



21 NOVEMBRE 2018

# Arbitrato rituale e giurisprudenza costituzionale

di Tommaso E. Frosini

Professore ordinario di Diritto pubblico comparato  
Università degli Studi "Suor Orsola Benincasa" – Napoli



# Arbitrato rituale e giurisprudenza costituzionale \*

**di Tommaso E. Frosini**

Professore ordinario di Diritto pubblico comparato  
Università degli Studi “Suor Orsola Benincasa” – Napoli

**Sommario:** 1. L’arbitrato, dal diritto pubblico al diritto privato. 2. L’arbitrato lungo il percorso della giurisprudenza costituzionale, la fase negoziale. 3. L’arbitrato lungo il percorso della giurisprudenza costituzionale, la fase giurisdizionale. 4. Brevi conclusioni e prospettive future.

## 1. L’arbitrato, dal diritto pubblico al diritto privato

La vicenda dell’istituto arbitrale lungo l’itinerario della giurisprudenza costituzionale può essere sintetizzata, salvo ulteriori specificazioni, con il titolo di un recente volumetto, diviso in due parti, di Guido Alpa: *Dal diritto pubblico al diritto privato*<sup>1</sup>. Infatti, il percorso giurisprudenziale della Corte costituzionale, in punto di arbitrato e derivati, avviato nel 1958 con la sentenza n. 35, proseguito con numerose pronunce di cui daremo in parte conto e, per adesso, conclusosi con la decisione n. 123 del 2018, si caratterizza proprio per una progressiva valorizzazione dell’arbitrato come giurisdizione dei privati, che si pone in alternativa alla giurisdizione pubblica dello Stato, sia pure rimanendo nell’alveo, ovvero in maniera conforme agli articoli 25 e 102 della Costituzione, e quindi dell’agire in giudizio e della funzione giurisdizionale<sup>2</sup>. Sul piano sostanziale, invece, l’arbitrato affonda le sue radici nel diritto di libertà delle parti di negoziare uno strumento alternativo per risolvere il contenzioso, e quindi nella valorizzazione dell’autonomia privata e dell’autonomia collettiva, che stanno a fondamento delle origini della clausola compromissoria<sup>3</sup>. Aggiungo, come dirò meglio nel finale, che occorre tenere in considerazione anche il principio costituzionale della sussidiarietà (orizzontale), ora previsto e disciplinato all’art. 118 Cost., che in via tendenziale, e laddove presa sul serio in termini applicativi, lascia al potere pubblico il solo compito di svolgere quelle funzioni che i privati non possono adempiere autonomamente, e quindi interviene a sussidio. Come potrebbe, ovvero dovrebbe essere nel caso del “servizio giustizia”,

---

\* Riceviamo e volentieri pubblichiamo. Relazione svolta al seminario su *L’Arbitrato rituale nella giurisprudenza*, tenutosi presso la Camera Arbitrale di Milano il 10 luglio 2018. E’ destinata al *Liber Amicorum* per Guido Alpa.

<sup>1</sup> G. Alpa, *Dal diritto pubblico al diritto privato*, parte prima (*La “grande dicotomia” e la revisione della concezione tradizionale*) e parte seconda (*Il superamento della dicotomia nel diritto post-moderno*), Mucchi, Modena 2017

<sup>2</sup> Sul tema, v. ora F. Marone, *Giustizia arbitrale e Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018; ma v. già la puntuale rassegna di P. Gaggero, *L’arbitrato obbligatorio*, nel vol. *Arbitrato. Profili di diritto sostanziale e di diritto processuale*, a cura di G. Alpa e V. Vigoriti, Utet, Torino 2013, 36 ss.

<sup>3</sup> Sul punto, P. Perlingieri, *Arbitrato e Costituzione*, ESI, Napoli 2010, 19 ss; ma v. già G. Recchia, *Costituzione e Arbitrato* (1974), ora in Id., *L’arbitrato nel diritto comparato*, a cura di T.E. Frosini, Cedam, Padova 2014, 15 ss. Ulteriori sviluppi in M. Esposito, *Profili costituzionali dell’autonomia privata*, Cedam, Padova 2003

affidato autonomamente ai privati per il tramite dell'arbitrato (e della mediazione), sempre nel caso, ovviamente, dei diritti disponibili<sup>4</sup>. Certo, non in modo obbligatorio ma piuttosto alternativo.

Il percorso della giurisprudenza costituzionale, come proverò a dimostrare nel presente scritto, relativamente all'arbitrato rituale, riconosce la funzione giurisdizionale riducendone, quindi, la portata negoziale, e finisce altresì per depotenziare la sovranità dello Stato in punto di giurisdizione. E' questo un passaggio significativo, che attiene financo alla forma di Stato, che si evolve nel senso pluralistico anziché statale, riconoscendo quindi una "giurisdizione senza Stato"<sup>5</sup>. Che è quello del fare giustizia, secondo i dettami costituzionali – e quindi non solo in attuazione conforme degli artt. 25 e 102 ma anche degli artt. 24 e 101 – ma che rappresenta altresì il paradigma della erosione della sovranità statale in luogo di quella popolare, che si manifesta nell'art. 1, secondo comma, Cost., alla quale appartiene e che la esercita nei limiti e nei modi stabiliti dalla Costituzione<sup>6</sup>. Sovranità del popolo da intendersi, quindi, anche come attribuzione in capo ai privati della funzione giustizia, ovvero del fare giustizia in forma alternativa rispetto alla giurisdizione statale. Così come previsto dalle leggi e dal codice di procedura civile all'art. 806 e ss., conformi al quadro costituzionale.

Quindi, come prima riflessione sull'istituto dell'arbitrato e la sua costituzionalità, seppure nei termini indicati dalla Corte costituzionale, si amplia nella dimensione della forma di Stato perché incide in maniera significativa nella sua evoluzione liberale, riconoscendo nel privato colui che può fare giustizia in maniera coerente a Costituzione e in alternativa alla giurisdizione statale. Si viene così a ridurre il mito del monopolio statale della giustizia, quale baluardo della sovranità. Che invece si concretizza attraverso la giurisdizionalizzazione dell'arbitrato, che si è compiuta per il tramite della giurisprudenza costituzionale. Un'altra declinazione dell'arbitrato nell'ottica della forma di Stato, meritevole di approfondimenti, è quella teorizzata da Guido Alpa, il quale distingue: «ordinamenti autoritari, che accentuano la funzione giudicante e ne fanno oggetto di attività da parte di soggetti individuati *ad hoc*, astretti ad un rapporto che li lega allo Stato medesimo, e che applicano regole stabilite dallo Stato (ordinamento); oppure tali ordinamenti considerano certi fenomeni addirittura in contrasto con lo Stato-ordinamento (è sempre il caso, ad es., dell'esperienza francese); vi sono ordinamenti libertari, che apprezzano l'autonomia dei privati fino al punto da disinteressarsi del fenomeno (è il caso dell'arbitrato libero nell'esperienza italiana della fine del secolo scorso); vi sono ordinamenti che apprezzano il fenomeno (quasi tutti) ovvero lo guardano con diffidenza (è sempre il caso dell'ordinamento francese). Nella maggior parte dei casi ci

---

<sup>4</sup> Ho già argomentato questa tesi in T.E. Frosini, *Un nuovo paradigma di giustizia: le Alternative Dispute Resolutions*, in *Analisi giuridica dell'economia*, n. 1, 2011; più in generale, Id., *Sussidiarietà (principio di) (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Agg., vol. 2, t. II, Giuffrè, Milano 2008

<sup>5</sup> Secondo la felice formula di C. Punzi, *Le nuove frontiere dell'arbitrato*, in *Rivista di diritto processuale*, n. 1, 2015, 14

<sup>6</sup> Per approfondimenti, se si vuole, cfr. T.E. Frosini, *Sovranità popolare e costituzionalismo*, Giuffrè, Milano 1997



troviamo di fronte a “modelli misti”, in cui il fenomeno è legittimato o apprezzato, in ogni caso regolamentato e limitato>><sup>7</sup>.

## **2. L'arbitrato lungo il percorso della giurisprudenza costituzionale, la fase negoziale**

Prima di avviarci lungo il percorso segnato dalla Corte costituzionale relativamente all'istituto arbitrale, va precisato che l'oggetto dell'analisi sarà solo l'arbitrato rituale<sup>8</sup> e che non si indagherà sull'intera giurisprudenza, ma soltanto su quelle decisioni che assumono rilievo per la definizione e l'evoluzione dell'istituto arbitrale.

L'esordio è nel 1958, due anni dopo l'entrata in funzione della Corte costituzionale. La questione riguardava l'arbitrato ma non venne sollevata attraverso un incidente di costituzionalità della legge ma piuttosto per impugnativa, in via principale, del Commissario dello Stato della Regione siciliana nei confronti di una legge regionale, che imponeva l'arbitrato per l'esecuzione dei pagamenti delle opere pubbliche di competenza della Regione e degli enti locali. Quindi non veniva chiesto di esaminare la compatibilità costituzionale dell'istituto arbitrale, attraverso cioè le norme parametro della Costituzione, ma se fosse attribuibile alla legge regionale la competenza a determinare una giurisdizione arbitrale per la risoluzione di controversie. La Corte dichiarò, con sentenza n. 35 (relatore Nicola Jaeger<sup>9</sup>), la incostituzionalità della legge regionale nella parte in cui attribuiva alla Regione la potestà a disporre della funzione giurisdizionale, che si poneva ben al di fuori dei limiti della competenza regionale previsti dallo Statuto speciale della Regione siciliana. Quello che rileva, in questa prima pronuncia, è il riconoscimento della giurisdizione statale, ovvero la riserva allo Stato della potestà normativa in punto di giurisdizione. E conseguentemente il dichiarato disinteresse della Corte relativamente all'arbitrato obbligatorio, o necessario, e della giurisdizione speciale, con una apertura però a una eventuale sottrazione di controversie alla giurisdizione sulla base della autonomia delle parti, ma non per il tramite di una fonte normativa che minasse l'unitarietà della giurisdizione<sup>10</sup>.

La sentenza di cinque anni successivi, e quindi la n. 2 del 1963 (relatore Michele Fragali), affronta una questione di legittimità costituzionale sollevata, con due ordinanze, dal Tribunale di Pisa in una causa tra Bertini Enrico (difeso da Giuseppe Maranini) e il Consorzio pisano vendita sabbia. Soggetto a giudizio di costituzionalità era il titolo VIII libro IV c.p.c., e quindi le disposizioni relative all'arbitrato, in relazione

---

<sup>7</sup> Così, G. Alpa, *L'arbitrato e la risoluzione stragiudiziale delle controversie*, nel vol. *Arbitrato. Profili di diritto sostanziale e di diritto processuale*, cit., 19-20

<sup>8</sup> Su cui, v. G. Alpa e V. Vigoriti, *L'arbitrato rituale*, nel vol. *Arbitrato*, ult. cit., 259 ss. V. altresì il vol. di C. Cavallini, *L'arbitrato rituale. Clausola compromissoria e processo arbitrale*, Egea, Milano 2009

<sup>9</sup> Il quale aveva già scritto in tema di arbitrato, cfr. N. Jaeger, *Arbitrati obbligatori e sollecitudine nei giudizi*, in *Foro italiano*, 1933, 11 ss.

<sup>10</sup> Sul punto, v. P. Gaggero, *L'arbitrato obbligatorio*, cit., 37 ss.

agli artt. 25 e 102 Cost. Dico subito che la Corte dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale, e lo fa attraverso un significativo ragionamento che entra nel merito dell'istituto arbitrale e la sua costituzionalità. La pronuncia peraltro fu oggetto di due importanti commenti: quello di Virgilio Andrioli<sup>11</sup> e quello di Paolo Barile<sup>12</sup>, entrambi con spunti critici e propositivi, di cui dirò.

La Corte costituzionale, nella decisione n. 2 del 1963, comincia con il riconoscere la costituzionalità dell'arbitrato citando i lavori della Assemblea Costituente: in particolare la seconda sottocommissione, che aveva escluso un possibile contrasto fra l'arbitrato e il principio statutale della giurisdizione, poi codificato nell'art. 102 Cost.<sup>13</sup> Da ciò ne discende l'opzione della Corte in favore della concezione privatistica del procedimento arbitrale. Il quale non lede la funzione giurisdizionale statale, anzi, scrive la Corte, <<si accorda con la riserva delle funzioni giurisdizionali sancita nel ricordato art. 102 della Costituzione>>., perché non vieta a ogni soggetto giuridico di svolgere la propria autonomia per la soluzione delle controversie di suo interesse. Salvo poi chiarire che il lodo non è assimilabile alla sentenza di un giudice, a meno che non sia il magistrato ordinario a provvedere, ovvero colui <<che riveste di imperatività il lodo, e questo acquista immutabilità dopo il decorso dei termini stabiliti per la sua impugnazione innanzi al magistrato ordinario>>. Insomma, afferma la Corte, <<manca all'arbitro il potere di produrre atti sostanzialmente identici a quelli promananti dalla potestà del giudice>>. Sul punto, Paolo Barile, citando il suo Maestro Piero Calamandrei, ha richiamato l'attenzione sullo specifico angolo visuale della <<cooperazione di privati alla formazione delle premesse logiche della sentenza [...] [nella] pacifica e costante presenza nel processo civile, senz'uopo di ricorso alla nozione di sentenza complessa>><sup>14</sup>. Per poi affermare, <<il processo arbitrale nasce non appena entra in funzione il controllo giudiziario; e che la presenza di tale controllo, senza il quale l'arbitrato resterebbe confinato in ogni caso fuori dell'area giurisdizionale, lo rende conforme all'art. 102 Cost.>><sup>15</sup>.

Sulla questione relativa a una presunta violazione dell'art. 25 Cost., in punto di giudice naturale, la Corte chiarisce che non vi è lesione in quanto la norma costituzionale non limita il potere soggettivo di scegliere fra più giudici ugualmente competenti, ovvero fra procedimenti altrettanto preordinati e concorrenti fra loro. Quindi, scrive la Corte, <<il procedimento arbitrale, inquadrato com'è fra quelli speciali, pone al soggetto soltanto una alternativa con il procedimento ordinario; ed è la scelta compiuta dalle parti che produce lo spostamento di competenza dal giudice del procedimento ordinario a quello di impugnativa

---

<sup>11</sup> V. Andrioli, *L'arbitrato rituale e la Costituzione*, in *Massimario giurisprudenza del lavoro*, 1963, 98 ss.

<sup>12</sup> P. Barile, *L'arbitrato e la Costituzione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1963, 22 ss. (poi in Id., *Scritti di diritto costituzionale*, Cedam, Padova 1967, 482 ss.)

<sup>13</sup> Su cui, v. F. Marone, *Giustizia arbitrale e Costituzione*, cit., 51 ss.

<sup>14</sup> P. Barile, *op.cit.*; ribadito in Id., *L'arbitrato rituale e la Corte costituzionale*, in *Rivista dell'arbitrato*, n. 1, 1992, 231 (corsivo nel testo)

<sup>15</sup> P. Barile, *L'arbitrato rituale e la Corte costituzionale*, cit., 232

del lodo, non il comando di una legge delusivo di una aspettativa maturata, o quello di un organo dello Stato al quale la legge stessa ha conferito la corrispondente potestà>>. Insomma: con la sentenza n. 2 del 1963 la Corte nell'affermare la compatibilità costituzionale delle norme che regolano l'arbitrato (ovvero il titolo VIII libro IV c.p.c.), specie sulla base del parametro degli artt. 25 e 102 Cost., ne ha riconosciuto la concezione privatistica, evidenziando come il lodo diventa sentenza solo a seguito di un provvedimento del magistrato ordinario.

Con la sentenza n. 50 del 1966 (relatore Francesco Paolo Bonifacio), la Corte è chiamata a pronunciarsi sul cd. arbitrato obbligatorio. La questione era stata sollevata in via incidentale attraverso una serie di ordinanze, con riferimento al giudizio di legittimità costituzionale del D.P.R. 14 luglio 1960, n. 1011, contenente norme sui licenziamenti individuali dei lavoratori dipendenti dalle imprese industriali. Il punto specifico riguardava la legittimità della recezione delle norme dell'accordo che si riferivano al "collegio di conciliazione ed arbitrato", che andrebbe a violare l'art. 102 Cost. La Corte sostiene che le censure mosse dal giudice *a quo* sarebbero state fondate se a tale organo fossero stati conferiti poteri di natura decisoria. Infatti, come scrive la Corte a conclusione della sentenza, <<i poteri demandati al collegio di conciliazione ed arbitrato non hanno affatto natura decisoria, e vien meno perciò la premessa che darebbe luogo al problema di una eventuale violazione dell'art. 102 della Costituzione. Che la legge abbia reso obbligatorio l'arbitrato [...] è cosa innegabile: ma da ciò non deriva che, novandosi dal contratto alla legge la fonte di legittimazione degli arbitri, il potere di questi muti natura. Se, infatti, le già esposte ragioni inducono a ritenere che si tratta di un potere operante sul piano negoziale, l'imposizione per legge dell'arbitrato, accompagnandosi alla sottrazione della nomina degli arbitri alla volontà delle parti, può se mai giustificare il problema se la legge non venga a violare un'eventuale garanzia offerta dalla Costituzione all'autonomia contrattuale (problema che in questa sede non può essere affrontato, perché fuori dell'oggetto del giudizio), ma non legittima certo il dubbio di una lesione della sfera di giurisdizione che l'art. 102 della Costituzione riserva al giudice ordinario>>. Un ragionare, questo della Corte, con il quale ammette l'arbitrato imposto, ovvero obbligatorio, in alternativa al giudizio ordinario ma privandolo di natura decisoria, e quindi confermando la funzione di tipo negoziale.

A più di dieci anni distanza, e quindi nel 1977, con la sentenza n. 127 (relatore Leopoldo Elia), la Corte innova la sua stessa giurisprudenza e dichiara incostituzionale il cd. arbitrato obbligatorio, laddove cioè non si riconosce la facoltà di adire l'autorità giudiziaria ordinaria. E' interessante notare come nell'*incipit* del "Considerato in diritto", la Corte affermi: <<Questa Corte esamina per la prima volta una questione di legittimità costituzionale in tema di arbitrato rituale obbligatorio o necessario>>, quasi a volere disconoscere che la sentenza del 1966 avesse a che fare con l'arbitrato obbligatorio, e comunque non entrava certo nel merito della compatibilità costituzionale con gli artt. 24 e 102 Cost. Era stato sottoposto

al giudizio di costituzionalità un articolo (il 25, primo comma) del r.d. n. 1127 del 1939 (in materia di brevetti per invenzioni industriali), per il tramite di un'ordinanza sollevata dal tribunale di Modena nel corso di un procedimento civile. Si sospettava l'incostituzionalità della norma con riferimento al parametro costituzionale dell'art. 24, comma 1, e dell'art. 102, comma 1, della Costituzione. La Corte accoglie la questione, emana una sentenza additiva e dichiara incostituzionale la norma <<nella parte in cui non riconosce la facoltà dell'inventore e del datore di lavoro di adire l'autorità giudiziaria ordinaria>>. Viene quindi a essere assunta la libera scelta delle parti, nella loro autonomia, di quale giudice adire, statale o privato, senza che vi sia un obbligo di fare risolvere il contenzioso da un soggetto ovvero dall'altro. E' la libera determinazione delle parti quale elemento idoneo a giustificare la deroga alla giurisdizione statale. E' sempre la libera determinazione delle parti a determinare la costituzionalità dell'arbitrato, attraverso un'interpretazione del combinato disposto degli art. 24 e 102 Cost.<sup>16</sup>, ma proprio per questo risulta incostituzionale l'arbitrato obbligatorio, che priva le parti di disporre della loro autonomia di scelta. Sostiene la Corte, che <<la "fonte" dell'arbitrato non può più ricercarsi e porsi in una legge ordinaria o, più generalmente, in una volontà autoritativa: ed il principio fissato dall'art. 806, primo comma, (prima parte), del codice del rito civile ("Le parti possono far decidere da arbitri le controversie fra loro insorte...") assume il carattere di principio generale, costituzionalmente garantito, dell'intero ordinamento>>. Sul punto, si appunta una puntuale e puntuta critica di un autorevole studioso, il quale rivela un <<errore ermeneutico e metodologico di fondo>>, perché <<non si può leggere la Costituzione alla luce degli artt. 806 c.p.c.; semmai si deve fare il contrario: leggere il codice di procedura civile alla luce della Costituzione>>. Affermazione pienamente condivisibile<sup>17</sup>. Che evoca un famoso passo della giurisprudenza costituzionale (sent. n. 356 del 1996: relatore Gustavo Zagrebelsky), dove viene affermato che <<una legge si dichiara incostituzionale non perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali>>. La decisione del 1977 sull'incostituzionalità dell'arbitrato obbligatorio, perché le parti devono sempre essere nella libera facoltà di scegliere a chi affidare la risoluzione del contenzioso, assumerà una sorta di *stare decisis* nella giurisprudenza costituzionale<sup>18</sup>, fino alla più recente sentenza n. 123 del 2018 (relatore Prosperetti), con la quale dichiara incostituzionale una norma (art. 24, commi 7 e 8, del r.d. n. 2578 del 1925), nella parte in cui non riconosce il diritto di ciascuna parte di adire l'autorità giudiziaria ordinaria, imponendo l'arbitrato obbligatorio. Con la decisione del 1977 si apre però un significativo *favor arbitratus* da parte della

---

<sup>16</sup> Sul punto, V. Andrioli, *L'arbitrato rituale e la Costituzione*, cit., 1146 e, da ultimo, F. Marone, *op. cit.*, cit., 136

<sup>17</sup> Così, P. Perlingieri, *Arbitrato e Costituzione*, cit., 37

<sup>18</sup> Vedi Corte cost. sentenze n. 221 del 2005, n. 325 del 1998, n. 381 del 1997, n. 152 e n. 54 del 1996, n. 232, n. 206 e n. 49 del 1994, n. 488 del 1991 e, naturalmente, n. 127 del 1977

giurisprudenza costituzionale, prolegomeno alla pronuncia con la quale verrà riconosciuta la funzione giurisdizionale dell'arbitrato.

### 3. L'arbitrato lungo il percorso della giurisprudenza costituzionale, la fase giurisdizionale

A mio parere, infatti, è la sentenza n. 376 del 2001 (relatore Annibale Marini) che sancisce la natura oggettivamente giurisdizionale dell'istituto arbitrale. Con questa pronuncia, infatti, la Corte riconosce al Collegio arbitrale il potere sollevare la questione di legittimità costituzionale di una norma, che interessa il procedimento arbitrale e che si presume possa essere incostituzionale<sup>19</sup>. La Corte parte dal riconoscere la più marcata assimilazione, nella evoluzione normativa, del collegio arbitrale - quando si tratti di arbitrato rituale - all'autorità giudiziaria, la sostanziale equiparazione del lodo alla sentenza giudiziale, l'introduzione dell'impugnazione per nullità del lodo per violazione del contraddittorio e infine la novella dell'art. 819 del codice di procedura civile. Preso atto, come noto, che la questione incidentale deve sorgere <<nel corso di un giudizio dinanzi a una autorità giurisdizionale>> (come afferma l'art. 1 della l. cost. n. 1 del 1948 e art. 23 della l. n. 87 del 1953), la Corte riconosce il potere del Collegio arbitrale di sollevare l'incidente di costituzionalità, attribuendogli pertanto la legittimazione quale *giudice a quo*<sup>20</sup>, e quindi investendolo del ruolo e funzione di autorità giurisdizionale. E' pur vero, come è stato affermato, che in punto di giudici e giurisdizioni la Corte ha seguito un orientamento eclettico, che si prestano a conclusioni non rigidamente obbligate<sup>21</sup>, ma in questo caso mi pare chiara e precisa la posizione della giurisprudenza costituzionale relativamente alla legittimazione del collegio arbitrale come *giudice a quo*, e quindi come autorità giurisdizionale. Scrive il giudice delle leggi: <<basta osservare che l'arbitrato costituisce un procedimento previsto e disciplinato dal codice di procedura civile per l'applicazione obiettiva del diritto nel caso concreto, ai fini della risoluzione di una controversia, con le garanzie di contraddittorio e di imparzialità tipiche della giurisdizione civile ordinaria. Sotto l'aspetto considerato, il giudizio arbitrale non si differenzia da quello che si svolge davanti agli organi statali della giurisdizione, anche per quanto riguarda la ricerca e l'interpretazione delle norme applicabili alla fattispecie [...]. In un assetto

---

<sup>19</sup> Smentendo così autorevole dottrina, che negava la possibilità in capo agli arbitri di sollevare q.l.c. e auspicava piuttosto che questi potessero disapplicare le norme da loro ritenute incostituzionali, così P. Barile, *op. ult. cit.*, 232

<sup>20</sup> Secondo la giurisprudenza costituzionale, per aversi giudizio *a quo* è sufficiente che sussista esercizio di <<funzioni giudicanti per l'obiettiva applicazione della legge>> da parte di soggetti, <<pure estranei all'organizzazione della giurisdizione>>, <<posti in posizione *super partes*>>: cfr. sentenze n. 387 del 1996, n. 226 del 1976 e n. 83 del 1966. Al giudizio *a quo*, la Corte costituzionale dedicò un seminario nel novembre 1989, i cui *Atti* di quella giornata furono poi pubblicati nel vol. Corte costituzionale, *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale*, Giuffrè, Milano 1990

<sup>21</sup> Cfr. V. Onida, *Giurisdizioni e giudici nella esperienza della Corte costituzionale*, nel vol. *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo*, a cura di P. Barile-E. Cheli-S. Grassi, il Mulino, Bologna 1982, 193 ss. Più recentemente, anche per una sintesi, G. Zagrebelsky e V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna 2012, 272 ss.

costituzionale nel quale è precluso ad ogni organo giudicante tanto il potere di disapplicare le leggi, quanto quello di definire il giudizio applicando leggi di dubbia costituzionalità, anche *gli arbitri - il cui giudizio è potenzialmente fungibile con quello degli organi della giurisdizione - debbono utilizzare il sistema di sindacato incidentale sulle leggi* [...]. Conclusivamente, dunque, va affermato, alla luce della richiamata giurisprudenza di questa Corte, che *anche gli arbitri rituali possono e debbono sollevare incidentalmente questione di legittimità costituzionale delle norme di legge* che sono chiamati ad applicare, quando risulti impossibile superare il dubbio attraverso l'opera interpretativa>> (corsivi miei).

La sentenza n. 376 del 2001 certifica, per così dire il passaggio ovvero l'affrancamento dell'arbitrato dalla funzione negoziale alla funzione giurisdizionale, in quanto conforme all'art. 24 e all'art. 102 Cost. (come già visto nella precedente giurisprudenza) e in quanto garantisce il contraddittorio e l'imparzialità, capisaldi della funzione giurisdizionale. Su posizioni differenziate si muovono, in prima battuta, le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione, le quali inizialmente negano <<la configurabilità del processo arbitrale come affidamento agli arbitri di una frazione di quello stesso potere giurisdizionale che la legge attribuisce al giudice dello Stato [...] [pertanto] il giudizio arbitrale è antitetico a quello giurisdizionale e ne costituisce la negazione>> (così, Cass. civ. Sez. Unite n. 527 del 2000). Ancora, e nonostante la decisione della Corte costituzionale prima ricordata, le Sezioni Unite, con sentenza n. 10723 del 2002, interpretano la pronuncia della Consulta nel senso che quest'ultima <<avrebbe unicamente constatato [...] la presenza di un giudizio, vale a dire di un procedimento disciplinato dal Codice di procedura civile, senza per questo aver negato la natura privatistica dell'arbitrato rituale>>. La Corte costituzionale tornava sull'istituto arbitrale, con la sentenza n. 223 del 2013 (relatore Luigi Mazzella), per ribadire e confermare la natura giurisdizionale dell'arbitrato rituale. Come afferma in maniera esplicita <<Anche se l'arbitrato rituale resta un fenomeno che comporta una rinuncia alla giurisdizione pubblica, esso mutua da questa ultima alcuni meccanismi al fine di pervenire a *un risultato di efficacia sostanzialmente analoga a quella del dictum del giudice statale*>> (corsivo mio). A questo punto, a distanza di poco tempo, si assiste a un *revirement* della Corte Suprema di Cassazione la quale, con ordinanza n. 24153 del 2013, riconosceva la natura giurisdizionale dell'arbitrato, motivando altresì sulla base delle novelle normative del codice di procedura civile, che hanno riguardato l'istituto arbitrale, a partire dall'art. 827 c.p.c. (modificato nel 1994, che consente l'impugnabilità autonoma del lodo) e poi gli artt. 816-*quinques* e *sexies* (che ammette l'intervento di terzi), 819-*bis* e *ter*, (che codificano la possibilità per gli arbitri di sollevare la q.l.c.), 824-*bis* (che equipara gli effetti del lodo alla sentenza della A.G.) e anche il d.lgs. n. 40 del 2006. Insomma, alla fine anche la Corte Suprema di Cassazione può riconoscere espressamente <<che anche gli arbitri esercitano una funzione giurisdizionale>>.

Ultima pronuncia, a oggi, della Corte costituzionale è quella già citata con riferimento all'incostituzionalità dell'arbitrato obbligatorio, confermando così una sua consolidata giurisprudenza (sent. n. 123 del 2018). Si segnala una recente rimessione alla Corte di una q.l.c. sollevata da un Collegio arbitrale, con riferimento sia alla l. n. 190 del 2012 (art. 1, comma 5) in contrasto con il parametro costituzionale degli artt. 3, 24, 25, 41, 108 e 111 Cost., sia al d. lgs. n. 163 del 2006 (art. 241, comma 1), in contrasto con il parametro costituzionale degli artt. 3, 24, 41, 97, 102 e 111 Cost. La questione è stata iscritta al Reg. ord. n. 82 del 2018 (in G.U. n. 22 del 2018) e si attende il pronunciamento della Corte costituzionale.

#### 4. Brevi conclusioni e prospettive future

Si deve quindi imputare alla giurisprudenza costituzionale il merito di avere collocato l'istituto arbitrale quale organo giurisdizionale in funzione del "servizio giustizia". E quindi della necessità che si faccia giustizia anche in nome dell'autonomia dei privati, rispettando, ovvero conformandosi alla Costituzione e le sue disposizioni normative in punto di giudici, giurisdizione e principi del giusto processo. Ho scritto all'inizio, citando Alpa, che la vicenda dell'istituto arbitrale poteva essere sintetizzata, salvo ulteriori specificazioni, con il titolo: *Dal diritto pubblico al diritto privato*<sup>22</sup>. Occorre allora specificare, anche al fine di non cadere in equivoci, che il "traghetamento" dal pubblico al privato deve intendersi quello dalla funzione pubblica a quella privata, ovvero una giustizia affidata a privati che esercitano potestà giurisdizionale. Non è certo una privatizzazione del servizio giustizia ma piuttosto l'esercizio di una "giurisdizione senza Stato", secondo una felice formula già citata. Da ciò ne deriva una erosione della sovranità statale, che si manifesta per il tramite del disconoscimento del monopolio dello Stato con riguardo alla giurisdizione, inteso cioè come esercizio della funzione riservato al potere pubblico statale. Si è così legittimata la "giurisdizione privata" pienamente sostitutiva di quella del giudice ordinario, a essa equivalente<sup>23</sup>. La cui fonte di legittimazione, quindi, non va più trovata nella sovranità e nella giurisdizione statale ma piuttosto nell'autonomia dei privati.

Si possono immaginare ulteriori scrutini di costituzionalità in merito al funzionamento dell'istituto arbitrale? Vengono in mente i cd. arbitrati amministrati, ovvero la regolazione della disciplina degli arbitrati da parte di una serie di soggetti, quali le Camere di commercio ovvero l'Anac e la Consob, con riferimento all'organizzazione degli stessi e non certo riferibili alla disciplina processuale, che

---

<sup>22</sup> G. Alpa, *Dal diritto pubblico al diritto privato*, parte prima (*La "grande dicotomia" e la revisione della concezione tradizionale*) e parte seconda (*Il superamento della dicotomia nel diritto post-moderno*), cit.

<sup>23</sup> Sulla erosione della sovranità statale in punto di giurisdizione, v. di recente S.M. Carbone, *Per una interpretazione internazionalmente orientata della disciplina italiana dell'arbitrato: prospettive di sviluppo*, nel vol. *L'autonomia negoziale nella giustizia arbitrale*, ESI, Napoli 2016, 183 ss.

naturalmente è prevista dal Codice di procedura civile<sup>24</sup>. In particolare, potrebbe creare forme di perplessità costituzionale la scelta e la nomina degli arbitri negli arbitrati amministrati, dovuti alla loro diversificazione e quindi alla mancata omogeneità di regole comuni. Da un lato la previsione di un albo al quale fare domanda d'iscrizione sulla base di una non meglio specificata qualificazione professionale, dall'altro lato sulla base di una scelta affidata, tendenzialmente in via discrezionale, a un Consiglio interno all'organo che gestisce amministrativamente l'arbitrato. E altri esempi potrebbero essere fatti<sup>25</sup>. Sebbene l'assenza della legittimazione politica dei collegi arbitrali è compensata, il più delle volte, dall'autorevolezza ed equidistanza riconosciuta dalle parti ai suoi componenti. La questione dell'indipendenza e dell'autorevolezza degli arbitri è determinante: <<l'arbitro, quale che ne sia l'estrazione, deve, non meno del giudice togato, essere ed apparire imparziale nel corso di tutto il processo e all'atto della decisione>><sup>26</sup>. Sul piano del parametro costituzionale, ai fini di un'ulteriore conferma del ruolo e della funzione giurisdizionale dell'arbitrato, si può immaginare l'utilizzo dell'art. 118 Cost., che disciplina la sussidiarietà (orizzontale). La torsione verso una maggiore sensibilità nei confronti del privato e una conseguente riduzione dell'interventismo pubblico sta avvenendo, in Italia e non senza poche difficoltà, soprattutto a seguito della costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà (*ex art. 118 Cost.*), che si è determinata con legge cost. del 2001. Infatti, la forza espansiva del principio di sussidiarietà, vero snodo di procedura costituzionale attraverso il quale si subordina il pubblico al privato, oltreché incidere sulle attività economiche e dei servizi sociali, si innerva anche nella giurisdizione, in modo tale che l'intervento autoritativo giurisdizionale finisce con l'essere considerato l'ultima *chance* a disposizione dei soggetti in lite, quando le soluzioni alternative non sembrano raggiungere lo scopo. La sussidiarietà della giurisdizione, quindi, consiste nel favorire le parti in una controversia verso una serie di soluzioni alternative al giudizio ordinario: dalla risoluzione negoziale diretta tra le parti, alla conciliazione, all'arbitrato<sup>27</sup>. Ovviamente, solo quando si tratta di diritti disponibili.

Certo, non è solo una nuova concezione della forma di Stato, con la (conseguenziale) codificazione costituzionale del principio di sussidiarietà, ad avere consentito l'espandersi del *favor arbitratus* in Italia. C'è anche la questione dell'abuso del processo, ovvero l'esasperata conflittualità, e pertanto un eccesso di richiesta di tutela presso i tribunali (secondo dati ministeriali ci sono oltre quattro milioni di ricorsi all'anno davanti al giudice civile). C'è quindi una sempre maggiore inadeguatezza, a seguito dell'ingolfamento della domanda di giustizia, del "sistema giustizia" statale a fornire un servizio

---

<sup>24</sup> Sugli arbitrati amministrati, v. S. Azzali, *L'arbitrato amministrato e l'arbitrato ad hoc*, nel vol. *Arbitrato. Profili di diritto sostanziale e di diritto processuale*, cit., 829 ss.

<sup>25</sup> V., da ultimo, alcune interessanti indicazioni in F. Marone, *op.cit.*, 188 ss.

<sup>26</sup> Così, E. Fazzalari, *L'etica dell'arbitrato*, in *Rivista dell'arbitrato*, n. 1, 1992, 1 ss.

<sup>27</sup> Sia consentito il rinvio a T.E. Frosini, *Un nuovo paradigma di giustizia: le Alternative Dispute Resolutions*, cit.



tempestivo ed efficiente. C'è pertanto una “irragionevole” durata dei processi (a dispetto dell'art. 111 Cost.), che porta ad avere una decisione, dopo essere passati attraverso tutti i gradi di giudizio, in un tempo spaventosamente lungo, che può arrivare financo a dieci anni e più dall'introduzione del ricorso (con la conseguente condanna dell'Italia da parte della Corte Edu, *ex art. 6 della Cedu*). Certo, l'arbitrato non è *la* soluzione ma senz'altro *una delle* soluzioni, come da tempo dimostrato, tra gli altri, dalle esperienze di diritto comparato<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> Per i termini di confronto, v. G. Recchia, *L'arbitrato nel diritto comparato*, cit.; Aa.Vv., *L'altra giustizia. I metodi alternativi di risoluzione delle controversie nel diritto comparato*, a cura di V. Varano, Giuffrè, Milano 2007