

L'arbitrato irrituale, «*dead man walking*»

Maurizio Visconti
(Avvocato in Venezia)

Abstract In the Italian system there is a kind of arbitration, called «arbitrato irrituale», that has no correspondence in common law system. It is an arbitral trial that ends with an award unenforceable and meant only as contractual will of the parts. It is defined in such a way by Italian Supreme Court. On the contrary, the author's opinion is that such kind of arbitration is totally similar to the one that ends with an enforceable award, as it normally develops following proceedings quite similar to judicial ones. It is hoped for Italian law decides to eliminate such a way of disputes resolution, also in order to make uniform Italian system with foreign ones.

Sommario 1. Lo stato della giurisprudenza. – 2. Breve, necessario *flash back*. – 3. *Au fond de l'affaire*. – 4. La prassi. – 5. Nuovamente *au fond de l'affaire*. – 6. Una contrapposizione tradizionale che non convince. – 7. Le forzature fattuali della giurisprudenza. – 8. Un *tackle* normativo. – 9. In conclusione.

1 Lo stato della giurisprudenza

Sarà certamente vero che, come ebbe a dire Claudio Consolo in occasione di un convegno sulla giustizia privata, l'arbitrato irrituale è un morto che cammina: ma, quale fosse il significato che lo studioso attribuiva all'espressione (non è chiaro se riferita al grido «*Dead man walking*» che accompagna gli ultimi passi del condannato a morte in un sistema transoceanico tradizionalmente considerato faro di civiltà, o più banalmente agli *zombies* che popolano il mondo dell'*horror*), i riscontri giurisprudenziali più recenti sembrerebbero garantire che il morto goda di eccellente salute.

I comuni strumenti di aggiornamento giurisprudenziale testimoniano di almeno trentacinque massime, fra legittimità e merito, accessibili al pubblico negli ultimi cinque anni¹: il che, per un istituto sospetto di obso-

1 Trib. Roma, 26 gennaio 2018, n. 1885; Cass., 9 ottobre 2017, n. 23571; Cass., 31 luglio 2017, n. 19060; Cass., 17 ottobre 2016, n. 20968; Cass., SS.UU., 30 settembre 2016, n. 19473; C. Cost., 20 luglio 2016, n. 196; Cass., 19 maggio 2016, n. 10332; Cass., 2 aprile 2016, n. 8182; Cass., 13 aprile 2016, n. 7299; Cass., 8 marzo 2016, n. 4526; Cass., 21 gennaio 2016, n. 1097; Cass., 2 dicembre 2015, n. 24558; Cass., 18 novembre 2015, n. 23629; Cass., 28 luglio 2015, n. 15841; Cass., 10 luglio 2015, n. 14431; Cass., 9 luglio 2015, n. 14352; Cass., 22 giugno 2015, n. 12873; Cass., 22 maggio 2015, n. 10679; Cass., 8 maggio 2015, n. 9315; Cass., 23 aprile 2015, n. 8317; Cass., 7 aprile 2015, n. 6909; Cass., 30 ottobre 2014, n. 23074; Cass.,

lescenza, non parrebbe segnale di scarsa vitalità.

Chi impegni un poco del suo tempo a verificarne le linee portanti non potrà non rilevare, e con facilità estrema, una affermazione tralatizia: nucleo della scelta per arbitrato rituale è la scelta di sostituire un giudice privato a quello statale; nucleo di quella per arbitrato irrituale è l'opzione di risolvere il contenzioso a mezzo di una determinazione negoziale affidata a terzi con l'espresso impegno delle parti di considerarla, una volta venuta alla luce, come manifestazione della loro stessa volontà.

Chi scrive ha letto, nella propria lunga esperienza professionale, un alto numero di clausole compromissorie, sia per arbitrato rituale che per arbitrato irrituale: e può testimoniare senza tema di smentite che il passo della clausola compromissoria per cui la volontà manifestata dagli arbitri sarà considerata dalle parti come da esse stesse proveniente non è affatto coesistente al fenomeno dell'arbitrato irrituale. In altri termini, un gran numero di clausole per arbitrato espressamente definito irrituale - forse la maggioranza - non ha traccia di tale passaggio.

Le vie per spiegare tale discrasia fra le formule tralatizie della giurisprudenza e i frequenti riscontri della pratica sono, ad avviso di chi scrive, due: o finiscono sulle scrivanie dei giudici solamente le clausole compromissorie che contengono la formula ora rammentata, o tale formula è ad esse aggiunta nelle sentenze come una necessaria presenza virtuale, come un invitato di pietra senza il quale il banchetto non può avere luogo.

Appare assai più probabile, e documentata, la seconda soluzione: quella cioè - fuor di metafora - per cui è il giudice che in casi assai frequenti qualifica la volontà delle parti di ricorrere ad arbitrato irrituale come necessariamente concomitante con la (supposta) intenzione di prevedere che il lodo così emanando vada considerato come frutto della loro comune volontà negoziale.

Ci si è quindi posti l'obiettivo di indagare il buon fondamento della secca bipartizione ontologica fra arbitrato rituale quale ricorso alla giustizia, privata ma pur sempre giustizia, e arbitrato irrituale come soluzione negoziale della lite, affidata a terzi ma fatta propria, ora per allora, dalle parti della controversia, alla luce dell'argomento fattuale spesso fittizio adottato dalla giurisprudenza per suffragare tale bipartizione.

15 luglio 2014, n. 16164; Cass. 18 giugno 2014, n. 13899; Cass. 11 giugno 2014, n. 13214; Cass., 11 giugno 2014, n. 13211; Cass., 13 maggio 2014, n. 10300; Cass., 24 marzo 2014, n. 6830; Cass., 17 marzo 2014, n. 6125; Cass., 17 febbraio 2014, n. 3665; Cass., 31 gennaio 2014, n. 2127; Cass., 21 novembre 2013, n. 26135; Cass., 8 novembre 2013, n. 25258; Cass., 31 ottobre 2013, n. 24552; Cass., 18 settembre 2013, n. 21349; Cass., 19 agosto 2013, n. 19182; Cass., 17 gennaio 2013, n. 1158.

2 Breve, necessario *flash back*

È ben noto a chi si interessi del tema come il fenomeno dell'arbitrato irrituale, o libero, nasca in seno alla cultura giuridica italiana e costituisca un *unicum*, nel senso che esso è ignoto alla maggior parte dei sistemi diversi dal nostro.

Gli studiosi ne individuano la presentazione al tempio nel 1904, anno in cui la Suprema Corte torinese ha parlato, pare per la prima volta, di arbitrato libero^{2, 3}.

Da allora l'istituto si sviluppò per circa cent'anni in due soli dei tre tradizionali formanti giuridici, la giurisprudenza e la dottrina, pressoché ignorato invece dal legislatore⁴ sino alla novella del 2006, con la quale l'ultimo riformatore del diritto dell'arbitrato introdusse la locuzione "*arbitrato irrituale*" nella rubrica dell'art. 808 *ter* c.p.c., destinato a fornire disciplina normativa all'istituto; il recepimento dell'espressione nel linguaggio del legislatore trova, peraltro, un antecedente nell'inciso dell'art. 35, quinto comma, del d.lgs. n. 5/2003 in tema di arbitrato societario, nel quale si legge che «*la devoluzione in arbitrato, anche non rituale, di una*

2 Cfr. Cass. Torino, 27 dicembre 1904, in *Riv. dir. comm.*, 1905, II, p. 45.

3 Per una bibliografia essenziale - e certo non esaustiva - sul tema v. ALPA, *L'arbitrato irrituale. Una lettura civilistica dell'art. 808 ter del codice di procedura civile*, in *Contr. e impr.*, 2011, p. 320 ss.; AMAR, *Giudizi arbitrali*, Torino, 1876, p. 36; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, Napoli, 1964, p. 746 ss.; BIAMONTI, *Arbitrato* (voce), in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 900 ss.; BIAVATI, *Arbitrato irrituale*, in *Arbitrato. Commentario diretto da F. CARPI*, Bologna, 2007; BONFANTE, *Dei compromessi e lodi stabiliti fra industriali come vincolativi dei loro rapporti, ma non esecutivi nel senso e nelle forme dei giudizi*, in *Riv. dir. comm.*, 1905, II, p. 45 ss.; BOVE, *L'arbitrato irrituale dopo la riforma*, in <http://www.judicium.it>; CARPI, *Il procedimento nell'arbitrato irrituale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, p. 389 ss.; CAVALLINI, *Arbitrato irrituale*, in <http://www.treccani.it/magazine/diritto/index.html>; Cecchella, *L'arbitrato*, Torino, 1991, p. 39 ss.; CHIOVENDA, *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, I, Napoli, 1933, p. 70; FAZZALARI, *Fondamenti dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1995, p. 5 ss.; GALGANO, *Giudizio e contratto nella giurisprudenza sull'arbitrato irrituale*, in *Contr. e impr.*, 1997, p. 885 ss.; MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale*, Torino, 2002; MIRABELLI, *Nota a Cass. Sez. un.*, 3 luglio 1989, n. 3189, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, p. 220 ss.; MONTESANO, *Aspetti problematici dell'arbitrato irrituale dopo la legge del 1983*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, p. 441 ss.; PUNZI, *Arbitrato* (voce), in *Enc. giur.*, II, Roma, 1988; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, Padova, 2012, p. 217 ss.; RICCI, *Sul contraddittorio nell'arbitrato irrituale*, in *Rass. arbitrato*, 1987, p. 13 ss.; SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, in *Riv. arbitrato*, 2007, p. 25 ss.; SATTA, *Nota sull'arbitrato libero*, in *Rass. arbitrato*, 1974, p. 1 ss.; TOMMASEO, *Arbitrato libero e forme processuali*, in *Riv. arbitrato*, 1991, p. 743 ss.; VARANO, *Equità* (voce), in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989; VASETTI, *Arbitrato irrituale*, in *Noviss. Dig. it.*, I, Torino, 1957, p. 846 ss.; VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, 1971, p. 2 ss.; VERDE, *Arbitrato irrituale*, in *Riv. arbitrato*, 2005, p. 65 ss.; VIGORITI, *L'autonomia della clausola compromissoria per arbitrato irrituale*, in *Riv. arbitrato*, 1996, p. 62 ss.

4 Salvo che per taluni cenni nella normativa di settore: art. 7, co. 7, l. n. 604/1966 sui licenziamenti individuali; art. 7, co. 6, l. n. 300/1970; art. 35, co. 5, d.lgs. n. 5/2003 sul contenzioso societario.

controversia non preclude il ricorso alla tutela cautelare a norma dell'art. 669 quinquies del codice di procedura civile...».

Successiva menzione legislativa dell'arbitrato irrituale compare nella l. 4 novembre 2010, n. 183, all'art. 31 con il quale è stato modificato l'art. 412 *quater* del codice di rito civile: ma su esso, e sulla sua portata rispetto al sistema sino a quel momento disegnato, si tornerà in appresso.

Sia come sia, le migliori intenzioni finiscono per lastricare le vie dell'inferno, se è vero che il legislatore del 2006, nel pur commendevole intento di dettare una sorta di statuto normativo per un fenomeno da lungo tempo entrato nella prassi, ha scelto forse acriticamente la definizione tradizionale di «determinazione contrattuale» della quale cercherò qui di dimostrare l'assoluta assenza di fondamento sistematico⁵.

Sfuggendo alla tentazione di muovere dai primordi, sarà sufficiente prendere le mosse dalla cardinale decisione delle Sezioni unite n. 24153 del 25 ottobre 2013 con la quale la Corte di cassazione ha accostato la barra di 180 gradi⁶ e ha sancito la somma distinzione fra arbitrato rituale, costituente forma alternativa di esercizio della giurisdizione⁷, ed arbitrato irrituale, definito in guisa concettualmente ardimentosa «arbitrato contrattuale» ed esso sì confinato, seppure da un passaggio parentetico, nel perimetro della rinuncia alla giurisdizione.

Tale decisione, con la quale il supremo giudice dichiara di volere aderire alla migliore dottrina⁸ e all'insegnamento della Corte costituzionale⁹, ripristina una antica distinzione in virtù della quale il patto per arbitrato rituale si configura come accordo sul soggetto - diverso dal giudice ordinario, e privato - che dovrà esercitare la funzione giurisdizionale, mentre quello per arbitrato irrituale costituisce una convenzionale rinuncia anticipata al ricorso alla giurisdizione, da chicchessia esercitata.

Le conseguenze processuali che ne vengono tratte sono tali che l'esistenza di un patto compromissorio per arbitrato rituale innesca una questione di competenza, mentre l'accordo per arbitrato irrituale dà origine

5 In tal senso, e assai più autorevolmente, MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, II, Padova, 2009, p. 10.

6 Rispetto alla decisione, di segno opposto, adottata con la sentenza 527 del 3 agosto 2000.

7 E, come tale, collocato rispetto alle attribuzioni del giudice ordinario in una posizione di riparto di competenza.

8 Cfr., *ex multis*, RICCI, *La funzione giudicante degli arbitri e l'efficacia del lodo (Un grand arrêt della Corte costituzionale)*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 367; PICARDI, *Manuale del processo civile 2*, Milano, 2010, p. 676 ss.

9 Il giudice delle leggi, con sentenza 19 luglio 2013, n. 223, ha spezzato una lancia nettissima in favore della natura sostanzialmente giurisdizionale dell'arbitrato rituale, in un panorama giurisprudenziale ancora tributario del *dictum* di legittimità delle Sezioni unite del 2000, rammentato in nota 4.

a questione di merito – appunto, la preventiva rinuncia convenzionale alla giurisdizione – da far valere, nei termini di rito, in via di eccezione¹⁰.

Ovviamente, siffatte conseguenze processuali sono solo *pallida imago* dell'articolatissimo compendio di difformità operative che conseguono alla cennata diversità ontologica: si va dal diversissimo regime dell'invalidità sancito direttamente dalla norma dell'art. 808 *ter*, comma 2, c.p.c. (nel confronto con le previsioni dei successivi artt. 827 ss.) alla talora ritenuta inapplicabilità agli arbitri irrituali degli artt. 814¹¹, 815¹², 820¹³, e così proseguendo.

3 *Au fond de l'affaire*

Il nocciolo della questione, ad avviso di chi scrive, risiede nel buon fondamento che sia possibile riconoscere alla distinzione fra arbitrato rituale, forma di risoluzione giurisdizionale delle controversie (in cui l'unica singolarità è che il soggetto di ciò officiato non è organo del potere giudiziario ma professionista scelto, direttamente o indirettamente, dalle parti) e arbitrato irrituale, in cui non si assiste(rebbe) ad alcun esercizio di attività intrinsecamente giurisdizionale ma piuttosto al superamento della controversia a mezzo di una determinazione di tipo negoziale (come tale, dunque, non giurisdizionale) adottata dall'organo arbitrale.

Tale distinzione concettuale, ancorché benedetta dal legislatore del 2006 (con il concorso della ricordata ordinanza n. 24153/2013 delle Sezioni unite), non pare del tutto convincente.

Ciò che, all'apparenza, porta fuori strada la giurisprudenza e quella parte della dottrina che attribuisce al lodo irrituale natura di negozio giuridico, e non già di pronuncia giurisdizionale, è l'alone concettuale confuso che si diparte dall'affermazione (corretta) della natura contrattuale dell'incarico agli arbitri e conduce all'affermazione (che non condivido) per cui la natura dell'*opus* posto in essere da costoro sarebbe un negozio inteso ad accertare chi abbia ragione e chi torto.

Qui va però fatta una digressione che prenda in considerazione il molto che la pratica in tema di arbitrato sottopone all'interprete.

10 Cfr. da ultimo Cass., 31 luglio 2017, n. 19060, cit.

11 Cass., 11 giugno 2014, n. 13211; Cass., 28 aprile 2010, n. 10221.

12 Cass., 25 giugno 2005, n. 13701; Cass., 13 giugno 2002, n. 8472.

13 Cass., 21 gennaio 1999, n. 525.

4 La prassi

Come ben noto a tutti coloro che tengono in qualche considerazione la psicologia dell'attività negoziale, l'atteggiamento dei suoi protagonisti muta in modo radicale secondo che ci si trovi nella fase genetica o, saltando quella della fisiologica esecuzione degli accordi, in quella della gestione della patologia¹⁴.

Nella prima, con una *Gesinnung* in qualche misura apotropaica, l'arredo pattizio relativo alla soluzione delle liti viene visto quasi con fastidio: e tale fastidio si tende ad esorcizzare prevedendo un arbitrato poco invasivo, ispirato ai buoni sentimenti, alla degiurisdizionalizzazione e al contenimento della conflittualità.

Ne residua una clausola compromissoria-tipo che sottolinea l'assenza di formalità, l'inappellabilità del lodo¹⁵, l'*amiable composition*, la natura negoziale della determinazione degli arbitri, addirittura la sua destinazione ad essere considerata come soluzione riferibile alla congiunta volontà delle stesse parti.

Lo scenario muta radicalmente nel momento in cui si innesca il contenzioso.

A quel punto tutti vogliono, nella migliore delle ipotesi, giustizia; nella peggiore, la parte eventualmente non in buona fede aspira a far perdere tempo e ad intorbidare le acque, tentando di sfinare le energie del contraddittore.

Nella esperienza professionale di chi scrive, nessun arbitrato retto da clausola per arbitrato irrituale è mai risultato ispirato, per ciò che concerne la condotta procedimentale delle parti, dei difensori e, *last but not least*, degli arbitri ad uno spirito diverso da quello della definizione giurisdizionale di una controversia.

Si formulano domande, se del caso di condanna; si chiedono memorie, precisazione delle conclusioni, comparse conclusionali; si dispongono e tengono udienze; si assumono prove.

Nulla di diverso da ciò che avviene sul tavolo dell'arbitro rituale e, prima ancor d'esso, del giudice; e di ciò è traccia palese anche nel dettato normativo, sul quale si tornerà tra breve.

¹⁴ Si fa qui riferimento alla esperienza contrattualistica di dimensioni ordinarie: è ben vero che salendo di livello le considerazioni di cui nel testo perdono di rilievo, ma i grandi numeri sono dalla parte delle transazioni di dimensioni medio-piccole.

¹⁵ *Sic*: assai poco si considera dai redattori di clausole compromissorie che il lodo arbitrale non è ad alcun titolo appellabile, ma impugnabile per nullità (davanti alla Corte d'appello) se rituale, annullabile (davanti al competente giudice di primo grado) se irrituale: i tentativi di delineare un procedimento arbitrale di secondo grado (cfr., fra i suoi sostenitori, RUBINO SAMMARTANO, *Diritto dell'arbitrato*, Padova, 2010, p. 1315 ss.) non pare abbiano avuto, ad oggi, grande successo.

Ex facto jus oritur: non credo che tale pacifica constatazione statistica sia irrilevante ai fini della ricostruzione dogmatica degli istituti.

Le dinamiche pratiche sin qui descritte inducono chi non si voglia nascondere dietro il vuoto significato di formule tradizionali e stereotipe a domandarsi quale sia la distinzione ontologica fra la *iurisdictio* posta in essere dall'arbitro rituale e l'attività negoziale posta in essere dall'arbitro irrituale.

5 Nuovamente *au fond de l'affaire*

Il tema si diparte, a mio avviso, da una pur breve disamina dei profili dell'attività negoziale letta in relazione con l'attività arbitrale.

La prima constatazione, banale, attiene alla genesi del rapporto fra le parti e gli arbitri: credo, francamente, sia difficilmente contestabile che la risoluzione di una controversia, giurisdizionale o negoziale (*if any*, giusta quanto si dirà in prosieguo), sia inquadrabile in perimetro diverso da quello del contratto di mandato.

Esso è rappresentato dal conferimento (e dall'accettazione) dell'incarico di porre in essere atti giuridici nell'interesse del mandante.

Non v'è dubbio che il lodo, comunque lo si voglia definire, costituisce atto giuridico.

Lo è la decisione dell'arbitrato rituale, la si voglia ritenere strumento alternativo alla risoluzione giurisdizionale (come ora afferma la giurisprudenza di legittimità) ovvero fenomeno puramente privato, frutto della rinuncia alla giurisdizione (come lo definì il Supremo Collegio, da ultimo, fra il 2000 e il 2013)¹⁶.

Tale decisione, comunque definita, costituisce manifestazione di giudizio suscettibile, per espressa determinazione normativa, di essere munita di decreto di esecutività: come tale, non sapremmo come diversamente qualificarla se non come atto giuridico, ovverossia un atto destinato a produrre effetti giuridici ed a ciò idoneo.

Tale atto, poi, appare pacificamente posto in essere nell'interesse e su incarico delle parti.

Pacifica la seconda caratteristica, anche la prima è incontrovertibile essendo l'arbitrato finalizzato alla definizione della controversia in virtù

16 Sulla scorta di Cass., SS.UU. 3 agosto 2000, n. 527, cit.

di una previa sua destinazione a tale fine operata dai contendenti^{17, 18}.

Se dunque la genesi del fenomeno arbitrale è di incontestabile natura negoziale o, più specificamente, contrattuale, dubbi severi sorgono sulla riconducibilità a tale categoria sistematica dell'atto che conchiude il procedimento che ne consegue.

La scelta della legge, almeno dal 2006 in poi, è di chiara lettura: il lodo irrituale ha natura di determinazione negoziale per espressa previsione dell'art. 808 *ter* c.p.c.; il lodo rituale no, perché altrimenti la implicita distinzione contenuta nella norma ora richiamata non avrebbe ragion d'essere.

Quella della giurisprudenza già s'è rammentata soggetta a rivoluzioni copernicane, passandosi dalla rinuncia alla giurisdizione, sancita nel 2000 in ordine ad ogni fenomeno arbitrale, al recupero al perimetro della *jurisdiction* dell'attività degli arbitri rituali operata nel 2013, ferma rimanendo, per la maggioranza degli arresti di legittimità, l'affermazione per cui l'arbitrato irrituale rimane confinato nell'ambito della attività negoziale.

Appare dunque il momento di interrogarsi se l'attività di risoluzione delle controversie, pacificamente riconducibile all'insieme qualificato come atto giuridico di cui all'art. 1703 c.c., sia poi ascrivibile al sottoinsieme rappresentato dall'attività di natura negoziale. In altri termini, se la constatazione - credo pacifica - per cui gli arbitri ricevono dalle parti l'incarico di porre in essere attività giuridicamente rilevante autorizzi al passaggio ulteriore - poiché questo, in fondo, predicano i sostenitori della natura negoziale del fenomeno arbitrale - per cui tale delegata attività si iscrive nel perimetro di quella negoziale.

Si tratterà dunque, nella sintesi resa necessaria dai limiti della presente riflessione, di interrogarsi sui due elementi - attività negoziale ed attività di risoluzione delle controversie altrui - la cui compatibilità è predicata dai sostenitori della natura negoziale dell'arbitrato (almeno irrituale) e che qui si intende sottoporre ad analisi.

17 Se, invece della più consueta clausola compromissoria, si fa riferimento al compromesso stipulato dopo l'insorgenza della lite, la provenienza dell'incarico dalle parti appare, se possibile, ancor più plastica.

18 La Corte costituzionale, con sentenza 14 luglio 1977, n. 127, ha operato scelte di campo molto nette sulla natura del fenomeno arbitrale, riconducendolo senza perplessità, quale che sia il tipo d'arbitrato, alla autonomia delle parti.

6 Una contrapposizione tradizionale che non convince

Dunque, secondo le migliori indicazioni dottrinali¹⁹, il negozio giuridico si definisce come atto di volontà diretto ad uno scopo rilevante per l'ordinamento giuridico.

Come è noto, il legislatore italiano, pure epigono del principio *omnis definitio in jure periculosa*, deroga nel caso del contratto alla consegna di evitare definizioni e di lasciare ch'esse vengano ritratte dalla disciplina dettata, e nell'art. 1321 c.c. indica le caratteristiche essenziali del negozio giuridico bilaterale o plurilaterale, subito dopo sancendo che le parti sono libere di determinarne i contenuti.

Il giunto cardanico del negozio viene dunque individuato nella scelta, operata dai sistemi giuridici moderni, di dare sanzione alla libertà di determinazione dei soggetti di diritto, padroni di conferire ai loro interessi l'assetto più gradito.

Uno dei corollari di tale asse portante del vigente sistema privatistico è che, di norma, l'attività in cui si estrinseca l'autonomia privata deve ricadere sulla sfera giuridica di chi essa esercita²⁰, e subcorollario di ciò è rappresentato dall'individuazione nella convenienza individuale delle ragioni che motivano il suo esercizio.

Se tale è la normalità degli eventi, la diversa ipotesi di ricaduta dell'esercizio della propria autonomia sulla sfera giuridica altrui costituisce eccezione e, come tale, va circoscritta nelle ipotesi e disciplinata nella sua estrinsecazione.

Così, si può svolgere attività negoziale in nome e per conto di terzi (rappresentanza volontaria e mandato); si può integrare la altrui volontà negoziale, come si verifica quando le parti delegano al terzo la determinazione dei contenuti delle loro volizioni; si può integrare o sostituire la volontà di chi non sia in grado, per età o infermità, di correttamente articolarla.

Ma anche in tali casi l'obiettivo è sempre il medesimo: si tratta di dare un assetto ad interessi privati proveniente dalla libertà di determinare tali interessi che chi ne è portatore possiede, anche se in ipotesi a mezzo della supplenza della volontà di soggetti terzi.

Il riferimento di base, in ogni caso, è sempre costituito dall'autonomia,

19 BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da Vassalli, Torino, 1960; BIANCA, *Diritto civile. Il Contratto*, Milano, 2000; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, Napoli, 1947; FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 1987; FERRI, *Negozio giuridico* (voce), in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1995, p. 61 ss.; GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 1988; MIRABELLI, *Negozio giuridico (teoria del)* (voce), in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p. 1 ss.; SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966; Scognamiglio, voce *Negozio giuridico*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990; STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961.

20 BIANCA, *op. cit.*, p. 11.

ossia dalla gestione degli interessi privati da parte di chi ne è titolare.

Tra le determinazioni autonome delle parti ben ve ne possono essere di destinate alla definizione di controversie: facile rammentare il contratto di transazione o il diverso negozio, non transattivo (privo dunque dell'*aliquid dare, aliquid retinere*), con il quale comunque si previene o si definisce una controversia.

Anche in tali casi, peraltro, la causa dell'agire negoziale non può essere individuata che nel perseguimento di scopi di convenienza delle parti, le quali pervengono alla transazione o comunque alla conciliazione mirando ad un obiettivo di massimizzazione del profitto o di riduzione della perdita.

Se, al contrario, le parti non intendono o non riescono a dare soluzione diretta alla crisi dei loro rapporti, ricorrono a terzi: e la via considerata primaria, anche a livello di normazione costituzionale, è il ricorso all'autorità giudiziaria²¹.

Il giudice, a cui ciascuno può ricorrere a meno di previa pattizia rinuncia al servizio ch'egli rende, non dà peraltro risposta di autonomia alle istanze delle parti, ma piuttosto di eteronomia.

Credo che il concetto di fondo, per comprendere il fenomeno in commento, sia appunto l'eteronomia: i contenuti della risposta giurisdizionale non sono riconducibili alla volontà delle parti, anzi il sistema pone estrema cura, con gli istituti della astensione e della ricsuzione, alla garanzia che il soggetto che darà soluzione alla controversia si rapporti in termini di terzietà con le parti in lite.

E la giustificazione dell'eteronomia è che essa sola garantisce la autorevole sanatoria del conflitto fra le opposte convenienze delle parti.

Tanto se il criterio ispiratore della decisione sia l'applicazione del diritto, quanto se esso risieda nell'equità, la soluzione decisoria della lite - il contenuto della decisione, s'intende - non ha come punto di riferimento, né diretto né mediato, l'interesse di qualsivoglia delle parti, ma piuttosto la determinazione di quale fra le opposte prospettazioni (giacché in ciò si riduce la lite) sia meritevole di giuridica (o equitativa, nei casi in cui l'equità costituisca il parametro del decidere) condivisione.

E solo tale obiettivo - garantire l'ordine civile fornendo alle liti una soluzione eteronoma e giusta (secondo diritto o secondo equità) - costituisce l'essenza della attività del terzo chiamato a definire il contenzioso, sia egli un giudice dello Stato o un professionista scelto, direttamente o indiret-

21 La quale svolge un ruolo di rilievo costituzionale (cfr. art. 102). Secondo PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, Padova, 2012, p. 96 s., tale norma «attiene all'organizzazione interna della giurisdizione statale, ma non si espande all'esterno, per postularne il monopolio». Difficile non riscontrare in tale affermazione i germi del superamento dell'opinione, pur manifestata dallo stesso Autore, a favore della lettura negoziale di ogni fenomeno arbitrale propugnata dalla sentenza n. 527/2000 delle Sezioni unite, più sopra ricordata.

tamente²², dalle parti.

Si provi a sviluppare il concetto.

L'essenza funzionale dell'attività giurisdizionale è stata individuata nell'assolvimento dell'esigenza di ordinata e pacifica risoluzione delle controversie²³: ma essa si colloca sul piano pubblicistico, nel quale è primario l'obiettivo *ne cives ad arma veniant*, e certo non si riproduce al diverso livello delle aspettative delle parti della singola controversia.

Loro intento - non solo a livello psicologico individuale, ma pure sul diverso piano della oggettivazione dei loro interessi: si rammenti il tema classico della distinzione fra causa e motivo del contratto - non è quello di trovare qualcuno che le esoneri dall'imbracciare il fucile, ma qualcuno che dia risposta favorevole alle istanze contrapposte che costituiscono l'essenza della lite.

Dunque, come si diceva testé, le parti di una controversia, in atto o potenziale, aspirano a vederla risolta e sanno che ciò, in mancanza di loro accordo, non può essere ottenuto che a mezzo dell'intervento di un terzo il quale ripeta, dal sistema pubblicistico o dalla volontà delle parti stesse (riconosciuta dall'ordinamento come meritevole di tutela), il potere di definire la controversia che le oppone.

Ma sugli strumenti che verranno a ciò utilizzati le parti non hanno più alcuna signoria, nel senso che le loro valutazioni di convenienza - che senz'altro indirizzerebbero la loro congiunta attività negoziale - cedono il passo alla determinazione giuridica o equitativa su quale delle loro posizioni sia meritevole di condivisione.

Dunque, nessun passaggio dell'attività di eteronoma definizione della lite coinvolge la valutazione della maggiore o minore convenienza che l'una o l'altra parte abbia in una soluzione piuttosto che in un'altra, salva ovviamente la preliminare ricognizione circa l'interesse ad agire che costituisce condizione anche dell'attività privata di risoluzione delle dispute.

A ben vedere, un'interfaccia di ciò si rinviene nella ricognizione nel contraddittorio del principio fondamentale di qualsivoglia fenomeno giurisdizionale.

Se l'esigenza primaria condivisa fra parti e giudice fosse quella di una soluzione autoritativa della lite, prescindendo dal suo contenuto, esso po-

22 Arbitrato *ad hoc* o arbitrato amministrato.

23 CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Torino, 2015, p. 13 ss., parte dal tradizionale passaggio teso ad illustrare l'impraticabilità di una tutela *fa i te* per giungere ad affermare che il processo civile costituisce interfaccia inevitabile della regolamentazione sostanziale dei rapporti fra privati, rilevando che non a caso la norma che costituisce il giunto fra i due fenomeni si rinviene nella legge sostanziale (art. 2907 c.c.) e non già in quella processuale.

trebbe passare in secondo piano²⁴: il precetto *audiatur et altera pars* acquista invece il proprio ruolo di primazia ove lo si legga nella prospettiva della centralità nel conflitto giudiziale degli interessi privati delle parti e nella esigenza che ad esso venga data risposta terza.

La decisione è dunque del tutto insensibile alle contrapposte aspirazioni delle parti: tali aspirazioni costituiscono il perimetro all'interno del quale l'attività del giudicante è chiamata ad esercitarsi, ma dentro il quale la scelta di chi risulterà vincitore o soccombente sarà frutto esclusivamente dell'esercizio dell'attività eteronoma del giudice, chiamato a rispondere solo al sistema in cui è inserito («*alla legge*», dice metaforicamente la Carta costituzionale), o se si preferisca alla sua scienza e coscienza, della sua decisione.

Il contenuto di essa dunque non è in alcun modo riconducibile agli interessi ed alle aspirazioni dei soggetti sulla cui sfera giuridica la decisione è destinata ad incidere, e pare meritare a tutto tondo la qualificazione in termini di eteronomia che discende *de plano* dalla circostanza per cui le parti della lite decisa con sentenza passata in cosa giudicata trovano nella attività decisionale posta in essere dal giudice la regolamentazione esclusiva dei loro rapporti dedotti in contenzioso²⁵.

Ovviamente – già lo si è detto – la decisione ad opera di un terzo non è l'unica via di disimpegno del contenzioso.

Non v'è dubbio che i litiganti, così come possono transigere la lite, abbiano anche la facoltà di darsi reciprocamente atto di chi aveva ragione e chi torto nella controversia che con un atto di loro autonomia privata si va a dirimere: ma anche in tal caso appare innegabile che, malgrado il contenuto di tale negozio di accertamento abbia la struttura di un documento che divide la ragione dal torto, sia pure in rigorosa attuazione dei precetti giuridici applicabili al caso così risolto, la sua causa non sarà riconducibile ad una definizione eteronoma della lite – e, quindi, ad una valutazione di giustizia, giuridica o equitativa, circa le avverse posizioni – ma piuttosto alla volontà condivisa di ambo le parti della controversia – e quindi al risultato coincidente di una valutazione di convenienza che ciascuna avrà fatto *in interiore homine* – che con tale accordo si va a definire.

In sostanza, preme sottolineare che le forme prescelte non incidono sulla sostanza dell'attività attraverso la quale si perviene alla definizione della lite: se essa sia posta in essere dalle parti (in qualunque guisa: transazione ovvero accertamento della corretta applicazione del diritto, o dell'equità,

24 Si dice che nell'esperienza giudiziaria dell'antico impero cinese le parti, anche di un processo civile, venissero sottoposte a previa leggera tortura, allo scopo di riaffermare la priorità dell'autorità del giudice a prescindere dall'esito concreto della lite.

25 Quanto meno *de praeterito*, e salve le ulteriori determinazioni negoziali, sempre possibili anche dopo *Romam locutam*.

alla controversia) avrà senso compiuto parlare di determinazione contrattuale: se un terzo sarà chiamato a decidere, di nuovo secondo diritto o secondo equità, chi abbia ragione e chi abbia torto, la genesi eteronoma e sostanzialmente giurisdizionale della determinazione la farà sfuggire dall'ambito negoziale.

A tale proposito, non sarà frustraneo rammentare come la *vexata quaestio* relativa alla compatibilità fra arbitrato irrituale e ricusazione dell'arbitro, pur risolta da dottrina e giurisprudenza in guise variegata²⁶, non sia comunque approdata ad affermare che il difetto di terzietà dell'arbitro non rileva in ambito irrituale.

In conclusione, si intende qui affermare che fra attività giurisdizionale esercitata dagli organi statali a ciò deputati ed attività arbitrale, rituale o irrituale che sia, l'unico elemento distintivo è rappresentato dai criteri di individuazione del soggetto a cui è attribuita la *potestas* di sancire, in via comunque eteronoma, la vittoria o la soccombenza nella controversia.

Nella prima ipotesi il depositario di tale potere è il sistema giudiziario statale; nel secondo caso, l'arbitro.

Venendo quindi alla titolazione del presente paragrafo, non pare condivisibile la distinzione tradizionale (ma non troppo: essa ha senso solo ora che, dal non lontano 2013, la giurisprudenza di legittimità ha riconosciuto natura ontologicamente giurisdizionale all'attività dell'arbitro rituale), sancita da tutta la giurisprudenza che ha fatto seguito alla già ricordata ordinanza n. 24153/2013, fra giurisdizione privata (arbitrato rituale) e determinazione contrattuale (arbitrato irrituale).

7 Le forzature fattuali della giurisprudenza

In tal senso appare rilevante osservare che la giurisprudenza che ha fatto seguito al mutamento di rotta del 2013 ha assai spesso accondisceso ad usare una (certamente involontaria) violenza di Procuste alle clausole compromissorie di cui ha conosciuto.

Si tedierà il lettore con un raffronto testuale, ove possibile, fra le espressioni con cui le massime²⁷ delle sentenze successive al 2013 elencate in nota 1, riferiscono il contenuto del patto arbitrale da cui sono scaturite le

26 Anche Cass., 29 maggio 2000, n. 7045, decisione cardine per la tesi di chi sostiene la incompatibilità fra arbitrato irrituale e ricusazione degli arbitri, ben si guarda dall'affermare che la loro terzietà non è requisito essenziale per una legittima celebrazione dell'arbitrato irrituale, ma si limita ad acrobatismi motivi quale quello di adattare l'art. 1726 a strumento negoziale della garanzia della terzietà dell'arbitro irrituale. In senso ad essa conforme Cass. 25 giugno 2005, n. 13701; ma *contra* Trib. Lucca, 4 novembre 2008, n. 1235, in *Riv. arb.*, 2011, p. 481; Trib. Venezia, 16 marzo 2005, in *Redazione Giuffrè*, 2005.

27 Ufficiali quando si tratta di sentenze della Corte di cassazione.

controversie con ciascuna di esse decise, e il letterale tenore di tali patti arbitrari, quali riportati in motivazione.

Trib. Roma 26 gennaio 2018, n. 18855. *Massima*: «i quali si impegnano a considerare la decisione degli arbitri come espressione della loro volontà»; *clausola*: «Resta sin d'ora stabilito irrevocabilmente che le risoluzioni e determinazioni dell'arbitro vincoleranno le parti».

Cass., 2 dicembre 2015, n. 24558. *Massima*: «negozio di accertamento riconducibile alla volontà delle parti stesse, le quali si impegnano a considerare la decisione degli arbitri come espressione della loro volontà»; *clausola*: «qualunque controversia dovesse insorgere..., sarà rimessa, in quanto compatibile, al giudizio di tre arbitri amichevoli compositori... Gli arbitri giudicheranno quali amichevoli compositori, secondo equità, senza formalità di procedura con giudizio inappellabile».

Cass., 18 novembre 2015, n. 23629. *Massima*: «attraverso lo strumento negoziale, mediante una composizione amichevole o un negozio di accertamento riconducibile alla loro stessa volontà»; *clausola*: «Le parti convengono di deferire ad un Arbitro Unico che dovrà essere nominato dal Presidente della Camera di Pescara su richiesta della parte che vi abbia interesse, qualsiasi controversia dovesse sorgere tra loro per l'interpretazione e l'esecuzione del presente contratto. Le forme saranno quelle dell'arbitrato libero o irrituale ed il Lodo Arbitrale dovrà essere pronunciato nel termine di 90 giorni dalla nomina».

Cass., 30 ottobre 2014, n. 23074. *Massima*: «mediante una composizione amichevole o un negozio di accertamento riconducibile alla volontà delle parti stesse, le quali si impegnano a considerare la decisione degli arbitri come espressione della loro volontà»; *clausola* (è l'art. 44 dello Statuto della FIP - Federazione Italiana Pallacanestro): «Le Società affiliate e i tesserati si impegnano a rimettere ad un giudizio arbitrale irrituale la risoluzione di controversie tra essi insorte, che siano originate dalla loro attività sportiva od associativa e che non rientrino nella competenza normale degli Organi di Giustizia federale ovvero nella competenza del Giudice Amministrativo, ai sensi dell'art. 806 e segg. del Codice di Procedura Civile, sempre che trattasi di controversie per le quali la Legge non escluda la compromettibilità in arbitri».

Cass., 18 giugno 2014, n. 13899. *Massima*: «Il fondamento dell'arbitrato irrituale risiede nell'impegno delle parti a considerare come propria la volontà espressa dagli arbitri»; *clausola*: «qualunque controversia verrà deferita al giudizio inappellabile da pronunciarsi in via di equità e senza formalità di procedura di un arbitro amichevole compositore».

Cass., 13 maggio 2014, n. 10300. *Massima*: «ha qualificato come irrituale l'arbitrato previsto da una clausola compromissoria contenuta nello statuto di un consorzio che deferiva alla competenza di un arbitro la soluzione delle controversie fra consorziati attraverso uno strumento inappellabile e destinato a realizzare la volontà delle parti di comporre la controversia»;

clausola (riassunta dalla Corte in motivazione e non trascritta): «*deferire alla competenza di un arbitro amichevole compositore la risoluzione delle vertenze fra consorziati e fra consorziati e Consorzio attraverso uno strumento inappellabile e destinato a realizzare la volontà delle parti di comporre la controversia*».

Cass., 24 marzo 2014, n. 6830. *Massima*: «*strumento di risoluzione delle controversie imperniato sull'affidamento a terzi del compito di ricercare una composizione amichevole riconducibile alla volontà delle parti*»; *clausola*: non evincibile dalla motivazione.

Cass., 17 marzo 2014, n. 6125. *Massima*: «*strumento negoziale, riconducibile all'istituto del mandato collettivo o congiunto, mediante una composizione amichevole ovvero un negozio di accertamento riferibile alla volontà delle stesse parti, le quali si impegnano a considerare la decisione arbitrale quale espressione della loro stessa volontà*»; *clausola*: non evincibile dalla motivazione.

Cass., 31 ottobre 2013, n. 24552: *Massima*: «*affidare all'arbitro la soluzione di una controversia attraverso uno strumento strettamente negoziale - mediante una composizione amichevole o un negozio di accertamento riconducibili alla loro volontà - impegnandosi considerare la decisione degli arbitri come espressione di tale personale volontà*»; *clausola* sunteggiata in motivazione: «*decidere in via amichevole, con i più ampi poteri e senza formalità di rito*».

L'esame sin qui condotto rende evidente un sillogismo assai discutibile (alla cui confezione non pare estranea, in molti casi, l'opera dei massimatori) che potrebbe suonare come segue:

premessa maggiore: arbitrato irrituale è quello in cui le parti dichiarano che all'arbitro è affidato il compito di composizione negoziale della lite, per garantire la buona tenuta della quale le parti dichiarano, ora per allora, che la determinazione dell'arbitro sarà riconducibile direttamente alla volontà delle parti stesse che, con clausola compromissoria o compromesso, lo hanno incaricato;

premessa minore: le parti hanno scritto «arbitrato irrituale»;

conseguenza: è come se le parti avessero deciso di attribuire alla assumenda decisione, o come meglio la si voglia chiamare, la natura di loro diretta volizione compositiva della controversia.

Appare evidente che premessa maggiore e premessa minore si incrociano così in un chiasmo destinato a privare di qualsiasi fondamento la conclusione; in altri termini, appare evidente dall'esame delle fattispecie sin qui esaminate che in nessun caso (ad esclusione delle sentenze che non danno alcuna indicazione circa la clausola compromissoria in ordine alla quale la decisione della Corte regolatrice è stata resa) le parti avevano scritto nel patto arbitrale che la determinazione dell'arbitro sarebbe stata riconducibile alla loro stessa volontà.

L'argomento pare simile ad un mostruoso *Kronos* che, invece dei propri

figli, divorzi se stesso.

Che rimane (di serio) per qualificare un arbitrato come irrituale?

Talvolta la inappellabilità (che è un errore, dato che né il lodo rituale né quello irrituale sono suscettibili di appello), che però viene spesso predicata come qualità pertinente anche ai lodi rituali?

La qualifica dell'arbitro come *amiable compositeur*, che nulla significa in concreto dato che assai spesso i lodi irrituali distinguono il grano dal loglio esattamente come le decisioni giudiziarie?

La previsione che non vi saranno formalità di procedura, assai spesso ascritta anche alle clausole per arbitrato rituale, specie se provenienti da soggetti che nulla sanno dell'arte complessa del decidere ed attribuiscono all'incaricato termini ridicoli di trenta o sessanta giorni per pronunciare il lodo?

Ad avviso di chi scrive, l'unica cerniera logico-giuridica che parrebbe idonea a distinguere le due forme di arbitrato potrebbe essere rappresentata non già dal disposto dell'art. 808 *ter* del codice di rito, ma dalla previsione, immediatamente precedente, che le parti possano escludere, per l'atto che terminerà il procedimento, l'efficacia di sentenza sancita dal successivo art. 824 *bis*.

La conclusione discende, oltre che dalle già illustrate forzature giurisprudenziali, dalla difficoltà estrema della migliore dottrina di conferire stabilità sistematica all'istituto.

Consolo, in una trattazione pur istituzionale²⁸, dà conto dei diversissimi (e non poco fantasiosi) tentativi della dottrina di giustificare una via di risoluzione delle controversie non giurisdizionale, ma processualizzata. Si passa da un negozio di secondo grado già esistente, *in nuce*, nel contratto a cui inerisce la clausola compromissoria, che presupporrebbe la previsione sin da allora della controversia (di quella concreta, non meramente potenziale, s'intende) e la sua risoluzione ad opera delle parti, previa delega all'arbitro di fornire il *quomodo* di tale risoluzione; ad un negozio avente causa *ad hoc*, appunto quella di risolvere in modo non giurisdizionale i contenziosi; ad una composizione negoziale demandata, ora per allora, agli arbitri, ma riferibile (in virtù di non si comprende bene quale *transfer neurologico*) alle parti del contratto *a quo*.

La via della differenza ontologica, cara alla Corte di cassazione specie dopo il *révirement* del 2013, non pare dunque condurre a risultati sistematici di soddisfazione.

Chi scrive è convinto che l'autonomia privata si esaurisca, tanto nell'arbitrato rituale che in quello libero, nella scelta di escludere il ricorso all'autorità giudiziaria e nella contrattualizzazione della scelta dell'arbitro o quanto meno delle sue modalità: dopo di ciò, altro non vi sarà se non un

28 CONSOLO, *op. cit.*, p. 513 ss..

giudice privato che, nel rispetto del contraddittorio, deciderà la ragione o il torto.

Chiunque abbia esperienza dell'essere arbitro sa benissimo che in ambo i casi l'attività che gli viene richiesta è assolutamente uguale, e che al più egli dovrà avere l'avvertenza di sostituire, nel dispositivo, l'espressione «condanna» con la diversa «accerta la debenza» (o altra consimile).

Le previe determinazioni delle parti di considerare la decisione dell'arbitro come loro propria esistono, salvi pochi casi, nelle sentenze di legittimità e di merito (ma assai di rado nelle vicende negoziali che alle stesse hanno dato origine).

A tal punto del ragionamento potrebbe sorgere il dubbio che, quando il legislatore, nell'art. 808 *ter* c.p.c., parla di «determinazione contrattuale», faccia in realtà riferimento a quelle sole ipotesi in cui al terzo è rimessa una vera e propria opera di supplenza della volontà delle parti, quindi di individuazione di contenuti negoziali atti a definire la lite nel perseguimento dell'obbiettivo non già di determinare chi abbia, secondo diritto o equità, ragione e chi torto, ma di individuare una soluzione la più equidistante possibile dagli opposti interessi delle parti.

Se tale fosse la lettura corretta, dovremmo concludere che, ad onta della *rubrica legis* (che, come insegnato dagli scolastici, solo minimamente condiziona l'interprete in quanto *non est lex*), la norma in commento non disciplina il fenomeno tradizionalmente definito come «arbitrato irrituale», ma solo quelle determinazioni autenticamente contrattuali che le parti affidano a terzi non riuscendo a porle in essere esse stesse e che, ciò nonostante, obbediscono alla logica della comune convenienza e non già a quella della *jurisdictio*.

Ma sarebbe soluzione fallace, in quanto contraddetta dal secondo comma della disposizione.

Esso, elencando le ipotesi di invalidità del lodo, illumina sulla effettiva natura del fenomeno che la norma è destinata a disciplinare.

Non v'è dubbio, ad avviso di chi scrive, che almeno i vizi elencati *sub* 1, 4 e 5 rendono indiscutibile che la norma è destinata a regolare un fenomeno ontologicamente giurisdizionale e non già negoziale.

Li si esamini, pur nella sintesi imposta dai limiti del presente ragionamento.

Al n. 1 il Codice disegna uno scenario tipicamente giurisdizionale: il lodo è annullabile se la convenzione d'arbitrato è invalida o se gli arbitri pronunciano su «conclusioni» che esorbitano dai limiti di essa, e la relativa «eccezione» non è stata sollevata nel «procedimento» arbitrale.

Tutte le espressioni enfaticizzate sono tipiche dell'esperienza giurisdizionale, e non sono affatto, per converso, coesenziali a quella negoziale.

Non perderò tempo a dimostrare l'ovvio, e mi limiterò ad osservare come nel procedimento di formazione di un documento contrattuale - dunque, secondo la ricostruzione proposta, ispirato alla convenienza delle

parti - conclusioni ed eccezioni, al pari di procedimento, appaiono tutti concetti totalmente fuor di luogo.

I punti 4 e 5 possono essere esaminati congiuntamente, osservandosi che le regole (nel caso, dettate dalle parti) ed il contraddittorio appaiono nuovamente fenomeni interfacciati con il giudizio e non già con la ricerca della soluzione più conveniente.

Parrà sin banale rilevare come le determinazioni indiscutibilmente contrattuali che la legge prevede possano essere commesse al terzo (si pensi, *exempli gratia*, all'oggetto del contratto rimesso alla determinazione del terzo *ex art. 1349 c.c.*, ovvero al valore della partecipazione del socio recedente, *ex art. 2437 ter*, co. 6, che non a caso richiama l'art. 1349) vanno valutate in relazione a ciò che concerne il risultato delle determinazioni del detto terzo, e che pertanto non debbono essere manifestamente inique o erronee; per converso, la invalidità del lodo irrituale non trae luce dal risultato raggiunto dall'arbitro, ma dalla modalità con cui tale risultato è raggiunto.

Il *vitium in procedendo* è tipico, invero, dell'attività giurisdizionale; in campo negoziale si ha riguardo, piuttosto, al vizio che affligge il contenuto della volizione, delle parti o del terzo da queste o dalla legge incaricato.

Quali le conclusioni?

Il dato normativo è inequivocabile: il lodo irrituale è definito dalla legge come frutto di determinazione negoziale.

Ma esso è disciplinato dalla stessa legge come frutto di attività intrinsecamente giurisdizionale, come sopra definita.

Quid juris? si domanderebbe Alberto Trabucchi: meglio, come comporre il dissidio?

Ritengo sommessamente che il dato normativo paghi un tributo troppo elevato ad una tradizione che nasce dalla pratica, e che forse tale pratica ha saputo poco limpidamente ricondurre al necessario nitore dei concetti sistematici.

In realtà, ciò ch'è sotto gli occhi di tutti coloro che si interessano professionalmente d'arbitrato è che la scelta dello schema irrituale, se consai pevole²⁹, assolve unicamente ad esigenze di riservatezza, che può essere fiscale piuttosto che d'altro tipo.

Le parti, nel predisporre l'arredo pattizio che gioverà alla risoluzione delle loro controversie, non ha senso che rinuncino senza motivo ad un lodo eseguibile a favore di un pronunciamento privo di immediata efficacia esecutiva³⁰: volendo indulgere ad esempi sportivi, sarebbe facile parago-

29 Dunque, non conseguente unicamente a scenari emotivi beneauguranti per la buona esecuzione del contratto di cui si parlava in esordio.

30 Il che costituisce, secondo il molto condivisibile orientamento di MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, Padova, 2004, p. 822 ss., l'essenza unica della distinzione fra i due tipi

nare la situazione ad una competizione in cui all'arbitro fosse assentito sol di ammonire, ma non già di espellere.

Dunque, l'unica ragione per cui è plausibile che le parti destinino alla risoluzione delle loro future controversie un lodo insuscettibile di efficacia di sentenza può essere ragionevolmente (quindi, al di fuori delle ipotesi di inefficienza dei loro consulenti contrattuali) individuata nel bilanciamento di vantaggi e svantaggi conseguenti alla rinuncia ad una decisione eseguibile, e nella preferenza garantita alla riservatezza appetto della possibilità di chiedere l'*exequatur* della emananda decisione.

Di conseguenza, se la diversità d'efficacia esecutiva è – come credo – l'unico reale criterio discrezionale fra lodo rituale e lodo irrituale, appare evidente che ogni altra distinzione, di carattere ontologico e riflettentesi sul procedimento, è priva di qualsivoglia giustificazione sistematica, pur godendo del non trascurabile favore del legislatore.

E qui si potrebbe ritenere concluso il ragionamento, condivisibile o non che esso sia.

8 Un tackle normativo

Ma il legislatore, con un *coup de théâtre* risalente ormai al 2010, ha introdotto coll'art. 412 *quater* c.p.c. un ircocervo perfettamente idoneo a vanificare, con una sola cornata, tutto quanto sin qui si è detto.

Faccio riferimento all'arbitrato facoltativo per le controversie di lavoro.

Esso fu introdotto dall'art. 31 del d.lgs. n. 80/1998: e in quella sede il legislatore pudicamente (*omnis definitio in jure periculosa*, si rammentava più sopra) aveva taciuto sulla sua natura – rituale o libera – pur lasciando sul terreno della sua concreta disciplina più elementi che consentivano di orientarsi per la soluzione rituale³¹.

Poi, nel 2010, l'arbitrato dell'art. 412 *quater* diventa irrituale, *tout court*, per *rescriptum principis*.

Ma chi legga la norma non potrà che essere colto dallo sconcerto confrontando tale definizione normativa con la concreta disciplina di quell'istituto.

In sintesi:

- a. nessuna particolarità nei contenuti dell'accordo arbitrale: l'istituto è graziosamente offerto dal sistema, quindi basta servirsene senza

di arbitrato.

³¹ Si fa riferimento, in particolare, alla competenza per l'impugnazione (così espressamente definita dall'art. 412 *quater* vigente dal 1998 al 2010), attribuita alla Corte d'appello in conformità alle previsioni dell'art. 828 c.p.c.; per l'arbitrato irrituale di diritto comune l'art. 808 *ter* del codice di rito prevede l'annullabilità (e non l'impugnazione) ad opera del giudice competente, quindi del tribunale o del giudice di pace.

- necessità di dichiarare che l'emanando lodo sarà riferibile alla volontà delle parti o usare altre formule a cui la giurisprudenza ancori la qualificabilità dell'arbitrato come libero, salvo poi disinteressarsi se nelle cause così decise effettivamente le parti avessero fatto uso di esse;
- b. la legge processualizza in modo estremo lo scambio degli atti introduttivi, addirittura prevedendo per la parte convenuta l'onere di patrocinio tecnico (che non è necessario neppure nell'arbitrato rituale, tanto meno in quello libero);
 - c. all'esito dell'impugnazione (per essa almeno è richiamato l'art. 808 *ter* c.p.c.³²), o in caso in cui essa non abbia luogo, il lodo deve essere depositato presso la cancelleria ed ivi, su istanza della parte interessata, sarà dichiarato esecutivo. Tale ultima previsione merita la chiosa per cui, se è vero che già nel rito del lavoro, e ora nel procedimento di mediazione, l'accordo conciliativo assume la funzione di titolo esecutivo, è però vero che dopo la riforma del 1994 neppure il lodo rituale è più oggetto di deposito obbligatorio presso la cancelleria.

In estrema sintesi, dunque, il riformatore dell'art. 412 *quater* qualifica come irrituale un lodo altamente processualizzato, in cui una parte necessita di difensore tecnico e che termina con un provvedimento suscettibile di *exequatur* e a deposito obbligato, come s'usava al tempo dei nostri padri.

9 In conclusione

Il legislatore, titolare costituzionale del potere da cui scaturisce il primo formante del diritto, gioca con i termini e con la disciplina dell'istituto rendendone impossibile, ad avviso di chi scrive, una soddisfacente ricostruzione sistematica.

Ciò conferma, in ultima analisi, la bontà dell'intuizione di Consolo quando definisce l'arbitrato irrituale «un morto che cammina»: non però nel significato di istituto obsoleto, del quale sempre meno si faccia uso nella pratica, ma piuttosto di organismo mostruoso, caratterizzato da una tale contraddittorietà di disciplina e di logiche ricostruttive da renderlo non meritevole di vita specchiata.

Chi scrive, da giovanissimo studente universitario, interrogò un professore tedesco sulle peculiarità dell'istituto della separazione coniugale nel suo Paese. La risposta fu: «amico mio, da noi o si è coniugati o si è

³² Ma il legislatore dell'art. 412 *quater* parla di «*impugnazione ai sensi dell'art. 808 ter*», quando invece tale ultima norma - assai più coerentemente - non disciplina affatto l'impugnazione del lodo irrituale, bensì il suo annullamento.

divorziati».

Forse l'accattivante nitore concettuale teutonico potrebbe essere riutilizzato, affermando che o l'arbitrato dà origine a una decisione eseguibile (e allora, con buona pace dell'autore dell'art. 412 *quater* c.p.c., esso va qualificato rituale), o arbitrato non è: e ciò, oltre a risolvere i problemi sistematici con cui ci si è sin qui intrattenuti, agevolerebbe assai i rapporti fra arbitrato italiano e arbitrato internazionale, nel cui ambito l'istituto irrituale è ignoto.

Ora però l'auspicato colpo di spugna non potrebbe che competere al legislatore, data la sua (tardiva) opzione in ordine all'esistenza e alla disciplina del c.d. arbitrato libero.

