

## Riflessioni sulla natura dell'arbitrato irrituale

SOMMARIO: 1. Vecchia storia di un istituto. — 2. Le teorie negozialiste. — 3. Arbitrato irrituale e processo. — 4. Il nuovo art. 808-ter: qualcosa è cambiato? — 4.1. — Lettura negozialista della norma. — 4.2. — Lettura processualista della norma. — 5. Coesistenza di due anime.

1. — Il tema dell'arbitrato irrituale è da sempre al centro di dibattiti dottrinali e giurisprudenziali circa la sua natura ed il rapporto con l'omologo rituale, ed è tornato di grande attualità in seguito all'introduzione nell'impianto codicistico di una norma, l'art. 808-ter, ad esso dedicata, che lo disciplina e ne costituisce un primo fondamento normativo<sup>1</sup>.

L'istituto<sup>2</sup> di cui ci occupiamo affonda le sue radici in tempi lontani, sotto il vigore del codice del 1865, ed è fenomeno che nasce

---

<sup>1</sup> In realtà altre norme nel tempo vi hanno fatto riferimento: si pensi all'art. 619 cod. nav., all'art. 7 della l. 15 luglio 1966, n. 604, o all'art. 5 della l. 11 agosto 1973, n. 533 di riforma del rito del lavoro, agli artt. 412-ter e quater c.p.c. ed al richiamo contenuto nell'art. 35 del d. lgs. 5 del 2003 di disciplina del rito societario. Ora, poi, particolare attenzione merita la nuova disciplina del c.d. « collegato lavoro ».

<sup>2</sup> Tipico dell'esperienza italiana, cfr., però, l'indagine comparatistica di MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale. Profili comparatistici e processuali*, Torino, 2002, p. 5 e p. 30 ss. che rivisita la *communis opinio* secondo cui il fenomeno dell'arbitrato irrituale sarebbe un'esclusiva del nostro ordinamento. L'a. ritiene che le esperienze straniere conoscano fenomeni — seppure altrimenti denominati — volti alla composizione delle controversie in via stragiudiziale ed in alternativa all'arbitrato codicistico, rimanendo sul piano prettamente negoziale. In particolare analizza quanto accade in Germania, Austria, Svizzera, ma anche in Francia, Belgio, Olanda, come negli ordinamenti di *common law*, ove rivolge la sua attenzione alle figure della *valuation* o *appraisal* (negli USA) e della *certification*. In argomento si v. anche VERDE, *Ancora sull'arbitrato irrituale*, in *Riv. arb.*, 1992, p. 431 e richiami ivi contenuti; ALPA, *La dualità dell'arbitrato in diritto comparato*, in *Riv. arb.*, 1991, p. 655 ss.

nella prassi<sup>3</sup>, soprattutto commerciale, ma ben presto trova grande diffusione e si guadagna gli onori di un fervido dibattito giuridico<sup>4</sup>.

È strumento di risoluzione convenzionale delle liti, che si colloca interamente nella sfera negoziale ed a cui si riconosce legittimazione in nome della libertà contrattuale<sup>5</sup>. La sua fortuna va — almeno in origine — ricercata prevalentemente in ragioni fiscali<sup>6</sup> e di maggiore riservatezza, dal momento che la determinazione finale, a differenza di quanto accadeva per l'arbitrato rituale, non doveva essere sottoposta ad alcun controllo statale, né poteva essere depositata presso la cancelleria

---

<sup>3</sup> A partire dalla seconda metà dell'Ottocento, nell'ambito dei rapporti di lavoro, ma in special modo nel mondo del commercio; dapprima nella forma del cosiddetto «biancosegno», la pratica secondo cui le parti consegnano ai soggetti, designati quali giudici privati, un foglio firmato in bianco, destinato ad essere riempito con la soluzione della controversia, in modo che la determinazione sembri direttamente stabilita dai firmatari.

<sup>4</sup> Cfr. RICCI F., *Commento al codice di procedura civile italiano*, I, Firenze, 1886, p. 40, il quale si poneva la questione dell'efficacia da attribuirsi ad un lodo depositato, previo accordo dei contraenti, presso un notaio anziché nella cancelleria del pretore, e giungeva a ritenerlo « una convenzione privata dai contraenti accettata », non potendo essere considerata sentenza arbitrale alla stregua dei dettami codicistici. Per un'indagine storica sull'arbitrato irrituale e per i primi riconoscimenti dell'istituto si v. anche VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Napoli, 1954, p. 76 s.; COLLURA, *Contributo allo studio dell'arbitrato libero in Italia*, Milano, 1978, *passim*, spec. p. 61 ss. e p. 91 ss.; CALAMANDREI, *Le giurisdizioni di equità*, in *Arch. giur.*, 1921, p. 252 ss. e MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, III, Milano, 1910, p. 37 ss. e p. 176 ss.; BONFANTE, *Dei compromessi e dei 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.

<sup>5</sup> Problematica, quella della libertà contrattuale, che si ripropone con tutta la sua forza anche in seguito all'inserimento dell'art. 808-ter nell'impianto codicistico: non è dato sapere se quello « ritualizzato » costituisca l'unico modello possibile di arbitrato libero, o se l'autonomia privata sia ancor oggi fatta salva. Possibilità che non ci sentiamo di escludere, v. *infra* n. 5.

<sup>6</sup> Riguardo ai profili fiscali dell'arbitrato si v. TINELLI, *Profili tributari dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1993, p. 30 ss.; DE FALCO, *Arbitrato rituale ed irrituale. Problemi civilistici connessi al trattamento fiscale*, in *Fisco*, 1987, p. 1605 ss.; FILIPPI, *Profili fiscali dell'arbitrato*, in *Arbitrato*<sup>2</sup>, a cura di Carpi, Bologna, 2007, p. 907 ss.; TESAURO, VOZZA, *Tassazione delle fonti dell'arbitrato, degli atti del procedimento arbitrale e, in particolare, del lodo e degli atti relativi alla sua esecuzione*, in *Codice degli arbitrati, delle conciliazioni e di altre a.d.r.*, a cura di Buonfrate e Giovannucci Orlandi, Torino, 2006, p. 597 ss. Sull'argomento cfr. anche VASETTI, voce *Arbitrato irrituale*, in *Noviss. dig. it.*, I, 2, Torino, 1957, p. 848; CALAMANDREI, *Il processo civile sotto l'incubo fiscale*, in *Riv. dir. proc.*, 1931, p. 56 ss.; ID, *Studi sul processo civile*, Padova, 1934, III, p. 82 ss.; CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, 1936, I, p. 557. In giurisprudenza Cass., 24 gennaio 1981, n. 544, in *Rass. trib.*, 1981, II, p. 205; Cass., 7 maggio 1975, n. 1761, in *Riv. leg. fisc.*, 1975, p. 2245 sulla responsabilità solidale degli arbitri, in quanto mandatari delle parti, per il pagamento dell'imposta di registro.

del pretore. È efficace risposta che i pratici del diritto si sono dati per ovviare alle lungaggini ed al malfunzionamento della giustizia ordinaria e a vincoli ed inconvenienti che gravavano sull'arbitrato rituale<sup>7</sup>: volto alla soluzione di una controversia<sup>8</sup> ad opera di uno o più terzi designati dalle parti, l'arbitrato libero non segue le regole procedurali imposte dal codice di rito, e termina con una pronuncia che non può essere dotata di efficacia esecutiva, e non può dare luogo alla cosa giudicata<sup>9</sup>.

Dottrina e giurisprudenza, sollecitate dal panorama esistente nella prassi, si sono trovate di fronte al problema di esprimersi in merito all'ammissibilità di un fenomeno identificato col nome di arbitrato, che non seguiva, però, le regole procedurali stabilite per ottenere una decisione vincolante, ma in deroga alla giurisdizione ordinaria. Nel silenzio del legislatore hanno tentato, così, di inquadrare sistematicamente l'istituto<sup>10</sup>, anche in ragione del riconoscimento espresso da parte della giurisprudenza, con la nota sentenza della Corte di cassazione di Torino del 1904, che legittima l'arbitrato libero in nome della autonomia privata<sup>11</sup>. Nell'argomentazione della Corte, se il codice di rito si occupa della soluzione giurisdizionale delle liti — ad opera del giudice o dell'arbitro rituale — la composizione amichevole delle stesse è lasciata nella libera disponibilità dei privati, che possono scegliere di

---

<sup>7</sup> Oppresso da una formalità che si trasformava in formalismo, sottoposto a rigidi controlli ed a spese maggiori di quelle del processo ordinario, l'arbitrato rituale si trovava ad avere, per certi versi, più svantaggi dello strumento del processo ordinario, che le parti volevano evitare. Cfr. CARNELUTTI, *Per una riforma dell'arbitrato*, in *Riv. dir. comm.*, 1923, I, p. 56; ID, *Studi di diritto processuale*, Padova, 1925, I, p. 75 ss.

<sup>8</sup> Anche se vedremo *infra* n. 2 come alcune ricostruzioni lo riducano da vero e proprio contrasto sulle opposte pretese, a mero conflitto di interessi nell'ambito di una controversia economica.

<sup>9</sup> Non possiamo qui affrontare il tema dell'efficacia del lodo rituale che l'ultima riforma equipara espressamente alla sentenza del giudice, senza effettuare, però, alcun chiaro riferimento alla cosa giudicata; si pensi all'art. 829, comma 1°, n. 8 c.p.c. che distingue tra lodo non più impugnabile e sentenza passata in giudicato. Sembra che il legislatore non abbia voluto prendere espressa posizione sul punto ed abbia lasciato la soluzione dell'annosa questione nelle mani degli interpreti.

<sup>10</sup> Isolate restano le posizioni di chi (SRAFFA, *Compromessi e lodi stabiliti tra industriali senza le forme dei giudizi*, in *Riv. dir. comm.*, 1907, I, p. 429 ss.) nega legittimazione all'arbitrato irrituale ragionando sull'istituto applicato alla rappresentanza: il rappresentante non potrebbe avere poteri più ampi del rappresentato, che non è in grado di risolvere da sé una controversia.

<sup>11</sup> Cass. Torino, 27 dicembre 1904, in *Riv. dir. comm.*, 1905, II, p. 45 ss. parla di «autonomia che si esprime nelle private convenzioni». Da stabilire è, però, se la Corte con il suo ragionamento si sia riferisca ad un vero e proprio arbitrato, o piuttosto ad un completamento negoziale, ad un arbitraggio. Secondo CARNELUTTI, *Arbitrato estero*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, I, p. 396, la pronuncia non alluderebbe ad un compromesso vero e proprio, ma piuttosto ad una semplice convenzione.

pervenire al risultato auspicato anche per mezzo di terze persone di comune fiducia, obbligandosi preventivamente a ritenere come propria — quale frutto di un accordo diretto tra loro — la determinazione da queste stabilita.

2. — Si inizia, così, ad interrogarsi sulla compatibilità di una decisione privata con il dogma del monopolio statale della giurisdizione<sup>12</sup> e sull'accezione da attribuire a tale ultimo concetto. Tanto che la dottrina giunge a limitarlo non al momento logico della decisione, ma alla possibilità di renderla esecutiva<sup>13</sup>. L'ordinamento vuole, infatti, evitare l'autotutela dei singoli che sfoci in invasione degli spazi altrui, ma non la composizione privata e stragiudiziale delle controversie, che, anzi, è vista con favore.

Per legittimare l'esistenza dell'arbitrato irrituale si valorizza la distinzione tra arbitrato rituale ed irrituale focalizzandosi sull'efficacia di cui è propria la pronuncia: forza di sentenza da un lato e di contratto dall'altro<sup>14</sup>. Da qui trae origine il dualismo tra contrattualità e giurisdizionalità dei due arbitrati.

Ma le prime ricostruzioni del fenomeno spostano l'attenzione dall'efficacia del lodo e, riconducendo l'istituto nell'ambito dell'art. 1349 c.c., valorizzano la distinzione tra *arbiter* ed *arbitrator* sulla base

---

<sup>12</sup> SANTORO-PASSARELLI, *L'accertamento negoziale e la transazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ. dir. e proc. civ.*, 1956, p. 1 ss.; SRAFFA, *Compromessi e lodi stabiliti tra industriali senza le forme dei giudizi*, cit., ritengono che l'attività giurisdizionale, quale esercizio di *ius dicere*, sia riservata allo Stato ed agli arbitri rituali, il cui giudizio è legislativamente ammesso e tipizzato.

<sup>13</sup> La giurisdizione nella sua più ampia accezione è « giustizia munita della bilancia e della spada » (efficace espressione di BONFANTE, *op. loc. cit.*): il giudizio è dotato del carattere dell'imperatività, mentre la sentenza anche della esecutorietà. Si verrebbe, altrimenti, a negare qualsiasi legittimazione all'arbitrato libero propriamente inteso. Cfr. SCIALOJA, *Gli arbitrati liberi*, in *Riv. dir. comm.*, 1922, I, p. 496 ss.; SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, 1969. Più di recente FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, 1997; ID, *La distinzione fra arbitrato rituale ed irrituale: qualcosa si muove?*, in *Riv. arb.*, 1999, p. 256 ss.; ID, *Processo di arbitrato libero*, in *Riv. arb.*, 1993, p. 51 ss.; ID, *Impugnazione del giudizio di fatto dell'arbitro*, in *Riv. arb.*, 1999, p. 1 ss.; ID, *I processi arbitrali nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, p. 459 ss. ove rileva come sia legislativamente ammesso (artt. 806 ss. c.p.c.) il giudizio del terzo nell'ambito dell'autonomia privata; BIN, *Il compromesso e la clausola compromissoria in arbitrato irrituale*, in questa rivista, 1991, p. 373 ss. In giurisprudenza cfr. tra le tante Cass., 16 febbraio 1970, n. 366, in *Mass. Giust. civ.*, 1970, p. 203.

<sup>14</sup> BONFANTE, *op. loc. cit.*, giustifica che l'arbitrato irrituale sia dotato di minori garanzie proprio in ragione del fatto che non verrà mai inglobato nella giurisdizione statale e non potrà assumere valore di cosa giudicata.

della natura del contrasto<sup>15</sup>: lite da un lato e mero conflitto di interessi dall'altro. Con l'arbitrato libero le parti non aspirerebbero all'attuazione del diritto obiettivo, ma alla composizione del conflitto mediante la creazione di un nuovo rapporto. Le due figure di arbitrato sarebbero unite dal giudizio, ma divise dalla natura della controversia da dirimere.

Impostazione criticata da chi<sup>16</sup> ritiene che all'arbitrato libero ed a quello rituale siano affidati compiti differenti: l'*arbitrator* non giudica sulla lite, ma determina un elemento del negozio già concluso dalle parti.

Altra dottrina<sup>17</sup> elabora, invece, una ricostruzione basata sulla distinzione del mezzo di composizione della lite e legittima l'arbitrato irrituale sostenendo che gli arbitri facciano esercizio di giurisdizione solo nel momento in cui giudicano secondo diritto e non anche quando decidono in base all'equità: la linea di confine viene ravvisata nel giudizio di diritto da un lato e giudizio secondo equità<sup>18</sup> dall'altro, sostenendo, poi, che vi sia una coincidenza tra arbitrato libero e tale metodo di giudizio.

È, a questo punto, chiaro come le prime ricostruzioni dell'arbitrato irrituale, nel tentativo di conferire allo stesso legittimazione ed un inquadramento sistematico, lo giustificano alla luce dell'istituto dell'arbitraggio, seppure con differenti sfumature.

Si fa strada nella dottrina un'idea di arbitrato libero quale arbitraggio applicato al negozio di accertamento<sup>19</sup>, la cui esistenza nel

---

<sup>15</sup> In tal senso CARNELUTTI, *Arbitrato estero*, cit.; ID, *Arbitri e arbitratori*, cit.

<sup>16</sup> SCADUTO, *Gli arbitratori nel diritto privato*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo*, XI, Cortona, 1923, p. 89 ss.

<sup>17</sup> SCIALOJA, *Gli arbitrati liberi*, cit.

<sup>18</sup> Ma non possiamo esimerci dal rilevare che anche i giudici statali possono, e sovente debbono, decidere secondo equità, sì che non si può ridurre il fenomeno dell'equità esclusivamente al campo privatistico.

<sup>19</sup> Cfr. ASCARELLI, *Arbitri ed arbitratori*, in *Riv. dir. proc.*, 1929, p. 308 ss. L'a. inizia il suo ragionamento analizzando la teoria riconducibile allo SCADUTO, *Gli arbitratori*, cit., ma pur accogliendone le premesse giunge a conclusioni difformi. Lo Scaduto ritiene, infatti, che l'attività dell'arbitratore si concluda con una dichiarazione di scienza e non di volontà, sì che la eventuale sentenza d'impugnazione sarebbe di mero accertamento e non determinativa. L'a. fa leva sul fatto che l'agire dell'arbitratore, quando è *arbitrium boni viri*, è vincolato e deve conformarsi alle regole del *bonus vir*, per trarre la conclusione che la pronuncia dell'arbitrato libero — come dell'arbitratore — sia meramente dichiarativa e non volitiva, sulla base del sillogismo tra attività vincolata e controllabile e determinazione meramente dichiarativa. ASCARELLI, *op. cit.*, p. 313 s., rileva però, come la teoria appena esposta sia criticabile e non sia esaustiva, limitandosi ad analizzare l'ipotesi dell'*arbitrium boni viri* e trascurando il fatto che anche nell'*arbitrium merum* la pronuncia vale direttamente tra le parti quale espressione della propria volontà. L'a. critica, inoltre, l'assunto di base secondo cui da un'attività vincolata non potrebbe che discendere una determinazione meramente

nostro ordinamento era in principio avversata, ma a cui si vuole dare giustificazione sulla base dell'assunto che se i privati possono regolare i propri rapporti, allo stesso modo devono poterli accertare e, si intende, dare mandato a terzi affinché li accertino in loro vece. È proprio in forza di tali poteri delegati agli arbitratori dalle parti, che la dichiarazione di volontà dei terzi vale immediatamente nei confronti dei soggetti del rapporto sostanziale, come se fosse dagli stessi direttamente effettuata<sup>20</sup>.

Parte della dottrina nega, però, l'esistenza nel nostro ordinamento del negozio di accertamento<sup>21</sup>, sì che per legittimare l'arbitrato irrituale fa ricorso ad altra operazione esegetica. Errato sarebbe riferirsi all'arbitrio del terzo quale elemento di definizione della volontà privata, l'attività del terzo non ha mai contenuto volitivo, ma semplicemente logico, sì che la determinazione dell'arbitratore è considerata atto di scienza e non di volontà. Si ritiene che unico modo per inquadrare sistematicamente l'istituto sia vederlo come un arbitraggio applicato alla transazione<sup>22</sup>. L'arbitrato libero sarebbe una "sottospecie" dell'istituto dell'arbitraggio, compiuto in funzione ed in vista di una transazione, volta a dirimere la controversia relativa ad un rapporto negoziale intercorso tra le parti, mediante l'*aliquid datum aliquid retentum*. L'arbitro riceverebbe, quindi,

---

dichiarativa. Ritiene, infatti, che l'attività del terzo, pur essendo vincolata, sia comunque costitutiva e ribadisce che nel nostro ordinamento vi siano numerosi esempi in grado di avvalorare la propria affermazione: si pensi all'attività amministrativa o alla rappresentanza con finalità predeterminate.

<sup>20</sup> Esclude si tratti di rappresentanza in senso tecnico, in quanto gli arbitratori pronunciano in nome proprio e non in nome delle parti.

Gli effetti della pronuncia sono destinati a ripercuotersi direttamente sulle parti del rapporto sostanziale, infatti, per quanto riguarda il regime impugnatorio, bisognerà, secondo questa dottrina, porre mente alla capacità dei firmatari dell'accordo, essendo richiesta in capo agli arbitratori la sola capacità naturale; per ciò che riguarda, invece, i vizi della stessa bisogna far riferimento alla volontà dei terzi, in quanto si tratta di determinazione costitutiva e non meramente dichiarativa.

<sup>21</sup> Critici nei confronti di tale impostazione sono tra molti, SATTA, *op. cit.*, p. 176 ss. e FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, Firenze, 1948, p. 195 ss.

<sup>22</sup> FURNO, *Appunti in tema di arbitrato e di arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, p. 157 ss., spec. p. 165, riconosce in PARENZO, *Il problema dell'arbitrato improprio*, in *Riv. dir. proc.*, 1929, p. 130 ss., il precursore di questa elaborazione dottrinale, anche se sottolinea come in tempi più remoti la questione fosse affrontata dalla dottrina francese; cfr. anche MINOZZI, *Il foglio in bianco come accettazione anticipata nei giudizi arbitrali*, in *Arch. giur.*, 1903, p. 60 ss. Già ROCCO, *La sentenza civile*, Torino, 1906, p. 47 ss. ritiene che il compromesso sia in sostanza una transazione i cui termini non sono determinati direttamente dalle parti in lite, ma rimesse alla determinazione di un terzo.

mandato dalle parti di decidere la controversia mediante le reciproche concessioni<sup>23</sup>.

Da altri si rileva, invece, come il negozio di secondo grado non debba assumere necessariamente i caratteri della transazione, mancando spesso nell'arbitrato irrituale le reciproche concessioni<sup>24</sup>, ben potendo inquadrarsi più in generale in un negozio dispositivo di diritto privato — di autocomposizione della lite — che viene ricondotto alla figura del negozio *per relationem*<sup>25</sup>.

3. — Le riforme del 1983 prima e del 1994 poi, hanno modificato lo scenario in cui l'arbitrato irrituale aveva avuto i suoi natali, eliminando gli inconvenienti della disciplina codicistica, tanto che parte della dottrina sostiene che l'arbitrato libero non abbia più ragione di esistere<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> Secondo la dottrina più rigorosa l'arbitratore della transazione deve determinare le reciproche concessioni e non potrà accogliere o rigettare *in toto* le richieste delle parti, tanto che la soluzione negoziale è ritenuta frutto di un giudizio, ma non giudizio essa stessa; da questo discende la non necessarietà, se non l'irrelevanza, della motivazione del lodo. Nell'occuparsi della differenza tra arbitrato irrituale e arbitrato di un amichevole compositore, secondo tale orientamento, si deve porre mente alla volontà delle parti: se queste abbiano inteso rinunciare alle proprie pretese dietro corrispettivo o piuttosto abbiano creduto di dare vita ad un vero e proprio giudizio svincolato dalle prescrizioni codicistiche, al fine di veder determinati il torto e la ragione.

<sup>24</sup> In tal senso BIAMONTI, *op. loc. cit.*; SANTORO PASSARELLI, *Negozio e giudizio*, cit.

<sup>25</sup> Sull'argomento *funditus* MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale. Profili comparatistici e processuali*, Torino, 2002, passim, spec. p. 104 ss., che si richiama all'art. 1349 c.c.

<sup>26</sup> PUNZI, voce *Arbitrato rituale e irrituale*, in *Enc. giur. Treccani*, II, Roma, 1988, p. 1 ss.; ID, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2000, p. 77 ss.; WALTHER, *L'arbitrato irrituale: osservazioni di uno straniero*, in *Problemi attuali dell'arbitrato. L'arbitrato irrituale*, a cura di Quadri, Napoli, 1994, p. 11 ss., si chiede se un lodo irrituale sia da considerarsi *arbitral award* ai sensi della conv. di New York e — rilevato il dissenso della Corte federale tedesca — sostiene che questo non abbia più ragione di esistere, salvo addurre a contrario solo motivi di tradizione; la scomparsa di tale istituto sarebbe foriera di una maggiore certezza giuridica a livello interno ed internazionale. Nello stesso senso FAZZALARI, *I processi arbitrali nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, p. 459 ss.; CECHELLA, *Arbitrato libero e processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1987, p. 881 ss.; ID, *L'arbitrato*, Torino, 2005, passim; RASCIO, *Clausola compromissoria e poteri transattivi degli arbitri*, in *Problemi attuali dell'arbitrato. L'arbitrato irrituale*, a cura di Quadri, Napoli, 1994, p. 63 ss. *Contra* VERDE, *Ancora sull'arbitrato irrituale*, *Problemi attuali dell'arbitrato. L'arbitrato irrituale*, a cura di Quadri, Napoli, 1994, p. 81 ss.; LA CHINA, *L'arbitrato: il sistema e l'esperienza*<sup>2</sup>, Milano, 2004, p. 7 ss.; RECCHIA, *Arbitrato irrituale*, in *Noviss. Dig. it., appendice*, I, Torino, 1980, p. 366; RESCIGNO, *Arbitrato e autonomia contrattuale*, in *Riv. arb.*, 1991, p. 13 ss.; MONTELEONE, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro — ovvero — esiste ancora l'arbitrato irrituale?*, in questa rivista, 2001, p. 43 ss.; ID, *Diritto processuale civile*, Padova, 2004, p. 818 ss. In particolare viene valorizzata la

Si propugna, così, una *reductio ad unum* dell'istituto arbitrale, quale mezzo di eterocomposizione della lite. Si valorizza l'identità di struttura e funzione tra le due forme di arbitrato, volte entrambe alla risoluzione della controversia tramite un giudizio, all'esito di un procedimento, nel rispetto del principio del contraddittorio: «l'arbitrato è processo o non è»<sup>27</sup>, si afferma. Si supera l'idea che la categoria della processualità sia esclusiva della giurisdizione statale, sì che l'arbitrato irrituale esce dagli schemi negoziali puri e tende alla processualizzazione<sup>28</sup>.

Secondo questa impostazione l'arbitro libero non dispone del diritto, non completa *per relationem* uno schema contrattuale, ma — come quello rituale — giudica e decide la controversia; ciascuna parte aspira alla soluzione più giusta, non intende concedere niente né transigere. Presupposto di ogni forma di arbitrato è l'esistenza della *res litigiosa*; ciò che lo caratterizza rispetto agli altri equivalenti giurisdizionali<sup>29</sup>, è la capacità di *dicere ius*<sup>30</sup>.

---

svolta negoziale in tema di natura dell'arbitrato rituale, compiuta ad opera della nota Cass., sez. un., 3 agosto 2000, n. 527 (in *Corr. giur.*, 2001, p. 51 ss., con nota di RUFFINI), e sottolineato come l'esistenza di un lodo codicistico che non sia sentenza processualizzi la specie libera. Di diverso avviso SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, 1969, *passim*; ID, *Meditazioni sull'arbitrato*, in *Quaderni del diritto e del processo civile*, Padova, 1970, p. 3 ss.; ID, *Note sull'arbitrato libero*, in *Rass. arb.*, 1974, p. 1 ss., riconduce ad unità l'istituto arbitrale, ma nell'ambito di una concezione strettamente contrattuale, riferendosi all'arbitraggio e trascurandone il carattere processuale; nella seconda parte del suo pensiero (ID, *Diritto processuale civile*<sup>10</sup>, Padova, 1987, p. 870, ss.) l'a. differenzia, però, l'istituto dall'arbitramento, ritiene che gli arbitri irrituali decidano controversie e rinviene nella forma libera un'ipotesi di arbitrato vero e proprio.

<sup>27</sup> FAZZALARI, *I processi*, cit., p. 464 ss.

<sup>28</sup> Così anche CARPI, *Il procedimento*, cit., p. 394 ss. Già CARNACINI, *Le controversie di lavoro e l'arbitrato irrituale come procedimento*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, p. 629 ss., pur riconducendo l'arbitrato irrituale interamente nell'ambito del diritto privato, ne sottolinea l'aspetto processualistico, valorizzando l'elemento del procedimento e dell'esercizio del diritto di difesa; COLLURA, *Contributo allo studio dell'arbitrato libero in Italia*, Milano, 1978, *passim*; TARZIA, *Efficacia del lodo e impugnazioni nell'impugnazioni nell'arbitrato rituale e irrituale*, in *Riv. dir. proc.*, 1987, p. 14 ss.; ID, *Nullità e annullamento del lodo arbitrale irrituale*, in questa rivista, 1991, p. 451 ss.; RICCI E. F., *Sul contraddittorio nell'arbitrato irrituale*, in *Rass. arb.*, 1987, p. 13 ss.; RUFFINI, *Sulla distinzione tra arbitrato «rituale» ed «irrituale»*, in *Riv. arb.*, 2002, p. 750; BIN, *op. loc. citt.*; CARBONE, *L'arbitrato verso una nuova riforma*, in *Problemi attuali dell'arbitrato. L'arbitrato irrituale*, a cura di Quadri, Napoli, 1994, p. 31 ss.; BARONE, *Considerazioni sul procedimento arbitrale e sugli aspetti processuali dell'arbitrato irrituale*, in *I processi speciali (studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi)*, Napoli, 1979, p. 55 ss.; PAGANO, *op. loc. citt.*

<sup>29</sup> Categoria carneluttiana.

<sup>30</sup> Efficace l'espressione di MONTESANO, *Aspetti problematici nella giurisprudenza della cassazione sugli arbitrati liberi*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, p. 1 ss.; ID, *Aspetti*

Se le parti conferiscono il potere di disporre del diritto e non di giudicare, siamo fuori dall'ambito dell'arbitrato vero e proprio. Nell'arbitrato irrituale, come in quello codicistico, il lodo ottenuto all'esito di un processo, nel rispetto delle garanzie indefettibili, accerta la situazione giuridica controversa<sup>31</sup>, è fatto giuridico<sup>32</sup> e non atto di volontà. Corollari ulteriori di tale impostazione sono la natura processuale del patto compromissorio<sup>33</sup> e la riconduzione del rapporto parti-arbitri non alla disciplina del mandato, ma piuttosto alla prestazione d'opera intellettuale: il terzo è giudice, non agisce in nome e per conto delle parti, né nell'interesse di una di queste. L'arbitrato irrituale è mezzo di attuazione di giustizia, alla stregua di quello codicistico, sì che in esso devono essere rispettati i principi di ordine pubblico sostanziale e processuale e le garanzie del giusto processo.

Nell'ottica di questa visione unitaria dell'istituto, parte della dottrina ritiene che la disciplina codicistica possa essere estesa alla forma irrituale, nei limiti stabiliti dalla giurisprudenza<sup>34</sup>. È in questo senso che si ravvisa nel titolo VIII del c.p.c. il « generale modello normativo » di ogni forma di arbitrato; unificazione del procedimento arbitrale, nella sua struttura e disciplina, che deve avvenire sul piano del processo e non del contratto, quale espressione di mezzo alternativo di risoluzione delle controversie e non composizione negoziale di contrapposti interessi.

Controversia, processo, giudizio sono elementi imprescindibili dell'arbitrato propriamente inteso, da cui discendono l'esigenza di motivazione del *dictum* ed il necessario rispetto del principio del contraddittorio.

---

*problematici dell'arbitrato irrituale dopo la riforma del 1983*, in questa rivista, 1991, p. 441 ss., secondo cui si chiede «non di negoziare, ma di giudicare».

<sup>31</sup> CARPI, in *Arbitrato*, cit., p. 75 ss.; ID, *Il procedimento*, cit., p. 394, rileva come la dizione « giusta composizione » cui si riferisce la Cass., 3 maggio 1984, n. 2680, in *Foro it.*, 1984, I, c. 1836 ss., implichi l'attribuzione di diritti e richiami l'idea di decisione in un processo, e non di transazione.

<sup>32</sup> DE NOVA, *Disciplina legale dell'arbitrato e autonomia privata*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 423 ss.; FAZZALARI, *Arbitrato (teoria generale)*, cit., p. 400 ss.; ID, *I processi*, cit., p. 468 ss., vede nel *dictum* un mero atto intellettuale e non una disposizione negoziale.

<sup>33</sup> Cfr. CECHELLA, *L'arbitrato*, cit. p. 23 ss.; BIN, *Il compromesso e la clausola compromissoria in arbitrato irrituale*, in questa rivista, 1991, p. 373 ss., il quale sottolinea come il patto compromissorio irrituale sia contratto atipico.

<sup>34</sup> In tal senso CARPI, *Il procedimento*, cit. p. 392 ss. Cfr. la giurisprudenza che si pronuncia sull'estensione, degli artt. 810, 814: in senso favorevole Cass., sez. un., 3 luglio 1989, n. 3189, con nota di CARBONE, in *Corr. giur.*, 1989, p. 1179 ss.; Cass., 16 novembre 2000, n. 14860, in *Mass. Giur. it.*, 2000, c. 1324; la suprema Corte nega, invece, frequentemente l'applicabilità all'arbitrato irrituale dell'art. 815 c.p.c.

Concordando con la ricostruzione del fenomeno in chiave processualista, non riteniamo, però, che non vi sia più alcuna distinzione tra i due tipi di arbitrato: la distanza c'è<sup>35</sup> ed è definitivamente cristallizzata dal legislatore dell'ultima riforma.

4. — Nel continuo oscillare tra transazione e processo, che ha caratterizzato dagli albori l'evoluzione dell'arbitrato irrituale, interviene il legislatore del 2006, che con l'art. 808-ter c.p.c. codicizza l'istituto, in un certo senso « ritualizzandolo ». Tanto che con l'inserimento nell'impianto codicistico forse si dovrebbe rivedere anche la qualificazione comunemente utilizzata di « irrituale », seppure utilizzata dal legislatore nella rubrica della nuova norma<sup>36</sup>.

Smentendo chi auspicava una unificazione del fenomeno, l'art. 808-ter conferisce espressamente una propria identità ed autonomia all'arbitrato irrituale, e cerca di fare luce sulla natura dell'istituto. La norma è auspicio di certezza in una materia da sempre fonte di dibattiti, ma è, in realtà, passibile di opposte interpretazioni, tanto da fungere quale strumento a sostegno delle opposte teorie — negoziale e processuale<sup>37</sup>.

4.1. — Ad una prima lettura<sup>38</sup> potrebbe sembrare che il legislatore abbia voluto prendere posizione in favore della cristallizzazione della

---

<sup>35</sup> Non nella struttura, ma negli effetti voluti dalle parti in relazione al *dictum* degli arbitri e nel regime delle impugnazioni. Lodo rituale e libero hanno in comune ambito di applicazione, struttura, funzione, ma differiscono per la possibilità di deposito e conseguente *exequatur*, con i relativi effetti (trascrivibilità, iscrizione di ipoteca giudiziale) e per la disciplina delle impugnazioni. Ora anche in relazione all'efficacia, in seguito al nuovo art. 824-bis c.p.c.

<sup>36</sup> In tal senso cfr. anche BIAVATI, *sub* art. 808-ter in *Arbitrato*, a cura di Carpi, Bologna, 2007, p. 160 ss. e *Il nuovo art. 808-ter c.p.c. sull'arbitrato irrituale*, in questa rivista, p. 1159 ss., che parla di arbitrato « contrattuale ».

<sup>37</sup> Parte della dottrina ha sottolineato come il riferimento operato dalla norma alla forza di contratto del lodo, sembra voler restringere il campo di applicazione dell'istituto alle sole controversie che permettono una definizione contrattuale in senso stretto. BIAVATI, *op. loc. ult. cit.*; BOVE, *L'arbitrato irrituale dopo la riforma*, in *www.judicium.it* e in *Nuove leggi civ. comm.*, 2007, p. 1182 ss.; MARINELLI, *Arbitrato irrituale*, in BUONFRATE-GIOVANNUCCI ORLANDI, *Codice degli arbitrati, delle conciliazioni e di altre ADR*, Torino, 2006, p. 39. La dottrina “sostanzialistica” (GALGANO, *Il lodo arbitrale vale, dunque, come sentenza*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 295 ss., spec. p. 303) rileva, poi, come l'introduzione dell'art. 808-ter, renda tipico il contratto di arbitrato irrituale, precedentemente considerato atipico, la cui causa è rinvenibile nella definizione di una controversia attraverso il giudizio del terzo.

<sup>38</sup> Si v. BOVE, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, in BOVE-CECCHIELLA, *Il nuovo processo civile*, Milano, 2006, p. 99; ID, *L'arbitrato irrituale*, cit.; MARINELLI, *Il*

differenza tra i due modelli arbitrali, negozio da un lato e processo dall'altro, sulla scia delle impostazioni dottrinali e giurisprudenziali precedentemente esaminate .

In base a tale ricostruzione le due figure differirebbero non solo per l'efficacia dei rispettivi lodi, ma anche per struttura e funzione. Si legge l'espressione « determinazione contrattuale », con la quale l'art. 808-ter denomina il lodo irrituale, come un indice a sostegno delle teorie che equiparano arbitro irrituale ed arbitratore di un elemento contrattuale, distinguendolo nettamente dalla figura di giudice privato che connota l'arbitro rituale. Non solo, ma si vede nel regime impugnatorio riservato al lodo irrituale, che sarà annullabile dal giudice di primo grado, individuato secondo le normali regole di competenza, uno strumento a sostegno della ricostruzione dell'istituto interamente sul piano del diritto sostanziale. Sulla scorta di tali rilievi si afferma che l'arbitro libero è destinato a risolvere la lite allo stesso modo in cui le parti avrebbero potuto fare autonomamente — stipulando un negozio transattivo o di accertamento — e si riconduce, ancora una volta, il fenomeno nell'ambito dell'arbitraggio, ai sensi dell'art. 1349 c.c.

Alla luce di una simile interpretazione della norma nulla sarebbe mutato rispetto a quanto dottrina e giurisprudenza dominanti affermavano prima della riforma, valorizzando le differenze tra arbitrato rituale ed irrituale e limitando quest'ultimo al campo meramente negoziale.

Da un'analisi puntuale delle *littera legis* gli stessi fautori della impostazione negoziale appena riferita rilevano, però, come il comma 1° dell'art. 808-ter sia foriero di dubbi interpretativi, ove sembra ridurre l'essenza della opzione in favore dell'arbitrato libero alla sola deroga all'art. 824-bis, che sancisce l'efficacia del lodo rituale.

Perplessità che sono costrette ad aumentare ove si ponga mente all'ultimo inciso della norma, il quale ribadisce che alla determinazione contrattuale in questione non si applica l'art. 825 c.p.c., relativo al regime dell'esecutorietà. Non si riesce ad individuare la *ratio* di tale ultima disposizione, che apparirebbe del tutto superflua, ove il legislatore avesse

---

*termine per la pronuncia del lodo irrituale*, in *Corr. giur.*, 2006, p. 867 ss.; ID, *Arbitrato irrituale*, in BUONFRATE-GIOVANNUCCI ORLANDI, *Codice degli arbitrati, delle conciliazioni e di altre ADR*, Torino, 2006, p. 36 ss.; RAMPAZZI, in AA. VV., *commentario breve c.p.c.*<sup>5</sup>, a cura di Carpi e Taruffo, Milano, 2006, *sub. art.* 808-ter, p. 2172; VERDE, *Arbitrato irrituale*, in *Riv. arb.*, 2005, p. 670 ss., quest'ultimo in modo, però, parzialmente critico.

realmente inteso sposare una concezione *in toto* negoziale del fenomeno: assurdo sarebbe, infatti, ipotizzare il deposito nella cancelleria del giudice di un contratto, ai fini della dichiarazione di esecutorietà.

Crediamo, allora, sia più logico e coerente pensare che il legislatore abbia inteso dare vita ad una determinazione negoziale, ma con i caratteri della decisione, accostandosi alla visione processualista del fenomeno.

I fautori della lettura negozialista ritengono, però, di poter superare i rilievi critici appena sollevati richiamandosi alla legge delega. Sono portati ad affermare che sarebbe semplicistico ridurre la differenza tra arbitrato rituale e libero ai soli effetti del lodo, dal momento che sarebbe evidente una totale distanza tra le due discipline nel loro complesso. A tal fine richiamano l'inciso finale del comma 1° della norma, ove si afferma che altrimenti si applicano le disposizioni del titolo VIII e ritengono di poter interpretare il riferimento all'art. 825 c.p.c. quale mera espressione *ad abundantiam*. Lettura che a noi pare semplicistica, dal momento che non si può negare all'ultimo inciso della norma un autonomo significato e ricondurlo a mera espressione pleonastica.

Conseguenza immediata dell'interpretazione negoziale della disposizione è l'inapplicabilità radicale<sup>39</sup>, sia in via diretta che analogica di tutte le norme codicistiche dettate per l'arbitrato rituale. Ricondotto il fenomeno libero in chiave esclusivamente contrattuale, si ritiene, infatti, che sia regolato solo dalle disposizioni del codice civile, salvo ovviamente quanto esplicitamente stabilito dall'art. 808-ter c.p.c..

4.2. — Riteniamo di poterci discostare da tale ricostruzione dell'arbitrato irrituale in chiave eminentemente negoziale, soprattutto ad una lettura attenta della norma, che sembra valorizzare gli aspetti processuali di uno strumento di soluzione delle liti che termini con una

---

<sup>39</sup> VERDE, *Arbitrato irrituale*, in *Riv. arb.*, 2005, p. 665 ss.; ID, *Bastava solo inserire una norma sui rapporti tra giudice ed arbitri*, in *Giuda dir.*, 2006, VIII, p. 82 ss.; ID, *Note a prima lettura sulla legge di conversione n. 80 del 14 maggio 2005*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it); BOVE, *L'arbitrato irrituale dopo la riforma*, cit.; ID, *Appunti sui lavori in corso in materia di arbitrato*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it); RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*<sup>5</sup>, Padova, 2006, p. 90; BORGHESI, *L'arbitrato del lavoro dopo la riforma*, in questa rivista, 2006, p. 829, il quale non manca, però, di far presente la discrepanza, quantomeno letterale, tra la disposizione di cui all'art. 808-ter e quanto stabilito dalla legge delega. Seppure partendo da opposte premesse si v. anche VERDE, *Arbitrato irrituale*, cit., che ritiene di poter escludere l'applicabilità delle norme codicistiche all'arbitrato irrituale solo sulla base dell'ultimo inciso dell'art. 808-ter. L'a. critica la disposizione, in quanto la ritiene incompatibile con la reale intenzione del legislatore, che è orientata ad affermare la natura comune delle due forme di arbitrato.

determinazione contrattuale, che sia un giudizio emesso nel rispetto di garanzie minime. L'art. 808-ter può essere interpretato alla luce dell'inquadramento unitario dell'istituto<sup>40</sup>, o meglio dell'avvicinamento tra le due figure — pur nel riconoscimento delle reciproche differenze — all'insegna della processualizzazione, allontanandosi dall'ottica del negozio *per relationem*.

Da una lettura attenta della disposizione normativa si evincono, infatti, caratteristiche ed elementi che sanciscono il carattere di vero e proprio processo privato<sup>41</sup> dell'arbitrato libero, così come disciplinato dalla nuova norma, e ciò nonostante il lodo abbia natura contrattuale. Non sembra, infatti, che dalla negoziabilità della determinazione finale si possa far discendere la necessaria ricostruzione dell'intero istituto su base esclusivamente sostanziale; si può ben ritenere che un atto destinato ad avere efficacia obbligatoria solo tra le parti, sia connotato dai caratteri del giudizio, ottenuto all'esito di un procedimento, nel rispetto delle le garanzie minime di una giusta decisione.

È espressamente statuito il necessario rispetto del principio del contraddittorio, che viene ad assumere rilevanza autonoma e si discosta dalla ricostruzione in chiave sostanziale che dottrina e giurisprudenza gli avevano nel tempo attribuito, quale mero strumento conoscitivo a sostegno del convincimento del giudice. Le parti potranno svolgere, nella parità delle armi<sup>42</sup>, le proprie attività assertive, di allegazione e di prova.

Non solo, ma se si pone mente alla disciplina dell'impugnativa del lodo, appare evidente come i motivi previsti dal comma 2° dell'art. 808-ter siano modellati su quelli dell'arbitrato rituale, di cui all'art. 829 c.p.c., con evidente emersione del carattere processuale del fenomeno irrituale.

---

<sup>40</sup> Cfr. anche SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, in *Riv. arb.*, 2007, p. 25 ss. che ritiene che la riforma abbia inteso non accentuare le distinzioni tra le due forme arbitrali, ma piuttosto avvicinarle, all'insegna di una disciplina procedimentale simile (e differenziarle per quanto riguarda gli effetti del lodo); si v. anche PUNZI, *Luci ed ombre nella riforma dell'arbitrato*, in questa rivista, 2007, p. 395 ss., spec., p. 404; ID, *I procedimenti speciali e l'arbitrato*, in *Il processo civile, sistema e problematiche*, vol. III, Torino, 2008, p. 258 ss., spec. p. 267, che sulla base di una lettura della norma alla luce della delega ricevuta, deduce una volontà del legislatore di unificare l'istituto arbitrale nel suo complesso, applicando ad esso la disciplina codicistica, salva la possibilità delle parti di derogarvi.

<sup>41</sup> BIAVATI, *Il nuovo art. 808-ter c.p.c. sull'arbitrato irrituale*, in questa rivista, 2007, p. 1159 ss., spec. p. 1163, definisce l'arbitrato irrituale come « il modo di regolare un conflitto di interessi raggiungendo una determinazione contrattuale attraverso un processo ».

<sup>42</sup> Come in un « giusto processo » ordinario.

Accanto al carattere negoziale della pronuncia non si potrà, così, disconoscere quello procedimentale dell'*iter* che porta alla decisione, né la sussistenza, alla base dell'arbitrato irrituale, di una vera e propria controversia. Riduttivo appare, infatti, riferirsi al mero conflitto di interessi, sulla scia del consolidato, anche se un po' datato, orientamento dottrinale e giurisprudenziale precedentemente analizzato. È, infatti, la stessa norma a riferirsi espressamente al concetto di controversia, al comma 1°, ed a confermarlo nel corso dell'intero art. 808-ter, ove richiama i concetti di conclusioni delle parti, eccezione, e la necessità che sia rispettata la parità delle armi nell'esercizio delle difese<sup>43</sup>.

Dal riconoscimento legislativo esplicito parte della dottrina ha ritenuto di trarre conseguenze ulteriori, escludendo che l'autonomia privata possa discostarsi dalla disciplina legale<sup>44</sup> di cui all'art. 808-ter c.p.c. e dare vita ad un arbitrato che sia veramente irrituale, e non regolato da tale norma. Allo stesso modo, l'inserimento nell'impianto codicistico non è valso ad eliminare l'incertezza sulla disciplina da applicare al procedimento: c'è chi ammette l'estensione delle norme<sup>45</sup> dettate per l'arbitrato rituale, in quanto non incompatibili, e chi, invece, nega in toto tale facoltà, ritenendo l'art. 808-ter c.p.c. unica norma guida ed esaustiva per l'arbitrato libero.

Sarebbe stata auspicabile da parte del legislatore una presa di posizione esplicita in favore del riconoscimento del carattere di processo privato in capo all'istituto. La riforma ha fatto filtrare sicuri indici in tal senso, ma non rendendo esplicite le proprie intenzioni, ha lasciato spazio

---

<sup>43</sup> Cfr. anche PUNZI, *I procedimenti speciali e l'arbitrato*, cit., p. 267; BERTOLDI, in AA. VV., *C.p.c. commentato*<sup>3</sup>, a cura di Consolo e Luiso, Milano, 2007, sub. art. 808-ter, p. 5719; SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, in *Riv. arb.*, 2007, p. 25 ss.

<sup>44</sup> Cfr. ODORISIO, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 274. Altri a. escludono la possibilità di dare vita ad un arbitrato irrituale al di fuori della disciplina di cui all'art. 808-ter, pur non ritenendola esaustiva e postulando l'applicazione all'istituto delle norme codicistiche, cfr. PUNZI, *I procedimenti speciali e l'arbitrato*, cit., p. 268.

<sup>45</sup> PUNZI, *op. loc. ult. cit.*, p. 406 ritiene applicabili le norme relative agli arbitri, quelle sul procedimento — anche relative all'ipotesi di pluralità di parti —, quelle inerenti all'attività istruttoria, all'anticipazione delle spese, al termine per la pronuncia del lodo ed al criterio di giudizio. Sostanzialmente l'a. ritiene incompatibili solo quelle espressamente escluse dall'art. 808-ter. Si v. anche SATTA-PUNZI, *Diritto processuale civile. Appendice di aggiornamento alla tredicesima edizione*, Padova, 2007, p. 191. BERTOLDI, *op. loc. ult. cit.*, ha, poi, sostenuto che nonostante la deroga pattizia alla disciplina codicistica, alcune norme — quelle di applicazione necessaria — non possano comunque essere disattese; in tal senso legge l'art. 818, che esclude il potere cautelare in capo agli arbitri — principio generale in materia di arbitrato — e l'art. 819-ter relativa all'*exceptio compromissi* e alla sua disciplina processuale.

ad una duplice interpretazione della norma da parte dei contrastanti orientamenti dottrinali e giurisprudenziali.

5. — Alla luce di quanto affermato possiamo rilevare come due anime siano racchiuse nell'arbitrato irrituale: decisione di controversia, giudizio all'esito di un procedimento svoltosi nel rispetto delle garanzie fondamentali da una parte; strumento di natura contrattuale con funzione spesso transattiva dall'altra. Le differenti impostazioni non si escludono necessariamente l'un l'altra, e possono essere riconsiderate anche oggi, alla luce dell'ultima riforma, ma con le opportune precisazioni.

Riferendosi, *in primis*, alle teorie prettamente negozialiste, ci sentiamo di affermare che la volontà delle parti può in concreto essere orientata verso l'arbitraggio, al fine di ottenere la determinazione di un elemento contrattuale ad opera di un terzo; qui non c'è, però, alcun giudizio né accertamento della *res litigiosa*.

Da chiedersi è, allora, quale sia l'accezione che si intende dare al fenomeno, se limitata al piano sostanziale o piuttosto a quello processuale. La realtà è che probabilmente, anche alla luce della sua evoluzione storica e della sua quasi totale deformalizzazione, almeno prima dell'art. 808-ter, l'arbitrato libero è stato in grado di fungere da "contenitore" ampio delle differenti intenzioni delle parti. Per individuare la natura dello stesso si dovrà, allora, avere riguardo alla volontà dei compromittenti, se aspirino ad un arbitrato vero e proprio, che termini con un giudizio sulle opposte pretese, in alternativa a quello rituale, oppure se optino per il mero arbitraggio.

Riteniamo, soprattutto alla luce dell'inserimento della nuova norma nel codice di rito, che nel caso in cui il patto compromissorio parli di arbitrato irrituale, si intenda inequivocabilmente dare vita ad un procedimento volto ad una decisione della lite nel rispetto delle garanzie minime del giusto processo. La figura del mandato a transigere<sup>46</sup> potrà continuare ad esistere, ma fuori<sup>47</sup> dal campo dell'arbitrato propriamente

---

<sup>46</sup> Lo stesso dicasi, ovviamente, per le altre ricostruzioni del fenomeno, si pensi al negozio di accertamento o *per relationem*.

<sup>47</sup> Contrari all'ipotesi di un arbitrato irrituale al di fuori della disciplina dell'art. 808-ter sono PUNZI, *I procedimenti speciali e l'arbitrato*, in *Il processo civile, sistema e problematiche*, vol. III, Torino, 2008, p. 268. Non solo ma l'a. si spinge oltre e ritiene che non si possano più attrarre nell'alveo dell'arbitrato irrituale quelle forme negoziali di composizione della lite — di cui ci siamo già occupati — che si discostano dal giudizio vero e proprio. Cfr. anche CORSINI, *Riflessioni a prima lettura sulla riforma dell'arbitrato*, in *www.judicium.it*; ID, *Prime riflessioni sulla nuova forma*

inteso, quale procedimento che tende all'accertamento dei diritti controversi, come disciplinato dall'art. 808-ter.

La differenza tra arbitro ed arbitratore sta ancora una volta nella natura del compito affidato al terzo: decisione della lite da un lato e determinazione di un elemento contrattuale, composizione di un contrasto, spesso in via transattiva, dall'altro. L'arbitro interviene in un rapporto già completo, nella fase funzionale del quale insorge una controversia; l'arbitratore interviene nella fase genetica in una fattispecie contrattuale non completa in tutti gli elementi. Nell'arbitrato c'è determinazione dell'intero rapporto, nell'arbitraggio vero e proprio definizione di un solo elemento dello stesso.

È in questo senso che la dottrina più attenta<sup>48</sup> proponeva, già prima dell'ultimo intervento normativo in materia, di delineare il procedimento nell'arbitrato irrituale alla luce della disciplina codicistica<sup>49</sup> — seppure con le dovute limitazioni —, nell'ottica di una visione unitaria, per struttura e funzione, dell'istituto quale espressione di giudizio e soluzione di controversie giuridiche<sup>50</sup>.

Le parti, nell'esercizio della propria autonomia privata, possono senza dubbio stipulare transazioni o altri negozi il cui contenuto sia da determinarsi ad opera di uno o più terzi, ma siamo nell'ambito di operatività dell'art. 1349 c.c.: ci troviamo di fronte ad un arbitraggio e non ad un arbitrato vero e proprio, nell'accezione che abbiamo inteso dargli.

---

dell'arbitrato, in *Contratti*, 2006, p. 516 ss.; SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, in *Riv. arb.*, 2007, p. 25 ss.

<sup>48</sup> Vedi retro n. 4.2.

<sup>49</sup> Estensione della disciplina codicistica con esclusione delle norme dettate per l'efficacia e l'impugnazione del lodo rituale; CARPI, *op. loc. cit.*; RUFFINI, *op. loc. cit.*; TARZIA, *op. loc. cit.*; MONTELEONE, *op. loc. cit.*; MONTESANO, *Aspetti problematici dell'arbitrato irrituale dopo la riforma del 1983*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, p. 441 ss., spec. p. 449 ritiene che questa sia modello generale di ogni tipo di arbitratore-giudizio, anche se puramente negoziale, e vede nello strumento irrituale più ampie garanzie giurisdizionali contro ingiustizie e vizi del patto compromissorio e del lodo.

<sup>50</sup> CARPI, *Il procedimento nell'arbitrato irrituale*, cit., p. 398, pur concordando con la prospettiva unificatrice di Montesano, sottolinea come tale operazione debba ricondurre l'intero istituto arbitrale nell'ambito del processo; MONTESANO, *Aspetti problematici*, cit., p. 444, prospetta, invece, una ricostruzione alla luce del diritto sostanziale, sostenendo che, anche ragionando in chiave privatistica, si possono richiedere il rispetto del contraddittorio e la necessità della motivazione (la cui carenza è ricondotta dallo stesso nell'ambito di applicazione dell'art. 1349 c.c., relativo all'iniuria manifesta). Propone di negare al mandato a transigere il nome di arbitrato e sottolinea come agli arbitri si chieda non di negoziare, ma di giudicare.

Si delinea, così, la figura di un lodo<sup>51</sup> dai più ampi contenuti — dichiarativi, accertativi, dispositivi — a seconda dell’accezione che si intende dare al fenomeno; bisognerà avere riguardo alla reale volontà delle parti, se abbiano inteso ottenere dagli arbitri un giudizio sulle contrapposte pretese, oppure una disposizione dei propri diritti attraverso reciproche concessioni o un negozio di secondo grado, ma in questo caso ricadiamo nell’ambito dell’arbitraggio.

La realtà è che nella prassi le parti si rivolgono agli arbitri non con l’intento di transigere la lite rinunciando alle proprie pretese, ma con la prospettiva di ottenere una decisione giusta sulla fondatezza giuridica delle stesse: un giudizio, di diritto o di equità, sulla propria *res litigiosa*. L’« arbitrato irrituale non transattivo »<sup>52</sup> è, a nostro avviso, l’arbitrato vero e proprio, ed è quello più ricorrente nella realtà.

L’arbitro irrituale, al pari di quello codicistico, giudica<sup>53</sup> sulle opposte pretese dei compromittenti e lo fa applicando il diritto o l’equità, a seconda di quanto le parti hanno stabilito nella convenzione arbitrale. Trattandosi di decisione e non di mera composizione transattiva o di

---

<sup>51</sup> BIAVATI, *Il nuovo art. 808-ter c.p.c. sull’arbitrato irrituale*, cit., p. 1159 ss., rileva come il significato stesso dell’arbitrato irrituale sia strettamente connesso con la natura del lodo, che negli anni ha visto fronteggiarsi le teoria giurisdizionalista a quella negozialista. Sì che il *dictum* dell’arbitro secondo alcuni (v. PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., I, p. 63 ss. e FAZZALARI, *L’arbitrato*, cit., p. 22 ss.) rimane interamente nella sfera negoziale, anche in seguito all’apposizione del decreto di esecutorietà ai sensi dell’art. 825 c.p.c., che va ad apporre un comando statutale ad un atto tra privati. Chi, invece, ritiene che il lodo abbia natura di sentenza afferma che la sua fase genetica appartenga alla sfera privata, ma una volta che si devolve controversia ad arbitri si ha di mira un provvedimento assimilabile alla sentenza del giudice, sì che l’esecutorietà viene ad essere un effetto naturale. A questa impostazione consegue che tra *dictum* rituale ed irrituale vi è una distanza incolmabile, uno destinato ad essere inglobato nella giustizia statutale, l’altro interamente sul piano privatistico.

<sup>52</sup> Espressione di MONTESANO, *Aspetti problematici dell’arbitrato irrituale dopo la riforma del 1983*, cit., p. 447.

<sup>53</sup> Abbiamo già visto come in tal senso si esprimeva la dottrina più accorta già prima dell’ultima riforma. Cfr. CARPI-ZUCCONI GALLI FONSECA, in AA. VV. *Arbitrato*, a cura di Carpi, Bologna, 2001, p. 75 ss.; CECHELLA, *L’arbitrato*, cit., p. 42 ss.; CRISCUOLO, *Arbitraggio e perizia contrattuale*, in *Enc. dir.*, Agg., IV, Milano, 2000, p. 71 ss.; FAZZALARI, *Arbitrato e arbitraggio*, cit., p. 585 ss.; ID, *Fondamenti dell’arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1995, p. 5 ss.; LUISO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, in *Riv. arb.*, 2005, p. 773 ss.; ID, *Diritto processuale civile*<sup>4</sup>, IV, Milano, 2007, p. ; PUNZI, *La riforma dell’arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, p. 80 s.; ID, *L’arbitrato: fecondità e attualità dell’insegnamento di Salvatore Satta*, in questa rivista, p. 756 ss.; TENELLA SILLANI, *L’arbitrato di equità. Modelli, regole, prassi*, Milano, 2006, p. 276 ss.; PUNZI, IN *Diritto processuale civile. Appendice di aggiornamento alla tredicesima edizione*, Padova, 2007, p. 887 ss.; RUFFINI, *Sulla distinzione tra arbitrato «rituale» ed «irrituale»*, in *Riv. arb.*, 2002, p. 752.

integrazione di elementi contrattuali, dovranno, quindi, essere rispettate le garanzie minime in tema di processo, quali *in primis* il contraddittorio e la parità delle armi tra le parti, nonché la terzietà ed imparzialità dell'organo giudicante: dovrà essere assicurata un minimo di processualità. La differenza tra le due *species* arbitrali si riduce, quindi, all'efficacia del lodo<sup>54</sup> ed al regime impugnatorio, come la dottrina più attenta aveva già teorizzato prima della riforma.

Per certi versi sembra che si riproponga, almeno in parte, il panorama normativo esistente al tempo in cui l'arbitrato irrituale ha avuto i suoi natali. Assistiamo, infatti alla crescente "ritualizzazione" dell'arbitrato codicistico<sup>55</sup>, sempre più regolamentato e stretto nelle maglie di norme rigidamente prestabilite, con evidente sacrificio della volontà e libertà delle parti, che dovrebbero essere le principali fonti di un mezzo alternativo di risoluzione delle controversie dalle stesse scelto. Ci troviamo di fronte ad uno strumento probabilmente più efficiente e più garantista, ma meno libero e per certi aspetti snaturato nella sua essenza.

L'arbitrato irrituale, allora, con la sua disciplina minima ad opera del legislatore, sembra essere una valida alternativa in grado di superare l'eccessivo formalismo che attanaglia l'omologo codicistico e restituire alle parti il ruolo di protagoniste in uno strumento dalle stesse scelto e regolato. Può essere un valido mezzo utilizzabile da soggetti che intendano gestire autonomamente il proprio processo privato, secondo le regole che ritengano più opportune e nel rispetto della massima riservatezza, avendo la certezza che la decisione non potrà essere depositata e, così, "inglobata" nella giurisdizione statale. Ancora una volta le parti potranno essere animate da un desiderio di libertà, la stessa che ricercavano agli albori del fenomeno, quando nella prassi, soprattutto dei commerci, davano vita alle prime figure di arbitrato irrituale, svincolato dalle formalità dettate dalle norme codicistiche.

---

<sup>54</sup> Dopo la novella del 1994, anche gli stessi a. che sostenevano l'unicità di struttura e funzione tra i due tipi di arbitrato, continuavano a valorizzarne le differenze, ponendo il lodo rituale sul piano processuale, dotandolo di una efficacia assimilabile al *dictum* del giudice statale, compresa l'attitudine al giudicato; in tal senso si v. FAZZALARI, *L'arbitrato*, cit., p. 11 ss.; CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., p. 42 ss. Altra dottrina, invece, sul presupposto che entrambe le forme di arbitrato hanno natura privatistica, riduceva la distinzione tra i due lodi alla possibilità che quello rituale aveva di ottenere l'*exequatur*, ed alla previsione delle impugnative processuali di cui agli art. 827 ss. si v. PUNZI, *La riforma dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, p. 78 ss. ed ancor prima SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 2, Milano, 1971, p. 170 ss.

<sup>55</sup> In senso atecnico, in quanto anche l'arbitrato irrituale è, ormai, codicistico.

L'arbitraggio di una transazione o di un negozio di accertamento, storicamente ricondotti nell'alveo dell'arbitrato libero, lungi dall'essere unica espressione del fenomeno, potranno rimanere in vita, ma al di fuori della disciplina dettata dal codice di rito in materia. La volontà delle parti potrà sempre essere orientata nel senso di ottenere l'accomodamento transattivo delle proprie controversie, l'accertamento di una fattispecie incerta, come il completamento di un rapporto contrattuale ad opera di terzi, ma saremo in questo caso al di fuori dell'arbitrato irrituale come disciplinato dalla nuova norma. Ove sia assente il carattere del giudizio ci troveremo di fronte ad un *arbitrator* e non ad un *arbiter* propriamente inteso.

Le parti, in ragione della propria autonomia privata saranno probabilmente sempre in grado di dare vita, in forza della libertà contrattuale, ad un fenomeno che rimanga sul piano prettamente negoziale e che sia destinato a definire i propri rapporti al di fuori delle norme codicistiche. In tal senso andranno letti il deferimento a terzi del compito di completare un negozio di accertamento o transattivo in relazione alle contestazioni dei propri diritti; ma in questo caso si dovrà parlare più di arbitraggio che di arbitrato vero e proprio.

CATERINA ARRIGONI

Dottore di ricerca in diritto processuale civile