delle parti, gli arbitri possano prendere l'iniziativa per quasi ogni tipo di procedimento istruttorio (*cf.* Portogallo, Lebre Freitas, J., § 5.3). Nell'ordinamento francese, infine, agli arbitri è consentito invitare le parti a produrre le prove che essi ritengono utili ai fini della decisione, e di valutare ai medesimi fini il loro eventuale rifiuto (*cf.* Francia, Clay, T., § 5.3).

necesario l'esercizio di un potere coercitivo sottratto agli arbitri; in queste ipotesi, peraltro, non si esclude il loro utilizzo nel giudizio arbitrale, ma, in linea di principio, si prevede un intervento del giudice dello Stato volto a supplire tale carenza dei giudici privati.³²⁶

Così avviene per la prova testimoniale, ove è necessario l'ausilio del giudice quante volte il testimone si rifiuti di comparire o, comparso, non deponga,³²⁷ parimenti, per quanto attiene alla prova documentale,³²⁸ qualora documenti rilevanti per la controversia si trovino in possesso della controparte o di un terzo, si ritiene che il collegio arbitrale possa ordinarne l'esibizione, ma in caso di mancato spontaneo adempimento alla richiesta degli arbitri, per l'esecuzione dell'ordine di esibizione si renderà ancora una volta necessario l'ausilio del giudice dello Stato.³²⁹

Va da sé che, fermo restando che il giudizio sull'ammissibilità e rilevanza dei mezzi di prova offerti dalle parti resta di esclusiva competenza degli arbitri,³³⁰ laddove si renda necessario l'intervento del giudice dello Stato sarà quest'ultimo a procedere alla loro assunzione,³³¹ con ciò realizzando un'eccezione a quel principio di immediatezza³³² che impone agli arbitri

³²⁶ Vedi *supra*, nota 40.

³²⁷ Con riferimento alla prova testimoniale, viene previsto l'intervento del giudice dello Stato qualora si renda necessario l'esercizio del potere coercitivo per la comparizione coattiva dei testimoni, per i casi in cui il testimone si rifiuti di deporre e per le ipotesi in cui si chieda la ricasazione di alcuna delle persone chiamate a testimoniare: *cf.* Germania, Walter, G., § 5.4; Israele, Ottolenghi, S., § 5.4; Messico, Uribarri Carpintero, G., § 5.4; Spagna, Barona Vilar, S., § 5.4; Svizzera, Walter, G. Brunner, C., § 5.4. In Turchia, l'intervento del giudice è necessario anche ai fini del giuramento dei testimoni (*cf.* Turchia, Özsunay, E., § 5.4). Nell'ordinamento italiano, peraltro, è previsto che l'assunzione della testimonianza possa avvenire anche presso l'abitazione o l'ufficio del testimone, ove questi ovviamente vi consenta, e che la deposizione possa essere resa anche attraverso risposte scritte a quesiti: *cf.* Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 5.3.

³²⁸ *Cfr.* Germania, Walter, G., § 5.3; Israele, Ottolenghi, S., § 5.3; Messico, Uribarri Carpintero, G., § 5.3; Svizzera, Walter, G. Brunner, C., § 5.3; Uruguay, Greif, J., § 5.3. Nello stesso senso è l'ordinamento turco, ai sensi della legge n. 4686 sull'Arbitrato Internazionale (*cf.* Turchia, Özsunay, E., § 5).

³²⁹ *Cfr.* Messico, Uribarri Carpintero, G., § 5.4; Repubblica Ceca, Macková, A., § 5.3; Spagna, Barona Vilar, S., § 5.4; Svizzera, Walter, G., Brunner, C., § 5.4.

³³⁰ *Cfr.* Austria, Liebscher, C., § 5.3; Germania, Walter, G., § 5.3; Spagna, Barona Vilar, S., § 5.3; Uruguay, Greif, J., § 5.3; Venezuela, Quintero Tirado, M., Pesci Feltri Martínez, M., § 5.3.

³³¹ *Cfr.* Austria, Liebscher, C., § 5.3; Spagna, Barona Vilar, S., § 5.3.

³³² *Cfr.* Austria, Liebscher, C., § 5.3, Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 5.3; Spagna, Barona Vilar, S., § 5.3.

di provvedere essi stessi all'assunzione dei mezzi di prova, e che, conseguentemente preclude loro la possibilità di deferire detto compito a terzi.

Trattasi peraltro, come è evidente, di un'eccezione pienamente giustificata dalla necessità di garantire l'effettività del diritto alla prova anche a coloro che abbiano optato per il giudizio arbitrale.

29. *Segue: la tutela sommaria e cautelare nell'arbitrato.* Sempre nell'ottica dei rapporti di cooperazione tra giudici e arbitri, un discorso a parte deve essere fatto per quanto attiene alla tutela sommaria e cautelare in ambito arbitrale.

La possibilità per gli arbitri di emettere misure cautelari e provvedimenti sommari in generale è tutt'altro che pacificamente riconosciuta nel panorama internazionale. In argomento si segnala un'estrema varietà di posizioni, che vanno dalla negazione assoluta del potere in questione,³³³ all'ammissione di provvedimenti sommari e/o cautelari di varia natura o contenuto,³³⁴ anche se talvolta limitatamente a particolari tipi di controversie³³⁵ e/

³³³ Cfr. Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), §§ 6.2 e 6.3, dove si dà conto dell'eccezione di recente introdotta dall'articolo 35 del d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, non ancora entrato in vigore, il quale riconosce agli arbitri nominati in virtù di clausole compromissorie contenute negli statuti di società commerciali il potere di disporre la sospensione dell'efficacia delle delibere assembleari. Cfr. anche Austria, Liebscher, C., §§ 6.2 e 6.3; Danimarca, Smith, E., § 6.1-6.3; Polonia, Sawczuk, M., 6.3.; Repubblica Ceca, Macková, A., §§ 6.2 e 6.3; Uruguay, Greif, J., § 6.3.

³³⁴ Cfr., pur con profonde differenziazioni in ordine al tipo di misure adottabili e al rispettivo contenuto, Giappone, Taniguchi, Y., § 6.3; Francia, Clay, T., §§ 6, 6.2 e 6.3 (sul punto cfr. anche Perrot, R., *Les mesures provisoires en France*, in *Les mesures provisoires en procédure civile*, Milano, 1985); Germania, Walter, G., § 6.2; Israele, Ottolenghi, S., § 6.2; Portogallo, Lebre Freitas, J., § 6.2/6.3; Spagna, Barona Vilar, S., § 6.3; Ungheria, Wopera, Z., § 6.2-6.3. Nello stesso senso sembrano inoltre orientati gli ordinamenti della Colombia e della Bolivia nella ricostruzione offerta da Baumeister Toledo, A., *Presente y futuro del arbitraje en Venezuela*, cit., § III.

³³⁵ Cfr. Messico, Uribarri Carpintero, G., §§ 6.2 e 6.3, con riferimento alle controversie in materia mercantile; Turchia, Özsunay, E., § 6.1, limitatamente all'arbitrato internazionale. Un discorso a parte merita l'ordinamento venezuelano, posto che, nelle diverse ricostruzioni offerte dalla dottrina, il potere cautelare è riconosciuto agli arbitri nelle sole controversie decise secondo diritto (e non in quelle da decidersi secondo equità: cfr. Venezuela, Quintero Tirado, M., Pesci Feltri Martínez, M., § 6.3), ovvero nelle sole controversie in materia commerciale, con esclusione, peraltro, degli arbitrati commerciali istituzionali e salva la diversa volontà delle parti, che potrebbero sia escludere la potestà cautelare negli arbitrati *ad hoc*, sia estendere la potestà cautelare agli arbitrati istituzionali: cfr. Baumeister Toledo, A., *Presente y futuro del arbitraje en Venezuela*, cit., § III. Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, vedi *supra* nota 50.

o subordinati alla mancanza di una manifestazione di volontà contraria delle parti.³³⁶

In alcuni ordinamenti, in cui il potere di pronunciare provvedimenti sommari e cautelari è riservato esclusivamente al giudice dello Stato, tale esclusività viene tradizionalmente giustificata in ragione del monopolio della forza da parte dei giudici statuali e più in generale della mancanza negli arbitri di poteri coercitivi.

Tale argomentazione soggiace tuttavia a condivisibili critiche, atteso che, in primo luogo, nulla impedisce alle parti un'esecuzione spontanea del comando dell'arbitro e, in secondo luogo, che una procedura di *exequatur*, analogamente a quanto accade per i lodi di condanna, potrebbe consentire l'esecuzione anche di misure sommarie e cautelari di emanazione arbitrale.³³⁷

La correttezza di tali argomentazioni, che fanno propendere per un'interpretazione del divieto in esame come frutto di una scelta politica piuttosto che di un'esigenza logica imprescindibile, è del resto confermata proprio dalla presenza di numerosi ordinamenti che invece riconoscono agli arbitri il potere di emettere misure sommarie e cautelari.³³⁸

In tutti gli ordinamenti si pone poi il problema del coordinamento tra l'arbitrato e la tutela sommaria o cautelare elargibile dal giudice dello Stato. Nel caso in cui agli arbitri sia negato il potere cautelare, sono generalmente previste delle norme di raccordo per consentire che sia il giudice statale ad emettere le misure cautelari necessarie a garantire l'efficacia concreta del lodo che verrà successivamente emesso. Nell'ambito degli ordinamenti che, invece, riconoscono agli arbitri il potere di concedere provvedimenti sommari o cautelari, si riscontrano due soluzioni: o è rimessa alle parti la scelta se richiedere la misura agli arbitri o al giudice

³³⁶ Cfr. Svizzera, Walter, G. Brunner, C., §§ 6.2 e 6.3; Turchia, Özsunay, E., § 6.1, limitatamente all'arbitrato internazionale. Per quanto riguarda l'ordinamento venezuelano, vedi *supra*, nota 52.

³³⁷ Si veda in proposito Carpi, F., *I procedimenti cautelari e l'esecuzione nel disegno di legge per la riforma urgente del c.p.c.: la competenza e il procedimento*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1990, pp. 1254 ss., 1259 ss.; Luiso, F. P., *Arbitrato e tutela cautelare nella riforma del processo civile*, in *Riv. arb.*, 1991; Punzi, C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., I, pp. 622 ss.

³³⁸ Cfr. Germania, Walter, G., § 6.2; Svizzera, Walter, G. Brunner, C., § 6.2; Broggin, G., *I provvedimenti cautelari nell'arbitrato internazionale: analogie e differenze delle soluzioni italiana e svizzera*, in *Riv. arb.*, 1991, pp. 487 ss.; Spagna, Barona Vilar, S., §§ 6.2 e 6.3; Ungheria, Wopera, Z., §§ 6.2 e 6.3.

dello Stato,³³⁹ oppure è previsto un regime di competenza esclusiva degli arbitri, una volta avviata la procedura arbitrale.³⁴⁰

VII. IL LODO ARBITRALE

30. *Il contenuto del lodo arbitrale.* Consistendo la funzione degli arbitri, alternativa a quella del giudice dello Stato, nel giudicare e decidere le controversie insorte tra le parti, appare chiaro che il lodo, in relazione alle domande da esse svolte e alle questioni affrontate e risolte dagli arbitri, può avere un contenuto assimilabile a quello della sentenza civile.³⁴¹

È così possibile avere un lodo di rito ovvero un lodo di merito, sia di accoglimento che di rigetto delle domande proposte dalle parti.³⁴²

Quanto al lodo di merito, in quasi tutti gli ordinamenti considerati si tende ad ammettere che, accanto ai lodi di condanna,³⁴³ gli arbitri possano emettere anche lodi di mero accertamento³⁴⁴ e lodi costitutivi.³⁴⁵

³³⁹ Cfr. Ungheria, Wopera, Z., §§ 6.2 e 6.3.

³⁴⁰ Cfr. Francia, Clay, T., § 6. Tale è anche l'opinione della giurisprudenza della *Cour de Cassation* francese, la quale ha stabilito che, tenendo anche conto dell'interpretazione della volontà delle parti, il *juge des référés* non è più competente quando il tribunale arbitrale è costituito (cfr., anche per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali, Carpi, F., *I procedimenti cautelari*, cit., 1260 ed ivi nota 9; Perrot, R., *Arbitrage interne et arbitrage international. Les recours devant la Cour d'appel empêchent-ils l'arbitre de poursuivre sa mission?*, in *Rev. arb.*, 1989, pp. 115 ss.).

³⁴¹ Cfr. Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 6; Germania, Walter, G., § 6; Svizzera, Walter, G. Brunner, C., § 6; Venezuela, Quintero Tirado, M. Pesci Feltri Martínez, M., § 6.1.

³⁴² Cfr. Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 6; Germania, Walter, G., § 6; Svizzera, Walter, G. Brunner, C., § 6.

³⁴³ Una menzione a parte merita la relazione spagnola (Spagna, Barona Vilar, S., §§ 6 e 6.1), dove si legge che gli arbitri possono adottare soltanto provvedimenti di merito a carattere dichiarativo, per sottolineare l'assenza di efficacia esecutiva del lodo che dichiara l'esistenza di un diritto di credito, indipendentemente dall'intervento del giudice dello Stato.

³⁴⁴ Cfr. Austria, Liebscher, C., § 6.1; Francia, Clay, T., § 6.1; Germania, Walter, G., §§ 6 e 6.1; Giappone, Taniguchi, Y., § 6.1; Israele, Ottolenghi, S., § 6.1; Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 6.1; Messico, Urbarri Carpintero, G., § 6.1; Polonia, Sawczuk, M., § 6.1; Portogallo, Lebre Freitas, J., § 6.1; Repubblica Ceca, Macková, A., § 6.1; Spagna, Barona Vilar, S., §§ 6 e 6.1; Svizzera, Walter, G. Brunner, C., §§ 6 e 6.1; Turchia, Özsunay, E., § 6.2; Ungheria, Wopera, Z., § 6.1; Uruguay, Greif, J., § 6.1; Venezuela, Quintero Tirado, M., Pesci Feltri Martínez, M., § 6.1, ma con esclusivo riferimento ai lodi pronunciati secondo diritto.

³⁴⁵ Cfr. Austria Liebscher, C., § 6.1; Francia, Clay, T., § 6.1; Germania, Walter, G., §§ 6 e 6.1; Giappone, Taniguchi, Y., 6.1; Israele, Ottolenghi, S., § 6.1; Italia, Ruffini, G.

Il lodo che accolga nel merito la domanda proposta agli arbitri può pertanto limitarsi all'accertamento dell'esistenza o del modo di essere di una relazione giuridica sostanziale, se questo era il contenuto della domanda.³⁴⁶

Si ritiene, inoltre, sia pure con qualche eccezione,³⁴⁷ che gli arbitri possano pronunciare lodi costitutivi nelle ipotesi in cui la costituzione, la modificazione o l'estinzione di un rapporto giuridico possa essere richiesta dalle parti all'autorità giudiziaria ed il diritto potestativo a necessario esercizio giudiziale, oggetto del relativo giudizio, rientri nella disponibilità delle parti.³⁴⁸

31. *Effetti del lodo arbitrale ed effetti della sentenza del giudice.* In una tra le prime pagine della monografia dedicata all'arbitrato, Salvatore Satta ammoniva l'interprete a non scambiare con la verità la "legittima similitudine" esistente tra l'attività svolta dagli arbitri e quella svolta dagli organi giurisdizionali: "Apparenza e sostanza: è sempre il piccolo dramma dell'arbitrato".³⁴⁹

Occorre a mio avviso tenere presente tale ammonimento al fine di rettificamente intendere il significato, e quindi la vera sostanza, di quanto stabilito da molte legislazioni in merito agli effetti del lodo arbitrale.

A differenza di alcuni ordinamenti che per descrivere gli effetti del lodo non utilizzano quelle espressioni con le quali generalmente vengono descritti gli effetti delle sentenze dei giudici dello Stato,³⁵⁰ altri ordinamenti

(Briguglio, A.), § 6.1; Messico, Uribarri Carpintero, G., § 6.1; Polonia, Sawczuk, M., § 6.1; Portogallo, Lebre Freitas, J., § 6.1; Repubblica Ceca, Macková, A., § 6.1; Svizzera Walter, G., Brunner, C., §§ 6 e 6.1; Ungheria, Wopera, Z., § 6.1; Uruguay, Greif, J., § 6.1; Venezuela, Quintero Tirado, M., Pesci Feltri Martínez, M., § 6.1, ma con esclusivo riferimento ai lodi pronunciati secondo diritto.

³⁴⁶ Secondo la relazione spagnola, la pronuncia di lodi arbitrali costitutivi è impedita dalla indisponibilità dei diritti costitutivi che costituirebbero oggetto del relativo processo: *cfr.* Spagna, Barona Vilar, S., § 6.1.

³⁴⁷ *Cfr.* Spagna, Barona Vilar, S., § 6.1, nonché, con riferimento all'arbitrato di equità, Venezuela, Quintero Tirado, M., Pesci Feltri Martínez, M., § 6.1.

³⁴⁸ Laddove, invece, il diritto potestativo ad esercizio giudiziale sia indisponibile, e si rientri pertanto nell'ipotesi di giurisdizione costitutiva necessaria, saremmo al di fuori dell'area della compromettibilità, nella quale soltanto gli arbitri volontari possono esercitare i propri poteri. In questo senso, l'inammissibilità dei lodi costitutivi nell'ordinamento spagnolo, in quanto fondata sulla natura indisponibile dei relativi diritti (*v. supra*, nota n. 6), non appare particolarmente significativa.

³⁴⁹ Satta, S., *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, *cit.*, pp. 11 ss.

³⁵⁰ *Cfr.* Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 13; Messico, Uribarri Carpintero, G., § 13; Polonia, Sawczuk, M., § 13; Spagna, Barona Vilar, S., § 13; Uruguay, Greif, J., § 13.1.

hanno invece chiaramente ad esse fatto ricorso.³⁵¹ Valga per tutti, ad esempio, quanto stabilito dal § 1055 ZPO secondo cui “il lodo arbitrale ha la stessa efficacia tra le parti di una sentenza definitiva e vincolante”, o dall’art. 1476 NCPC francese per il quale “*la sentence arbitrale a, dès qu’elle est rendue, l’autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu’elle tranche*”.

In ogni caso, indipendentemente dalle espressioni utilizzate,³⁵² è innegabile la *analogia* di effetti riconosciuta nei vari ordinamenti tra lodo e sentenza del giudice dello Stato.

Si tratta di un dato che emerge chiaramente dalle varie relazioni nazionali e sul quale, tuttavia, credo sia inutile soffermarsi ulteriormente.

Non vi è infatti da stupirsi se all’identità funzionale tra giudizio arbitrale e giudizio ordinario, entrambi destinati a dirimere mediante una decisione una controversia giuridica, si accompagni una *analogia* di effetti degli atti conclusivi dei rispettivi giudizi.

Ciò vale innanzitutto, ad esempio e salvo quanto preciseremo tra breve, per ciò che concerne l’irrevocabilità del lodo da parte degli arbitri che lo hanno emesso e la sua attitudine a divenire immutabile.

In tutti gli ordinamenti è previsto che il lodo, irrevocabile ed immodificabile fin dal momento della sua pronunzia, una volta che siano decorsi i termini per la proposizione dei mezzi di impugnazione eventualmente ammissibili e salve alcune ipotesi eccezionali di mezzi di impugnazione straordinari, diviene altresì inimpugnabile ad iniziativa delle parti, analo-

³⁵¹ *Cfr.* Austria, Liebscher, C., § 13; Danimarca, Smith, E., § 13; Francia, Clay, T., § 13; Germania, Walter, G., § 13; Giappone, Taniguchi, Y., § 13; Portogallo, Lebre Freitas, J., § 13; Repubblica Ceca, Macková, A., § 13; Spagna, Barona Vilar, S., § 15; Ungheria, Wopera, Z., § 13; Venezuela, Quintero Tirado, M., Pesci Feltri Martínez, M., § 10. In Italia, prima della riforma del 1994, l’articolo 825, co. 5, c.p.c. stabiliva che l’*exequatur* giudiziale conferiva al lodo “efficacia di sentenza”: *cfr.* Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 13.

³⁵² Alcune relazioni precisano come a volte il legislatore abbia invece utilizzato espressioni tipicamente riferite agli effetti della sentenza per la descrizione degli effetti di atti negoziali. Così ad esempio in Francia, Uruguay e Venezuela, dove le espressioni autorità di giudicato ed efficacia di cosa giudicata vengono utilizzate anche con riferimento alla transazione (*cfr.* Francia, Clay, T., § 14; Uruguay, Greif, J., § 14; Venezuela, Quintero Tirado, M., Pesci Feltri Martínez, M., § 14), o nel codice civile italiano del 1865, in cui era stabilito che le transazioni avevano fra le parti l’autorità di una sentenza irrevocabile: *cfr.* Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 14. In argomento v. anche Polonia, Sawczuk, M., § 14; Svizzera, Walter, G., Brunner, C., § 14; Ungheria, Wopera, Z., § 14.

gamente a quanto avviene per la sentenza del giudice la quale, una volta passata in giudicato formale, acquista il carattere della immutabilità.

Se le parti vogliono, attraverso il giudizio arbitrale, porre fine ad una loro controversia affidandone la decisione ad un terzo, è chiaro che è conforme a questa loro volontà l'efficacia definitiva e vincolante che l'ordinamento riconosca al *dictum* degli arbitri: la possibilità di rimettere in discussione senza alcun limite temporale la statuizione dagli arbitri minerebbe infatti alle fondamenta l'idoneità del lodo a risolvere definitivamente il conflitto di interessi, così come analoga capacità distruttiva avrebbe il potere delle parti di impugnare senza un termine la sentenza dei giudici dello Stato.

Tuttavia, l'interprete che nello studio degli effetti del lodo si arrestasse a tali preliminari, quanto scontate, considerazioni tradirebbe l'ammonimento di Satta di andare oltre all'apparenza per cogliere l'effettiva sostanza.

Come ho già avuto modo di precisare in altra occasione, non è in discussione l'*analogia* di effetti tra lodo e sentenza: ciò che occorre indagare è invece se vi sia o meno *identità* di effetti,³⁵³ indagine che va condotta tenendo conto della circostanza che il lodo arbitrale viene pronunciato da soggetti privati ai quali il potere di dirimere la controversia è stato affidato dalle parti, mentre la sentenza del giudice viene promanata da un soggetto pubblico nell'esercizio di una funzione pubblica.³⁵⁴

È proprio in questa prospettiva che nel questionario utilizzato come base per le varie relazioni nazionali è stato chiesto se, indipendentemente dalle espressioni utilizzate dal legislatore per descrivere l'efficacia del lodo,³⁵⁵ vi sia effettiva coincidenza tra tale efficacia e quella della sentenza.

³⁵³ Punzi, C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., II, 79. Osservava Satta, relativamente al rapporto tra lodo e sentenza, che "l'equivoco è ancora una volta tra l'essere e il parere. Che sembri una sentenza non vuol dire che lo sia. Il più è ancora da fare: e cioè bisogna dimostrare che il lodo arbitrale ha tutti i caratteri intrinseci ed estrinseci di una sentenza" (Satta, S., *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, cit., 71).

³⁵⁴ Punzi, C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., II, pp. 103 ss.

³⁵⁵ La relazione del Venezuela segnala che in questo senso è orientata la dottrina e la giurisprudenza di tale ordinamento, le quali ritengono che dai vocaboli utilizzati dal legislatore non è possibile dedurre alcun principio sistematico in ordine all'efficacia o agli effetti giuridici del lodo arbitrale (Venezuela, Quintero Tirado, M. Pesci Feltri Martínez, M., § 10). Sul punto non può non rinviarsi ancora a Satta, il quale ricordava che spesso la giurisdizionalità dell'arbitrato ha esercitato le sue seduzioni nei confronti dell'interprete proprio "attraverso la lettera della legge" (Satta, S., *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, p. 11).

Soffermerò la mia attenzione su due caratteristiche salienti della sentenza del giudice dello Stato: l'idoneità dell'effetto di accertamento in essa contenuto a valere non solo tra le parti, ma anche nei confronti di alcuni terzi estranei al giudizio; il carattere di immutabilità riconosciuto alla sentenza passata in giudicato formale.

a) Dalla lettura delle diverse relazioni nazionali emerge un primo significativo dato: nella maggioranza di esse l'individuazione degli effetti del lodo nei confronti dei terzi estranei al giudizio arbitrale non viene compiuta attraverso un rinvio integrale agli effetti nei confronti dei terzi delle sentenze dei giudici statuali. I terzi, nei cui confronti il lodo arbitrale ha effetti, vengono invece nelle relazioni espressamente indicati: si tratta dei terzi che sono succeduti a titolo universale o particolare ad una delle parti³⁵⁶ e degli altri terzi comunque vincolati al patto compromissorio.³⁵⁷

Nelle relazioni in cui, invece, l'individuazione degli effetti del lodo rispetto ai terzi viene compiuta tramite il raffronto con la disciplina degli effetti delle sentenze dei giudici statuali, è negata,³⁵⁸ o quanto meno posta in discussione,³⁵⁹ una perfetta sovrapposibilità tra ambito soggettivo di efficacia del lodo e ambito soggettivo di efficacia della sentenza.

b) Ho in precedenza osservato come siano coerenti con la funzione dell'arbitrato, quale strumento di risoluzione delle controversie, l'irrevocabilità del lodo e la sua attitudine a divenire immutabile una volta decorsi i termini per le relative impugnazioni.

³⁵⁶ Cfr. Austria, Liebscher, C., § 15.1; Germania, Walter, G., § 15.1; Giappone, Taniguchi, Y., § 15.1; Israele, Ottolenghi, S., § 15.2; Spagna, Barona Vilar, S., §§ 15.1 e 15.2; Svizzera, Walter, G., Brunner, C., § 15.1.

³⁵⁷ Cfr. Germania, Walter, G., § 15.1; Portogallo, Lebre Freitas, J., §§ 7.6 e 15.5.

³⁵⁸ La relazione nazionale dell'Uruguay pone in evidenza come, a differenza di quanto espressamente stabilito per la sentenza del giudice statale, la disciplina degli effetti del lodo non contempli alcuna disposizione relativa ai suoi effetti riflessi (cfr. Uruguay, Greif, J., § 15.2). Più esplicita ancora la relazione israeliana, nella quale si afferma che la sentenza produce effetti nei confronti di alcuni terzi che invece non sono soggetti agli effetti del lodo (cfr. Israele, Ottolenghi, S., § 15.2). Le relazioni di Giappone e Spagna precisano che nei casi in cui i rispettivi ordinamenti attribuiscono alle sentenze del giudice dello Stato una particolare efficacia *erga omnes*, il legislatore ha escluso le relative materia dall'area della compromettibilità (cfr. Giappone, Taniguchi, Y., § 15.1; Spagna, Barona Vilar, S., § 15.2).

³⁵⁹ Cfr. Austria, Liebscher, C., § 15.2; Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 15.1. In senso contrario deve segnalarsi solo quanto ricordato dalla relazione del Venezuela nella quale si afferma che in quell'ordinamento il lodo produce gli stessi effetti della sentenza di un giudice ordinario, sia tra le parti che nei confronti di terzi (Venezuela, Quintero Tirado, M., Pesci Feltri Martínez, M., § 12.1).

Dalle varie relazioni nazionali emerge, tuttavia, che dietro a tale formula, che sembra collocare lodo e sentenza sullo stesso piano, si cela una realtà ben diversa: altro è infatti l'immutabilità della sentenza passata in giudicato formale che protegge l'accertamento compiuto dal giudice dello Stato, altro è invece l'immutabilità del lodo che protegge l'accertamento compiuto dai giudici privati.

Come infatti ho già avuto modo di precisare,³⁶⁰ le relazioni nazionali evidenziano sia una minore resistenza del lodo non impugnato nei termini rispetto alla sentenza passata in giudicato formale,³⁶¹ sia la possibile inidoneità del lodo non più impugnabile a produrre un accertamento assolutamente incontrovertibile.³⁶²

32. *L'efficacia esecutiva del lodo.* Nell'affrontare il rapporto tra gli effetti del lodo e quelli della sentenza ho volutamente tralasciato ogni riferimento alla efficacia esecutiva del lodo, ovvero all'idoneità del lodo, secondo la disciplina di ciascun Paese, a dar luogo all'attuazione coattiva del diritto in esso accertato.

Come si vedrà tra breve in maniera più dettagliata, tutti gli ordinamenti riconoscono tale idoneità e, tuttavia, nulla da ciò può desumersi a favore

³⁶⁰ Vedi *supra*, § 4.

³⁶¹ Vengono in particolare in considerazione l'ipotesi in cui gli arbitri si siano pronunciati in assenza di patto compromissorio (*cf.* Danimarca, Smith, E., § 15.3; Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 15.3; Repubblica Ceca, Macková, A., § 15.3; Spagna, Barona Vilar, S., § 15.3; Uruguay, Greif, J., § 15.3), ovvero su controversia non compromettibile (*cf.* Danimarca, Smith, E., § 15.3; Giappone, Taniguchi, Y., § 15.3; Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 15.3; Repubblica Ceca, Macková, A., § 15.3; Spagna, Barona Vilar, S., § 15.3; Uruguay, Greif, J., § 15.3; Venezuela, Quintero Tirado, M., Pesci Feltri Martínez, M. § 15.3; nonché, sia pure dubitativamente, Austria, Liebscher, C., § 15.3; Svizzera, Walter, G. Brunner, C., § 15.3.2), l'ipotesi in cui il lodo contenga statuizioni contrastanti con l'ordine pubblico (*cf.* Giappone, Taniguchi, Y., § 15.3; Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 15.3; Repubblica Ceca, Macková, A., § 15.3; Spagna, Barona Vilar, S., § 15.3; Uruguay, Greif, J., § 15.3; Venezuela, Quintero Tirado, M., Pesci Feltri Martínez, M., § 12.3; nonché, sia pure dubitativamente, Austria, Liebscher, C., § 15.3), ed infine l'ipotesi in cui il lodo comporti una grave violazione dell'interesse pubblico (*cf.*, sia pure dubitativamente, Svizzera, Walter, G., Brunner, C., § 15.3).

³⁶² *Cfr.* in particolare Danimarca, Smith, E., §§ 13 e 14; Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 15.3; Messico, Uribarri Carpintero, G., §§ 15.3 e 21; Polonia, Sawczuk, M., § 13; Portogallo, Lebre Freitas, J., § 15.7; Spagna, Barona Vilar, S., § 15.3; Ungheria, Wopera, Z., § 21; Uruguay, Greif, J., § 15.3; Venezuela, Quintero Tirado, M., Pesci Feltri Martínez, M. § 12.3. *Cfr.* anche, sia pure dubitativamente, Giappone, Taniguchi, Y., § 15.3; Svizzera, Walter, G. Brunner, C., § 15.3.2.

della ipotizzata identità tra effetti del lodo ed effetti della sentenza. Se da un lato è vero che anche la sentenza del giudice ordinario è idonea a fondare una esecuzione forzata e che pertanto, pur sotto tale aspetto, appare legittima la similitudine tra lodo e sentenza, d'altra parte non può dimenticarsi che tale idoneità è attribuito anche di altri atti giuridici di formazione stragiudiziale, sicché dalla efficacia esecutiva non può farsi discendere come conseguenza necessitata l'esistenza degli altri ulteriori effetti che l'ordinamento riconosce alla sentenza del giudice dello Stato.

L'indagine relativa ai sistemi di attribuzione di efficacia esecutiva ai lodi arbitrali nei Paesi considerati, consente anzi di cancellare ogni residuo dubbio sulla natura del *dictum* arbitrale, che è e resta un atto di autonomia privata i cui effetti di accertamento conseguono ad un giudizio compiuto da un soggetto, il cui potere ha fonte nell'investitura conferitagli dalle parti.

È opinione comune, infatti, che il lodo arbitrale sia uno strumento idoneo a risolvere le controversie insorte tra i privati, ad accertare, in altre parole, il diritto del caso concreto, ma che, al tempo stesso, non sia per sua natura immediatamente produttivo di effetti esecutivi.

Con poche eccezioni,³⁶³ infatti, tutti gli ordinamenti predispongono un particolare procedimento, da svolgersi innanzi all'autorità giudiziaria ordinaria e volto a conferire al lodo arbitrale quell'efficacia esecutiva che il lodo, di per sé solo, non possiede.³⁶⁴ Solo l'intervento del giudice dello Stato consente infatti che, sulla base di una pronuncia di natura privata qual è il lodo, possa procedersi all'attuazione coattiva dei diritti in quella medesima pronuncia riconosciuti.

³⁶³ Cfr. Danimarca, Smith, E., § 21; Repubblica Ceca, Macková, § 21; Spagna, Barona Vilar, S., § 21.

³⁶⁴ L'intervento del giudice dello Stato viene infatti richiesto, anche se con svariate modalità, dalla maggior parte degli ordinamenti: cfr. Francia, Clay, T., § 21; Germania, Walter, G., § 21; Giappone, Taniguchi, Y., § 21; Israele, Ottolenghi, S., § 21; Italia, Briguglio, A. (Ruffini, G.), § 21; Messico, Uribarri Carpintero, G., § 21; Polonia, Sawczuk, M., § 7.7; Portogallo, Lebre Freitas, J., § 21; Turchia, Özsunay, E., § 15; Ungheria, Wopera, Z., § 21; Uruguay, Greif, J., § 13; Venezuela, Quintero Tirado, M., Pesci Feltri Martínez, M., § 21. Analogamente nell'ordinamento elvetico, ove si specifica che l'attestazione di esecutività al lodo da parte del giudice statale ha solo un effetto dichiarativo e non conferisce al lodo la sua esecutività: cfr. Svizzera, Walter, G. Brunner, C., § 21. In Austria, è il Presidente del Collegio arbitrale che deve confermare l'esecutività del lodo, che costituirà un titolo giuridico esecutivo solo dal momento in cui verrà emessa la predetta conferma; ciò non toglie, tuttavia, che per eseguire un lodo una parte deve farne richiesta al tribunale affinché questo emetta un'ordinanza che conceda l'esecuzione del medesimo: cfr. Austria, Liebscher, C., § 21.

Il che porta ad accreditare ulteriormente l'assunto, da tempo sostenuto da molti studiosi del processo arbitrale, secondo cui non è possibile pensare che con l'arbitrato le parti usurpino una funzione propria ed esclusiva dello Stato qual è la giurisdizione,³⁶⁵ e dedurne che solo in quanto lo Stato stesso lo riconosca, l'arbitrato è legittimo. Ciò che, di fondo, risulta confermato è che esclusiva dello Stato non sia la decisione delle controversie, ma solo la tutela coattiva dei diritti, che nella preventiva decisione della controversia trova la sua condizione e il suo presupposto.³⁶⁶

Ed infatti, se è pur vero che nella maggior parte dei casi è imprescindibile un intervento dello Stato volto a conferire al lodo efficacia esecutiva, è altrettanto vero che al giudice statale viene interdetto il controllo del merito della decisione arbitrale, nel senso che la sua funzione appare limitata alla sola verifica di taluni requisiti di natura formale, al solo fine di attribuire al lodo efficacia esecutiva.³⁶⁷ In altre parole, pur attribuendosi al giudice dello Stato poteri più o meno ampi, il controllo di quest'ultimo appare sempre orientato in funzione di un accertamento in prevalente, se non esclusiva, funzione esecutiva.³⁶⁸

In linea di principio, infatti, il conferimento di efficacia esecutiva al lodo arbitrale può essere rifiutato dall'autorità giudiziaria solo laddove venga accertata l'inesistenza di requisiti formali del lodo medesimo, ovvero nei casi in cui si ravvisino degli ostacoli alla sua eseguibilità, quali ad esempio la non arbitrabilità della controversia, la violazione dell'ordine pubblico, l'inefficacia dell'accordo arbitrale.³⁶⁹ Dette circostanze, peral-

³⁶⁵ Uso qui il termine giurisdizione nel senso di attuazione del diritto nel caso concreto, intesa questa formula, a seconda dell'angolo visuale, ora come attuazione del diritto oggettivo, ora come attuazione del diritto soggettivo garantito dalla norma.

³⁶⁶ Siffatto principio ha trovato la sua consacrazione a livello costituzionale ad esempio nell'ordinamento venezuelano, ove viene espressamente sancito che l'amministrazione della giustizia non è monopolio esclusivo dello Stato anche se solo questo può esercitare la tutela coattiva dei diritti: *cf.* Venezuela, Quintero Tirado, M., Pesci Feltri Martínez, M., § 12.1.

³⁶⁷ *Cfr.* Messico, Uribarri Carpintero, G., § 21, ove il tribunale dello Stato non deve riesaminare il merito della questione; Giappone, Taniguchi, Y., § 21, ove in sede di conferimento di efficacia esecutiva al lodo, la controparte non può sollevare alcuna eccezione di merito che avrebbe potuto essere presentata nel giudizio arbitrale. Anche in Italia, stante la natura meramente formale del controllo da compiersi in sede di concessione dell'efficacia esecutiva, è precluso al tribunale adito ai sensi dell'articolo 825 c.p.c. di sindacare il merito della decisione arbitrale: *cf.* Italia, Briguglio, A. (Ruffini, G.), § 21.

³⁶⁸ *Cfr.* Punzi, C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., II, p. 123.

³⁶⁹ Così nell'ordinamento messicano, ove ai giudici è consentito di procedere alla verifica dell'arbitrabilità della controversia, della esistenza, validità ed efficacia dell'ac-

tro, costituiscono perlopiù anche motivi di impugnazione e di invalidazione del lodo arbitrale, e in quella sede possono essere fatti valere:³⁷⁰ la loro rilevanza ai fini dell'esecutività del lodo è da più parti riconosciuta, anche se con modalità parzialmente differenti.

Per un verso, qualora il lodo sia ancora impugnabile, il giudice dello Stato può rifiutare l'esecutività al lodo arbitrale che si mostri affetto da vizi tali da consentirne l'invalidazione, ovvero, nel caso in cui il procedimento per l'attribuzione di efficacia esecutiva si svolga nel contraddittorio delle parti, viene consentito a colui contro il quale il lodo vuole essere eseguito di far valere in questa sede i motivi di nullità del lodo medesimo.³⁷¹ Per altro verso, si tende a riconoscere che il rigetto dell'impugnazione, o lo scadere dei termini per proporla, siano senz'altro elementi idonei a rendere esecutivo il lodo arbitrale.³⁷²

cordo arbitrale, dei vizi processuali e del rispetto dell'ordine pubblico: *cf.* Messico, Uribarri Carpintero, G., § 21. L'ordinamento tedesco, dal suo canto, esclude il conferimento dell'efficacia esecutiva qualora venga ravvisata, anche *ex officio* ed anche successivamente alla scadenza del termine per l'impugnazione, una violazione dell'ordine pubblico o il difetto di compromettibilità della controversia: *cf.* Germania, Walter, G., § 21. In Polonia, deve rifiutarsi l'esecutività a quei lodi arbitrali il cui contenuto sia contrario a norme di legge o a regole della convivenza sociale polacca: *cf.* Polonia, Sawczuk, M., § 7.7. L'ordinamento ungherese rifiuta l'esecutività ai lodi che pronunciano su materia non compromettibile, ovvero che sono contrari all'ordine pubblico ungherese: *cf.* Ungheria, Wopera, Z., § 21. Anche in Italia, il controllo affidato al giudice coinvolge l'idoneità del lodo a acquistare gli effetti previsti dal terzo comma dell'articolo 825 c.p.c. e cioè l'esecutività, la trascrivibilità e l'idoneità all'iscrizione di ipoteca giudiziale, nonché la sussistenza, *prima facie*, di un valido accordo compromissorio: *cf.* Italia, Briguglio, A. (Ruffini, G.), § 21.

³⁷⁰ *Cfr.*, a titolo meramente esemplificativo, Austria, Liebscher, C., § 18; Belgio, Kohl, A., § 7; Francia, Clay, T., § 18; Grecia, Koussoulis, S., § 18; Israele, Ottolenghi, S., § 7.5; Italia, Briguglio, A. (Ruffini, G.), § 18; Polonia, Sawczuk, M., § 7.5; Spagna, Barona Vilar, S., § 7.5; Svizzera, Walter, G., Brunner, C., § 7.5; Turchia, Özsunay, E., § 7.5.

³⁷¹ In Germania, la richiesta di esecutorietà può essere rifiutata se sussistono motivi di invalidazione del lodo, a condizione che, al momento della predetta richiesta, l'impugnazione non sia già stata rigettata o non sia scaduto il termine per proporla: *cf.* Germania, Walter, G., § 21. Nell'ordinamento nipponico, stante il pieno contraddittorio del procedimento per rendere esecutivo il lodo, viene espressamente prevista la possibilità che il convenuto faccia valere in questa sede i motivi che porterebbero *ad un annullamento* della pronuncia arbitrale: *cf.* Giappone, Taniguchi, Y., § 21.

³⁷² Nel sistema venezuelano, infatti, il lodo diviene automaticamente esecutivo dal giorno successivo a quello di pubblicazione della sentenza che rigetta l'impugnazione: *cf.* Venezuela, Quintero Tirado, M., Pesci Feltri Martínez, M., § 21. Similmente, l'ordinamento turco ove, ai sensi della Legge n. 4686 sull'Arbitrato Internazionale, è previsto che, a seguito di sentenza definitiva che rigetti l'impugnazione, il tribunale competente è tenuto ad emettere un documento attestante l'esecutività del lodo: *cf.* Turchia, Özsunay,

Ciò che concordemente viene escluso è che il giudice dell'esecutività possa entrare nel merito della decisione arbitrale, sindacandone la giustezza. L'esperienza internazionale conferma quindi come l'intervento del giudice statale ai fini dell'esecutorietà del lodo arbitrale, pur non potendosi equiparare all'attività "burocratica" dell'ufficiale giudiziario che appone una formula esecutiva, è comunque scevro da ogni potere in merito al giudizio svolto dagli arbitri ed il controllo della regolarità formale del lodo non consente alcun riferimento al processo formativo della decisione arbitrale.

Pertanto, la necessità di un intervento giudiziale dovuto alla natura privatistica del lodo ed al contemporaneo monopolio statale della forza, la verifica della regolarità formale e dell'astratta eseguibilità del lodo stesso, nonché il divieto di sindacare il merito della decisione arbitrale, rappresentano l'esperienza comune e consentono di superare le differenze meramente lessicali o procedurali con cui la maggior parte dei Paesi regolamenta l'attribuzione al lodo di efficacia esecutiva.

Non mancano, per la verità, ordinamenti giuridici in cui la pronuncia arbitrale si presenta come immediatamente e direttamente esecutiva, senza alcun bisogno di un intervento statale.³⁷³ Tali diverse esperienze, tuttavia, non sembrano porsi in contrasto con la riconosciuta natura negoziale del lodo arbitrale, nel momento in cui questo viene equiparato agli altri titoli esecutivi, quale che sia la loro natura.³⁷⁴ Si può pertanto sostenere che il lodo arbitrale è un titolo idoneo (con o senza l'intervento giudiziale) ad acquistare efficacia esecutiva, al pari di molti altri titoli di provenienza privata e che, sul piano negoziale, esso assolve ad una funzione analoga a quella svolta dalla sentenza giudiziale, ciò che ne comporta una parziale equiparazione *quoad effectum*.

E., § 18. In Italia, per contro, il problema è ancora vivamente dibattuto: secondo parte della dottrina, infatti, il rigetto dell'impugnazione attribuirebbe efficacia esecutiva al lodo non depositato, con conseguente preclusione del sommario controllo di regolarità formale della sussistenza dei requisiti la cui mancanza avrebbe potuto essere fatta valere in sede di impugnazione per nullità.

³⁷³ V. *supra*, nota n. 32.

³⁷⁴ Così nell'ordinamento spagnolo, ove l'articolo 517 LEC/2000 include il lodo arbitrale nell'elenco dei titoli immediatamente esecutivi. Si legge infatti nella relazione spagnola che la concessione di efficacia esecutiva al lodo arbitrale è diretta e non richiede alcuna attività che gliela conferisca (*cf.* Spagna, Barona Vilar, S., § 21). Una menzione a parte merita l'esperienza ceca, ove è l'arbitro stesso a concedere efficacia esecutiva al lodo, dopo averlo consegnato ad entrambe le parti, sempre che il lodo non sia più soggetto a revisione da parte di altri arbitri (*cf.* Repubblica Ceca, Macková, A., § 21).

Anche sul piano internazionale, quindi, la sensazione è che il lodo arbitrale venga equiparato, sul piano meramente funzionale ed effettuale, alla pronuncia del giudice dello Stato, senza che ciò alteri o provochi dubbi in ordine alla sua riconosciuta natura negoziale.

VIII. LE IMPUGNAZIONI DEL LODO ARBITRALE

33. *Volontà compromissoria ed impugnazione del lodo.* La possibilità di impugnare il lodo arbitrale sembra a prima vista confliggere con lo scopo —o almeno con uno degli scopi— per cui le parti sono spinte a prescegliere la strada dell'arbitrato e cioè “il desiderio di por fine (alle controversie) il più presto possibile”³⁷⁵ e con l'opzione che le parti hanno esercitato in favore del giudizio degli arbitri, con la correlativa negazione dell'intervento dei giudici dello Stato.

Si è, quindi, rappresentata l'impugnabilità del lodo come “negazione dell'arbitro e di arbitrato”,³⁷⁶ come volontà contraddittoria con quella di compromettere e, in definitiva, come una facoltà offerta alla parte di sottrarsi agli effetti della decisione arbitrale.³⁷⁷ E i mezzi di impugnazione sono stati considerati manifestazione della diffidenza ufficiale verso il giudizio arbitrale e “quindi la riduzione dell'arbitrato ad un mero esperimento, fatto con l'occhio sempre rivolto alla giurisdizione, come il vero e solo giudizio”.³⁷⁸

A ben riflettere, peraltro, la previsione ad opera del legislatore di mezzi di impugnazione avverso il lodo arbitrale può essere considerata il prezzo da pagare a fronte del riconoscimento di efficacia, da parte dell'ordinamento statale, ad una decisione non proveniente da uno dei suoi giudici.³⁷⁹

Lo Stato, dopo aver sancito le condizioni e i tempi per l'inserimento del lodo e della sentenza straniera nel proprio ordinamento, attribuisce il diritto di agire al soggetto che chiedi un controllo giudiziario sull'esistenza di quelle condizioni e, più in generale, sulla legittimità dell'*iter* formativo di quell'atto.

³⁷⁵ V. Amar, M., *Dei giudizi arbitrali* 2, Torino 1879, p. 318.

³⁷⁶ V. Mazzarella, F., *Arbitrato e processo*, Padova 1968, p. 103.

³⁷⁷ V. Satta, S., *Commentario*, IV, 2, *cit.*, p. 323.

³⁷⁸ V. Satta, S., *op. loc. ult. cit.*

³⁷⁹ Punzi, C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, *cit.*, II, p. 155.

34. *L'arbitrato di secondo grado.* Non contrasta con l'iniziale scelta delle parti di devolvere la controversia ad arbitri la figura dell'arbitrato di secondo grado, che consiste nell'adire, avverso il lodo pronunciato in prime cure, un altro organo arbitrale.

Tale istituto non è universalmente riconosciuto³⁸⁰ e, ove ammesso, viene variamente regolamentato, potendo presentarsi come mezzo esclusivo per ottenere una revisione del lodo o come alternativa ad un'impugnazione dinanzi al giudice dello Stato, subordinata alla previsione dello stesso all'interno del patto compromissorio,³⁸¹ o quanto meno alla mancanza di una volontà contraria delle parti.³⁸²

Non mancano inoltre ordinamenti nei quali, pur in mancanza di un'esplícita previsione di ammissibilità di un arbitrato di secondo grado, ed in presenza di norme che limitano le impugnazioni esperibili avverso il lodo ai mezzi tipizzati dal legislatore, si tende a riconoscere l'efficacia delle pattuizioni negoziali volte a consentire una tale forma di arbitrato.³⁸³ Non sembra infatti che, almeno in linea teorica, esistano ostacoli insormontabili all'ammissibilità di un procedimento arbitrale strutturato, per volontà delle parti, in due tempi consecutivi, con una prima decisione arbitrale sottoposta al controllo di altro organo arbitrale, il quale soltanto, nel confermarla o riformarla, renderà un lodo arbitrale pienamente efficace ed altresì impugnabile dinanzi al giudice dello Stato.³⁸⁴

35. *L'impugnazione del lodo davanti al giudice dello Stato.* Come si è accennato,³⁸⁵ l'impugnazione del lodo dinanzi al giudice dello Stato sembra porsi in contrasto con la volontà di compromettere in arbitri una determinata controversia.

³⁸⁰ Si esclude l'ammissibilità di un arbitrato di secondo grado in Francia, Clay, T., § 17; Polonia, Sawczuk, M., § 17; Spagna, Barona Vilar, S., § 17; Uruguay, Greif, J., § 17. Per quanto invece riguarda l'ordinamento ceco, pur affermandosi nella relazione che un arbitrato di secondo grado non è ammesso, si riconosce che il lodo può essere sottoposto a revisione da altri arbitri, laddove ciò sia concordato da entrambe le parti: *cfr.* Repubblica Ceca, Macková, A., §§ 17 e 18.

³⁸¹ *Cfr.* Austria, Liebscher, C., § 17; Belgio, Kohl, A., § 7; Danimarca, Smith, E., § 17; Germania, Walter, G., § 17; Giappone, Taniguchi, Y., § 17; Grecia, Koussoulis, S., § 17; Israele, Ottolenghi, S., § 17; Svizzera, Walter, G. Brunner, C., § 17.

³⁸² *Cfr.*, Portogallo, Lebre Freitas, J., § 17.

³⁸³ *Cfr.* Italia, Briguglio, A. (Ruffini, G.), § 17.

³⁸⁴ *Cfr.* Italia, Briguglio, A. (Ruffini, G.), § 17; Luiso, F. P., *Le impugnazioni del lodo dopo la riforma*, in *Riv. arb.*, 1995, 13 ss.; Punzi, C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., II, pp. 277 ss.

In considerazione di ciò, e pur con significative eccezioni,³⁸⁶ nella maggior parte degli ordinamenti si subordina l'esperibilità di tutti o di alcuni dei mezzi di impugnazione previsti ad un'espressa manifestazione di volontà delle parti in tal senso,³⁸⁷ ovvero alla mancanza di una volontà contraria manifestata nel patto compromissorio,³⁸⁸ o comunque si condiziona l'ammissibilità dell'impugnazione alla denuncia di vizi specificamente predeterminati dal legislatore,³⁸⁹ escludendosi inoltre che il riesame del merito del giudizio degli arbitri possa costituire, in quanto tale, oggetto e motivo d'impugnazione.³⁹⁰

Laddove ammissibili, comunque, i mezzi di impugnazione e/o invalidazione del lodo arbitrale dinanzi al giudice dello Stato possono essere nor-

³⁸⁵ Vedi *infra* § 33.

³⁸⁶ A questo proposito può essere interessante richiamare quanto affermato nella relazione portoghese, in ordine alla possibilità di impugnare il lodo dinanzi alla Corte di Appello alle stesse condizioni previste per una sentenza emessa da un tribunale dello Stato: *cf.* Portogallo, Lebre Freitas, J., § 18.

³⁸⁷ *Cfr.* Francia, Clay, T., § 18, con riferimento all'*appel*.

³⁸⁸ *Cfr.* Italia, Briguglio, A. (Ruffini, G.), § 18, ma con esclusivo riferimento all'impugnazione per nullità per violazione di norme di diritto, l'unica rinunciabile dalle parti prima della pronuncia del lodo ai sensi dell'articolo 829 c.p.c. Stabilisce infatti il secondo comma del predetto articolo che "l'impugnazione per nullità è altresì ammessa se gli arbitri nel giudicare non hanno osservato le regole di diritto, salvo che le parti li avessero autorizzati a decidere secondo equità o avessero dichiarato il lodo non impugnabile".

Anche in Italia, infatti, come nella maggior parte degli ordinamenti (e salve alcune significative eccezioni: *cf.* Spagna, Barona Vilar, S. § 8.5; Uruguay, Greif, J., § 8.1), gli arbitri non possono abbandonare lo stretto diritto per decidere la controversia in base ad equità, laddove a ciò non siano espressamente autorizzati dalle parti: *cf.* Austria, Liebscher, C., § 8.5; Danimarca, Smith, E., § 8.5; Grecia, Koussoulis, S., § 8.2-8.5; Italia, Ruffini, G. (Briguglio, A.), § 8.5; Messico, Uribarri Carpintero, G., § 8.5; Repubblica Ceca, Macková, A., § 8.5; Svizzera, Walter, G. Brunner, C., § 8.5; Ungheria, Wopera, Z., § 8.5.

³⁸⁹ *Cfr.* Austria, Liebscher, C., § 18; Belgio, Kohl, A., § 7; Danimarca, Smith, E., § 18; Francia, Clay, T., § 18, con riferimento al *recours en annulation*; Germania, Walter, G., § 18; Giappone, Taniguchi, Y., §§ 15.2 e 15.3; Grecia, Koussoulis, S., § 18; Italia, Briguglio, A. (Ruffini, G.), § 18; Messico, Uribarri Carpintero, G., § 18 ed in particolare la disciplina relativa alla *petición de nulidad*, contenuta negli articoli 1457 ss. del *código de comercio*; Polonia, Sawczuk, M., § 18; Spagna, Barona Vilar, S., § 18; Svizzera, Walter, G., Brunner, C., § 18; Turchia, Özsunay, E., § 18; Ungheria, Wopera, Z., § 15-17-18-19; Uruguay, Greif, J., § 18.

³⁹⁰ *Cfr.* Austria, Liebscher, C., § 18; Danimarca, Smith, E., § 18; Germania, Walter, G., § 18; Grecia, Koussoulis, S., § 18; Italia, Briguglio, A. (Ruffini, G.), § 18; Spagna, Barona Vilar, S., § 18; Svizzera, Walter, G., Brunner, C., § 18; Ungheria, Wopera, Z., § 15-17-18-19.

malmente proposti indipendentemente dalla previa omologazione giudiziale del lodo e dal conferimento allo stesso di efficacia esecutiva.³⁹¹

IX. IL RICONOSCIMENTO E L'ESECUZIONE DEI LODI ESTERI

36. *La distinzione tra lodi interni e lodi esteri.* Dall'osservazione del panorama internazionale emerge il permanere della distinzione tra lodi interni e lodi esteri, distinzione che risulta perlopiù basata sull'utilizzo di un criterio di tipo territoriale. La maggior parte dei Paesi, infatti, attribuisce la propria nazionalità agli arbitrati che si siano svolti sul proprio territorio,³⁹² ovvero ai quei lodi che siano stati pronunciati entro i propri confini³⁹³ e, per converso, considera stranieri gli arbitrati ed i lodi che abbiano visto la luce all'estero.

³⁹¹ *Cfr.* Austria, Liebscher, C., § 19; Danimarca, Smith, E., § 19; Francia, Clay, T., § 19; Germania, Walter, G., § 19; Grecia, Koussoulis, S., § 19; Italia, Briguglio, A. (Ruffini, G.), § 19; Portogallo, Lebre Freitas, J., § 19; Spagna, Barona Vilar, S., § 19; Svizzera, Walter, G. Brunner, C., § 19; Ungheria, Wopera, Z., § 15-17-18-19; Uruguay, Greif, J., § 19; Venezuela, Quintero Tirado, M., Pesci Feltri Martínez, M., § 12.1-12.3.

³⁹² *Cfr.* Austria, Liebscher, C., § 24; Germania, Walter, G., § 20; Portogallo, Lebre Freitas, J., § 24; Uruguay, Greif, J., § 24, che adotta il criterio di appartenenza del tribunale arbitrale. Nell'ordinamento danese, ai fini della distinzione tra arbitrati nazionali ed esteri, si tiene conto di diversi fattori, quali —oltre al luogo di svolgimento dell'arbitrato— il luogo di emissione del lodo, la residenza delle parti contendenti e il luogo in cui è stato eseguito il contratto: *cfr.* Danimarca, Smith, E., § 24. Nell'ordinamento turco, la nazionalità del lodo arbitrale viene determinata in base a ciò, che un lodo arbitrale, reso in base all'autorità delle leggi di un paese diverso dalla Turchia in ragione del luogo dell'arbitrato in cui è emesso il lodo arbitrale (*lex loci arbitri*), è un lodo arbitrale straniero: *cfr.* Turchia, Özsunay, E., § 22.

³⁹³ Il riferimento al luogo di pronuncia del lodo è presente in numerosi ordinamenti quali quello polacco, ceco, spagnolo e venezuelano: *cfr.* Polonia, Sawczuk, M., § 24; Repubblica Ceca, Macková, A., § 24; Spagna, Barona Vilar, S., § 24; Venezuela, Quintero Tirado, M., Pesci Feltri Martínez, M., § 24. Nell'ordinamento israeliano, stante l'espreso rinvio, ai fini della distinzione, a quanto disposto dalla Convenzione di New York, è da considerarsi estero il lodo arbitrale reso sul territorio di uno Stato diverso da quello nel quale il riconoscimento e l'esecuzione sono richiesti, ovvero quel lodo che, pur pronunciato nello Stato richiesto, non sia da questo considerato nazionale: *cfr.* Israele, Ottolenghi, S., § 24. Anche in Messico il luogo di pronuncia del lodo non è l'unico criterio distintivo: si ritiene infatti che anche l'applicazione di norme processuali o sostanziali differenti da quelle interne comporti l'estraneità dell'arbitrato e del relativo lodo: *cfr.* Messico, Uribarri Carpintero, G., § 24.

In senso analogo si muovono anche quegli ordinamenti che conferiscono la propria nazionalità sul presupposto che venga fissata sul proprio territorio la sede dell'arbitrato, anche se non riconducono al concetto di sede il necessario svolgimento, entro i propri confini, dell'intero giudizio arbitrale.³⁹⁴

Ne deriva che, sul piano dell'esperienza internazionale, la nazionalità dell'arbitrato non viene ricondotta ad una mera esternazione della volontà delle parti, nel senso che non si riscontrano ordinamenti in cui la volontà delle parti sia da sola sufficiente ad imprimere al lodo natura ed efficacia di lodo estero. La rilevanza della volontà delle parti risulta comunque decisiva, perché sufficiente a radicare il procedimento arbitrale in un luogo piuttosto che in un altro e per ottenere che il lodo arbitrale venga emesso in un determinato Paese. Ma tutto ciò rappresenta solo la causa dello svolgimento della procedura arbitrale e della emanazione della decisione in quel Paese. Quindi, un *prius* rispetto alla localizzazione territoriale della procedura arbitrale —la c.d. “sede” dell'arbitrato— ed al luogo di emanazione del lodo. Ma se non posta in rapporto con questo luogo di svolgimento dell'arbitrato e di emanazione del lodo, la volontà delle parti diventa irrilevante.³⁹⁵

37. *La disciplina del riconoscimento e dell'esecuzione dei lodi esteri.* Così ribadita la distinzione tra lodi nazionali e lodi esteri, l'analisi del problema relativo alla loro efficacia, vincolante ed esecutiva, in ordinamenti diversi da quello di appartenenza, trova una varietà di soluzioni.

³⁹⁴ Si riferiscono espressamente alla sede dell'arbitrato l'ordinamento nipponico e quello elvetico: *cf.* Giappone, Taniguchi Y., § 24; Svizzera, Walter, G., Brunner, C., § 20. Anche in Italia vengono considerati nazionali i soli lodi emessi a conclusione di un arbitrato la cui sede sia stata formalmente fissata entro il territorio della Repubblica ai sensi dell'articolo 816 c.p.c., e ciò a prescindere dal luogo di svolgimento del giudizio arbitrale e di pronuncia del lodo: attività che la maggior parte della dottrina ritiene possano avvenire anche all'estero, senza perciò solo incidere sulla nazionalità italiana: *cf.* Italia, Briguglio, A. (Ruffini, G.), § 24.

³⁹⁵ Punzi, C., *L'efficacia del lodo arbitrale nelle convenzioni internazionali e nell'ordinamento interno*, in *Quaderni dell'Associazione fra gli studiosi del processo civile*, XLII, 1984, Rimini, 1985, p. 63. Nell'ordinamento italiano, peraltro, è controverso se siano concepibili casi in cui la volontà compromissoria prevalga determinatamente su tale criterio di massima, come ad esempio nell'ipotesi di arbitrato con sede in Italia, ma da considerarsi straniero perché radicato, sulla base della inequivoca scelta delle parti, in ordinamento estero che a propria volta lo consideri come nazionale: *cf.* Italia, Briguglio, A. (Ruffini, G.), § 24.

In quasi tutti gli ordinamenti, infatti, sono previste delle norme speciali che disciplinano il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi stranieri e che differiscono vuoi sotto il profilo procedimentale, vuoi con riferimento alle condizioni sostanziali per il riconoscimento.³⁹⁶ Va da subito sottolineato, però, che dette normative speciali sono, pressoché universalmente, di scarsa applicazione, in quanto tutti i Paesi considerati hanno aderito alla Convenzione di New York del 10 giugno 1958 sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere, la cui disciplina prevale sulle diverse e più restrittive disposizioni nazionali.³⁹⁷ Ne consegue un'uniformità non indifferente in ordine alle condizioni sostanziali per il riconoscimento, che peraltro in taluni Paesi risultano ancora più ridotte rispetto a quelle convenzionalmente previste.

Vi sono ordinamenti, infatti, in cui i lodi esteri trovano ingresso alla sola condizione che, vincolanti nel proprio Paese d'origine, pronuncino su materia compromettibile e non contengano disposizioni contrarie all'ordine pubblico, interno o internazionale, con esclusione delle altre ipotesi di non riconoscibilità sancite dalla Convenzione stessa.³⁹⁸ Né questo atteggiamento di maggior favore nei confronti dei lodi esteri contrasta in alcun

³⁹⁶ *Cfr.* ad esempio Austria, Liebscher, C., § 23; Spagna, Barona Vilar, S., § 23.

³⁹⁷ In Austria, ad esempio, si esclude l'operatività della disciplina nazionale ove i trattati internazionali contengano norme diverse. Nei casi in cui, peraltro, risulti applicabile più di una convenzione internazionale, l'esecuzione può essere rifiutata solo se entrambi i trattati prevedono motivi per il rifiuto dell'esecuzione: *cfr.* Austria, Liebscher, C., § 23. Il rinvio alle condizioni stabilite nelle Convenzioni internazionali è previsto anche in altri ordinamenti, quali quello tedesco, nipponico, israeliano, polacco, portoghese, spagnolo, elvetico, turco e ungherese: *cfr.* Germania, Walter, G., § 23; Giappone, Taniguchi, Y., § 22; Israele, Ottolenghi, S., § 22; Polonia, Sawczuk, M., § 23; Portogallo, Lebre Freitas, J., § 23; Spagna, Barona Vilar, S., § 23; Svizzera, Walter, G., Brunner, C., § 22; Turchia, Özsunay, E., § 22; Ungheria, Wopera, Z., § 22. In Italia i motivi ostativi al riconoscimento ed all'esecuzione dei lodi esteri previsti dalla Convenzione di New York sono stati testualmente riprodotti negli articoli 839 ed 840 c.p.c.: *cfr.* Italia, Briguglio, A. (Ruffini, G.), § 23.

³⁹⁸ Nell'ordinamento danese, il lodo straniero deve essere riconosciuto ed eseguito se la materia oggetto della controversia, sulla quale è stato emesso, ricade nell'ambito delle materie compromettibili in base al diritto danese, e se il lodo non è manifestamente incompatibile con il diritto danese: *cfr.* Danimarca, Smith, E., § 22. Nella Repubblica Ceca, i lodi stranieri devono essere conformi all'ordine pubblico, devono essere eseguibili secondo la legge straniera e non devono contenere un illecito che sia causa di ineseguibilità di lodi arbitrali cechi: *cfr.* Repubblica Ceca, Macková, A., § 23. In Francia, il giudice dello Stato non può rifiutare di ordinare l'esecutività se non quando il lodo è palesemente contrario all'ordine pubblico internazionale: *cfr.* Francia, Clay, T., § 23.

modo con le previsioni pattizie, considerato che è lo stesso testo convenzionale a far salve le ipotesi in cui il diritto interno dei singoli Stati aderenti si presenti come più favorevole.³⁹⁹

Se a ciò si aggiunge la considerazione che comunque —data la natura *self-executing* delle norme convenzionali relative alle condizioni per il riconoscimento dei lodi stranieri— nessuno Stato aderente può oggi rifiutarne l'ingresso nel proprio ordinamento per motivi non previsti dalla Convenzione di New York del 1958, si può affermare che la stessa ha mantenuto le promesse che recava in sé, riuscendo a creare un vero e proprio *jus gentium* in materia di arbitrato.⁴⁰⁰

L'omogeneità riscontrata con riferimento alle condizioni sostanziali per il riconoscimento non si rinviene, invece, per quanto attiene alla scelta dei modelli procedimentali attraverso i quali verificarne la sussistenza.

Premesso che, anche in questo caso, la Convenzione di New York ha imposto che non venisse prevista una procedura sensibilmente più rigorosa, o spese giudiziali notevolmente più elevate, per il riconoscimento e l'esecuzione di lodi arbitrali stranieri rispetto a quelle imposte per i lodi nazionali, l'adempimento al predetto obbligo convenzionale è stato realizzato attraverso soluzioni anche profondamente differenti.

L'elemento comune è dato dalla necessità di rivolgersi, in ogni caso, all'autorità giudiziaria del Paese richiesto del riconoscimento: vi è, in altre parole, una vera e propria riserva a favore del giudice del *forum executionis* del potere di concedere al lodo straniero riconoscimento ed efficacia esecutiva, rimanendo in linea di principio esclusa la possibilità

³⁹⁹ L'articolo VII della Convenzione di New York, infatti, stabilisce che l'operatività delle disposizioni della Convenzione non priva alcuna parte interessata del diritto che le potrebbe spettare di avvalersi di una sentenza arbitrale nei modi e nei limiti ammessi dalla legislazione o dai trattati del Paese in cui la sentenza è invocata.

⁴⁰⁰ Sempre con riferimento alle condizioni ostative al riconoscimento ed all'esecuzione dei lodi esteri, assume peraltro rilevanza quanto si è in precedenza precisato in tema di litispendenza internazionale (v. *supra*, § 24). Occorre infatti tenere conto che la generale irrilevanza della contemporanea pendenza di un arbitrato estero sulla stessa causa sottoposta alla cognizione di un arbitrato interno, pone il problema se sia o meno riconoscibile ed eseguibile il lodo straniero di contenuto confliggente con il lodo interno. Sulla questione *cf.* Giappone, Taniguchi, Y., § 25; Messico, Uribarri Carpintero, G., § 25; Ungheria, Wopera, Z., § 25, che esclude la riconoscibilità del lodo estero quando la pronuncia arbitrale interna abbia acquistato efficacia prima dell'instaurazione del procedimento straniero).

che un lodo straniero produca effetti a prescindere dall'intervento del giudice dello Stato.⁴⁰¹

Al riguardo, mentre sono sempre meno numerosi i Paesi che, avendo aderito alla Convenzione di New York formulando la riserva di reciprocità di cui all'art. I, comma terzo, disciplinano in modo difforme da quanto previsto sul piano internazionale il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi esteri,⁴⁰² la maggior parte degli Stati ha ritenuto di adottare un procedimento apposito, nel rispetto dei principi sanciti nella predetta Convenzione.⁴⁰³ In altri ordinamenti invece si preferisce utilizzare il medesimo procedimento previsto per i lodi nazionali o per le sentenze giudiziali straniere.⁴⁰⁴

⁴⁰¹ In tal senso appaiono orientate tutte le relazioni nazionali, in quanto, anche nelle ipotesi in cui non viene previsto alcun procedimento specifico, ma si rinvia a quanto predisposto per conferire efficacia esecutiva ai lodi nazionali, la relativa richiesta deve essere presentata ad un giudice dello Stato.

⁴⁰² Si accennava, in principio, al permanere, in taluni ordinamenti, di discipline speciali volte a regolare, in modo difforme da quanto previsto sul piano internazionale, il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi esteri. Tali discipline, rimaste in vigore per quei Paesi che hanno aderito alla Convenzione di New York formulando la riserva di reciprocità di cui all'art. I, comma terzo, sono sempre più di scarsa applicazione, vuoi in quanto proseguono le adesioni allo strumento convenzionale citato, la cui portata è oggi più che mai mondiale, vuoi perché alcuni Stati hanno successivamente ritenuto di dover ritirare le riserve originariamente formulate (come ad esempio l'Austria, con BGBI 1988/191: *cf.* Austria, Liebscher, C., § 23.), con ciò confermando l'opportunità e soprattutto l'utilità di una disciplina che, nel regolare in modo uniforme il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi arbitrali all'estero, ne semplifichi e favorisca la circolazione, in modo tale da assicurare all'arbitrato, anche e soprattutto sul piano internazionale, un promettente futuro quale valida alternativa alla risoluzione giudiziale delle controversie.

⁴⁰³ *Cfr.* Austria, Liebscher, C., §§ 22 e 23; Danimarca, Smith, E., § 22; Francia, Clay, T., § 22; Israele, Ottolenghi, S., § 22; Italia, Briguglio, A. (Ruffini, G.), § 23; Messico, Uribarri Carpintero, G., § 22; Polonia, Sawczuk, M., § 22; Spagna, Barona Vilar, S., §§ 22 e 23; Turchia, Özsunay, E., § 22; Ungheria, Wopera, Z., § 22; Venezuela, Quintero Tirado, M., Pesci Feltri Martínez, M., § 22, anche se limitatamente ai lodi che decidano controversie aventi natura non commerciale.

⁴⁰⁴ Non è prevista alcuna particolare disciplina procedimentale negli ordinamenti tedesco, giapponese, portoghese, ceco, elvetico e uruguayano: *cf.* Germania, Walter, G., § 23; Giappone, Taniguchi, Y., § 22; Portogallo, Lebre Freitas, J., § 22; Repubblica Ceca, Macková, A., § 22; Svizzera, Walter, G., Brunner, C., § 23; Uruguay, Greif, J., § 23. Nell'ordinamento venezuelano, peraltro, se il lodo straniero risolve una controversia di natura commerciale, la sua esecuzione in Venezuela non richiede alcun procedimento speciale, e tale lodo potrà essere eseguito come se si trattasse di un lodo interno: *cf.* Venezuela, Quintero Tirado, M., Pesci Feltri Martínez, M., § 22.

X. ALLEGATO

Questionario

1. Quali sono le norme che nel Vostro paese disciplinano l'arbitrato?

2. Esistono, nel Vostro Paese, oltre agli arbitrati volontari, arbitrati obbligatori (obbligatoriamente imposti alle parti da norme eteronome)?

In caso di risposta negativa,

2.1. Quali sono gli impedimenti all'introduzione di arbitrati obbligatori?

In caso di risposta affermativa

2.2. Esistono norme che prevedono l'arbitrato obbligatorio per la decisione di controversie che non potrebbero essere assoggettate ad arbitrato per volontà delle parti?

3. Come si provvede alla nomina degli arbitri?

In particolare:

3.1. Con riferimento agli arbitrati volontari, esistono arbitrati predisposti relativamente ai quali la volontà delle parti subisce dei limiti per quanto riguarda la nomina degli arbitri?

3.2. Con riferimento agli arbitrati obbligatori, alla volontà delle parti è riconosciuto un residuo spazio di operatività per quel che concerne la nomina degli arbitri?

3.3. Come viene assicurata l'imparzialità degli arbitri?

3.4. Esiste una disciplina particolare per i processi arbitrali con pluralità di parti?

3.5. Esistono norme particolari che disciplinano il rapporto contrattuale fra le parti e gli arbitri?

4. Come è disciplinato il rapporto tra arbitri e giudice?

4.1. Sono previsti arbitrati endo-processuali, il cui esperimento sia imposto alle parti dal giudice statale al quale esse si siano rivolte?

4.2. Si applicano le norme relative alla competenza e alla litispendenza? In particolare, sia con riferimento all'arbitrato volontario (nelle sue eventuali diverse forme) che eventualmente all'arbitrato obbligatorio.

4.3. L'eccezione di compromesso è considerata una eccezione di rito o una eccezione di merito? Come è qualificata?

4.4. È possibile la traslatio iudicii tra arbitri e giudice ordinario e viceversa?

4.5. La pendenza della lite fronte al giudice dello Stato (*lis apud iudicem pendens*) impedisce agli arbitri di decidere la controversia?

4.6. La litispendenza di fronte agli arbitri (*lis apud arbitros pendens*) impedisce al giudice dello Stato di decidere la controversia?

4.7. È prevista la sospensione del giudizio arbitrale in attesa della decisione di una causa pregiudiziale da parte del giudice dello stato?

4.8. È prevista la sospensione del giudizio pendente dinanzi al giudice dello stato in attesa della decisione di una causa pregiudiziale da parte degli arbitri?

5. Quali sono le forme del procedimento arbitrale?

In particolare:

5.1. Con riferimento agli arbitrati volontari, esistono arbitrati predisposti relativamente ai quali la volontà delle parti subisce dei limiti per quanto riguarda la disciplina del procedimento?

5.2. Con riferimento agli arbitrati obbligatori, alla volontà delle parti è riconosciuto un residuo spazio di operatività per quel che concerne la disciplina del procedimento?

5.3. Quali sono i poteri degli arbitri in ordine all'assunzione delle prove?

5.4. È prevista un'assistenza giudiziaria agli arbitri ai fini dell'assunzione delle prove?

5.5. Sono ammessi e/o disciplinati l'intervento e la chiamata di terzi nel processo arbitrale?

5.6. È prevista la riunione di procedimenti arbitrali connessi?

6. Qual è il possibile contenuto dei provvedimenti degli arbitri?

6.1. Gli arbitri possono emettere lodi di accertamento e lodi costitutivi?

6.2. Gli arbitri possono emettere provvedimenti sommari?

6.3. Gli arbitri possono concedere misure cautelari?

7. Con riferimento all'arbitrato volontario:

7.1. In base a quali criteri è determinata l'area delle controversie compromettibili?

7.2. È ammesso l'arbitrato su controversie aventi ad oggetto diritti sottratti alla disponibilità delle parti?

7.3. L'area della compromettibilità coincide con l'area della disponibilità dei diritti e/o con l'area della transigibilità?

7.4. L'inderogabilità della normativa da applicare costituisce un limite alla compromettibilità della controversia?

7.5. L'area delle controversie assoggettabili a compromesso coincide con l'area delle controversie assoggettabili a clausola compromissoria?

7.6. Quali sono i limiti soggettivi di efficacia del compromesso e della clausola compromissoria?

7.7. È ammissibile un'azione autonoma di accertamento della validità ed efficacia del patto compromissorio?

7.8. È ammesso l'arbitrato su questioni non idonee ad esaurire l'oggetto di un processo giurisdizionale (ad esempio è possibile chiedere agli arbitri di quantificare i danni prodotti in occasione di un certo evento, lasciando impregiudicata la questione relativa al diritto al risarcimento di tali danni)?

8. Esistono diversi tipi di arbitrato volontario?

In particolare:

8.1. È possibile distinguere diversi tipi di arbitrato in relazione alla natura attribuita al procedimento e/o ai rapporti tra processo arbitrale e processo giurisdizionale statale e/o agli effetti riconosciuti al lodo e/o al suo regime di impugnazione?

8.2. Esiste una contrapposizione tra arbitrato giurisdizionale ed arbitrato negoziale?

In caso di risposta affermativa,

8.3. La differenza tra i due istituti riguarda soltanto gli effetti del lodo o anche la sua struttura e/o la sua natura?

8.4. Vigé in relazione ad entrambi gli istituti il principio di autonomia della clausola compromissoria, in virtù del quale la nullità del contratto non si comunica necessariamente alla clausola compromissoria relativa al medesimo?

8.5. È ammesso l'arbitrato di equità (*ex aequo et bono*)?

9. Vengono fatti rientrare nell'area dell'arbitrato volontario anche la transazione e il negozio di accertamento qualora la determinazione del loro contenuto sia rimessa ad un terzo? Vengono fatti rientrare nell'area dell'arbitrato volontario anche il mandato congiuntivo a transigere e il mandato congiuntivo a stipulare un negozio di accertamento?

10. Come viene ricostruita la cosiddetta perizia contrattuale (o perizia arbitrale)?

10.1 Quali sono la sua disciplina e il suo regime?

11. Qual è il rapporto tra arbitrato e conciliazione?

In particolare:

11.1. È previsto il tentativo di conciliazione come filtro obbligatorio per l'accesso alla giustizia arbitrale?

11.2. È previsto il tentativo di conciliazione come fase necessaria del giudizio arbitrale e condizione di procedibilità dello stesso?

11.3. È previsto il tentativo di conciliazione come modo facoltativo ed eventuale per la definizione della controversia devoluta alla giustizia arbitrale?

12. Sono sviluppati nel Vostro Paese sistemi di “informal justice” destinati a favorire la conciliazione-mediazione tra le parti (Mini-Trial, Summary-Jury-Trial, Moderated-Settlement, etc.)?

In particolare:

12.1. Si tratta di forme di giustizia alternativa amministrate da istituzioni, private o pubbliche?

12.2. Esiste una disciplina legislativa dei tali forme di giustizia alternativa?

12.3. Qual è il rapporto tra tali forme di giustizia alternativa e la giurisdizione togata?

12.4. Qual è il rapporto tra tali forme di giustizia alternativa e l'arbitrato?

13. L'efficacia attribuita al lodo arbitrale è descritta utilizzando espressioni quali efficacia di sentenza, efficacia di giudicato, o simili?

14. Vi sono norme che nel Vostro sistema giuridico utilizzano le locuzioni “efficacia di sentenza” o “efficacia di giudicato” o espressioni simili per descrivere l'efficacia di atti negoziali (ad esempio la transazione o il negozio di accertamento)? Quali?

15. Indipendentemente dalle espressioni utilizzate, vi è effettiva coincidenza tra effetti del lodo ed effetti della sentenza del giudice dello Stato?

In particolare:

15.1. Quali sono i limiti oggettivi e soggettivi di efficacia del lodo arbitrale?

15.2. Gli effetti riflessi del lodo, sia per i parti che per i terzi, sono gli stessi della sentenza del giudice?

15.3. Il lodo non impugnato nei termini ha la stessa resistenza della sentenza passata in giudicato formale? Anche se pronunciato in assenza di patto compromissorio ovvero su controversia non arbitrabile? Anche se contenente statuizioni contrarie all'ordine pubblico?

16. Quali sono gli effetti sul processo arbitrale della questione di legittimità costituzionale della norma di legge che gli arbitri sono chiamati ad applicare nella decisione della controversia?

17. È ammesso un arbitrato di secondo grado?

18. Quali sono i mezzi di impugnazione ammessi avverso il lodo arbitrale?

19. L'esperibilità di tali mezzi di impugnazione è subordinata al previo conferimento al lodo dell'efficacia esecutiva o comunque all'omologazione del lodo da parte del giudice dello Stato?

20. È prevista una disciplina particolare per gli arbitrati aventi ad oggetto controversie private transnazionali?

21. Come è disciplinata la concessione al lodo arbitrale dell'efficacia esecutiva?

22. È prevista una disciplina particolare per l'attribuzione di efficacia esecutiva ai lodi stranieri?

23. Qual'è la disciplina prevista per il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi stranieri?

24. Qual è il criterio di distinzione tra lodi nazionali e lodi stranieri?

25. Quale incidenza può avere su un procedimento arbitrale interno la pendenza della stessa lite fra le stesse parti dinanzi ad una giurisdizione straniera?

26. Quale incidenza può avere su un procedimento arbitrale interno la pendenza di un arbitrato estero tra le stesse parti avente ad oggetto la stessa lite?