CORTE COSTITUZIONALE

Sentenza **2/1963** (ECLI:IT:COST:1963:2)
Giudizio: **GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE IN VIA INCIDENTALE**
Presidente: **AMBROSINI** - Redattore: - Relatore: **FRAGALI**
Udienza Pubblica del **14/11/1962**; Decisione del **05/02/1963**
Deposito del **12/02/1963**; Pubblicazione in G. U.
Norme impugnate:
Massime: **1705 1706 1707**
Atti decisi:

N. 2

SENTENZA 5 FEBBRAIO 1963

Deposito in cancelleria: 12 febbraio 1963.

Pubblicazione in "Gazzetta Ufficiale" n. 45 del 16 febbraio 1963

Pres. AMBROSINI - Rel. FRAGALI

LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori: Prof. GASPARE AMBROSINI, Presidente - Prof. GIUSEPPE CASTELLI AVOLIO - Prof. ANTONINO PAPALDO - Prof. NICOLA JAEGER - Prof. BIAGIO PETROCELLI - Dott. ANTONIO MANCA - Prof. ALDO SANDULLI - Prof. GIUSEPPE BRANCA - Prof. MICHELE FRAGALI - Prof. COSTANTINO MORTATI - Prof. GIUSEPPE CHIARELLI - Dott. GIUSEPPE VERZÌ, Giudici,

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di legittimità costituzionale del titolo VIII del libro IV del Codice di procedura

civile, promosso con due ordinanze emesse il 27 luglio 1961 dal Tribunale di Pisa nei procedimenti civili vertenti tra Bertini Enrico ed il "Consorzio pisano vendita sabbia", iscritte ai nn. 172 e 173 del Registro ordinanze 1961 e pubblicate nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 287 del 18 novembre 1961.

Visti l'atto di intervento del Presidente del Consiglio dei Ministri e gli atti di costituzione in giudizio di Bertini Enrico e del "Consorzio pisano vendita sabbia";

udita nell'udienza pubblica del 14 novembre 1962 la relazione del Giudice Michele Fragali;

uditi gli avvocati Giuseppe Maranini e Luigi Del Vivo, per Bertini Enrico, l'avvocato Luciano Zanotti, per il "Consorzio pisano vendita sabbia" e il sostituto avvocato generale dello Stato Franco Chiarotti, per il Presidente del Consiglio dei Ministri.

Ritenuto in fatto:

1. - Con due separate ordinanze del 27 luglio 1961, emesse in distinte cause promosse da Bertini Enrico contro il "Consorzio pisano vendita sabbia" per l'interpretazione di alcune clausole dello statuto del Consorzio e per opposizione al precetto e ad atti esecutivi promossi dal Consorzio stesso in base a lodo arbitrale, il Tribunale di Pisa rimise a questa Corte la questione di legittimità costituzionale del titolo VIII del libro IV del Codice di procedura civile, sollevata dal Bertini in relazione agli artt. 25 e 102 della Costituzione.

Il Tribunale rilevò che è tuttavia propugnata nella dottrina una concezione dell'istituto arbitrale che vede, negli arbitri, dei veri e propri giudici designati dalle parti, ma investiti direttamente dalla legge di un potere giurisdizionale, e, nel procedimento arbitrale, un processo giurisdizionale anche prima che il pretore renda esecutivo il lodo, avendo il decreto pretorio solo carattere di atto amministrativo di approvazione. Rilevò ancora che, in giurisprudenza, sono stati riconosciuti al compromesso effetti anche positivi di diritto processuale, e l'istituto arbitrale è stato qualificato come sostitutivo della giurisdizione ordinaria; nel processo di impugnazione del lodo si è ravvisato una fase processuale di secondo grado, e nell'eccezione di compromesso una vera e propria eccezione di incompetenza. Soggiunse che, secondo la teoria intermedia, l'atto giurisdizionale è costituito dalla fusione del lodo e del decreto pretorile, il quale farebbe acquistare retroattivamente carattere giurisdizionale al procedimento arbitrale e all'attività svolta dagli arbitri. Osservò che tali valutazioni fanno sorgere un insanabile contrasto fra le norme che disciplinano l'arbitrato e gli artt. 102 e 25 della Costituzione, che determinano, l'uno la riserva della funzione giurisdizionale a magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario, e l'altro il divieto di distogliere dal giudice naturale precostituito per legge.

Le due ordinanze furono notificate alle parti e al Presidente del Consiglio dei Ministri, comunicate ai Presidenti delle due Camere e pubblicate nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica.

Si costituirono nei giudizi tanto il Bertini quanto il Consorzio, e intervenne in essi il Presidente del Consiglio dei Ministri.

2. - Il Bertini, nelle deduzioni depositate il 21 settembre 1961, rileva che l'arbitrato regolato dal Codice di procedura civile è un istituto da collocarsi nel campo del processo, sia per i sostenitori della teoria giurisdizionalista, sia per quelli della teoria intermedia, sia per gli altri della teoria privatistica. L'arbitrato, infatti, culmina in quell'atto giurisdizionale che è il decreto del pretore, il quale dà al lodo la forma di sentenza esecutiva; il pretore esercita però un sindacato formale sul lodo, e i veri giudici che lo formarono sono gli arbitri, i quali assolsero

una vera e propria funzione giurisdizionale, avendoli le parti incaricati di risolvere controversie con i poteri e gli obblighi propri di tale funzione. Così essendo si ha, nell'arbitrato rituale, la nomina privata di giudici, scelti fra persone che non compongono l'ordine giudiziario secondo la legge che lo regola, e la distrazione della controversia dal giudice naturale, che è il giudice precostituito per legge e previsto dall'ordinamento giudiziario, vale a dire istituito in base a criteri generali prefissati, e non creati post factum.

Rileva ancora il Bertini, nelle deduzioni predette, che l'arbitro rituale è, nella sostanza, un giudice speciale, anzi quanto mai speciale, essendo istituito dalla volontà privata; che l'istituto arbitrale, destinato a correggere le deficienze del procedimento ordinario e dell'organizzazione giudiziaria, implica una vera e propria abdicazione da parte dello Stato nei confronti della più gelosa delle sue funzioni, quella giurisdizionale; che, a differenza dell'arbitrato irrituale, che ha funzione transattiva, quello rituale, mirando all'applicazione del diritto, non può non ritenersi destinato a svolgere una funzione giurisdizionale, che in tale applicazione si risolve.

3. - Il Consorzio, nelle deduzioni depositate il 22 settembre 1961, osserva che la giurisprudenza della Corte di cassazione ha ravvisato nel decreto un atto che colorisce ex postea il procedimento arbitrale, attribuendogli retroattivamente solo gli effetti che son propri del processo giurisdizionale; in modo che, prima di tale decreto, il procedimento manca dei caratteri di quel processo. Gli arbitri non possono escutere coattivamente testimoni, eseguire coattivamente ispezioni oculari, concedere misure cautelari, emettere decreti ingiuntivi, e così essi mancano degli attributi e dei poteri propri degli organi giurisdizionali; il decreto del pretore che conferisce al lodo efficacia di sentenza ha riguardo, non all'esecutività propria delle pronunzie giurisdizionali, ma alla loro imperatività; il Codice di procedura denomina lodo la pronuncia arbitrale quando accenna ad essa come ad un atto non ancora integrato dal decreto pretorio.

4. - Il Presidente del Consiglio dei Ministri, nel suo atto di intervento, con riguardo alla dedotta violazione dell'art. 25, primo comma, della Costituzione, osserva che questo articolo vuole affermare la posizione di libertà del cittadino, al quale si garantisce, come valida espressione del suo diritto alla legalità, un giudice precostituito per legge, in modo da evitare l'abuso del processo mediante la costituzione di organi che, per essere privi di imparzialità e di indipendenza, non sono in grado di esercitare convenientemente la giurisdizione; non vuole cioè sottrarre alla legge ordinaria la regolamentazione del processo, ma vuole porre un limite all'istituzione dei tribunali straordinari costituiti per giudicare su fatti non previsti come reati al tempo della loro consumazione, o il cui accertamento era, a quel tempo, demandato ai giudici ordinari. Invece il compromesso e la clausola arbitrale attuano una espressa rinunzia alla cognizione da parte del giudice ordinario di una o più controversie in materia di diritti disponibili, ed hanno alla base la volontà delle parti di disporre di tali diritti, onde si è fuori dal campo regolato dalla norma costituzionale invocata.

Per quanto concerne il richiamo all'art. 102 della Costituzione, il Presidente del Consiglio dei Ministri nega che, all'analogia dell'iter logico e sillogistico fra la pronuncia arbitrale e la decisione del giudice, corrisponda l'analogia nei compiti e nei poteri dell'arbitro e del giudice, non essendo richiesto il giuramento ai testi che depongono innanzi agli arbitri; essendo diversa da quella del giudice l'attività che compete all'arbitro con riferimento alle varie specie di consulenze tecniche; essendo l'attività arbitrale del tutto subordinata a quella superiore dell'autorità giudiziaria ordinaria; perdendo il lodo ogni efficacia o validità se venga rifiutato il decreto pretorio o venga accolta la querela nullitatis; essendosi negato, sotto il profilo penale, che l'arbitro possa essere ritenuto un pubblico ufliciale o un incaricato di pubblico servizio. Viene rilevato che la Corte di cassazione, aderendo alla teoria mista, ha escluso che, di per sé ed indipendentemente dal decreto del pretore, la funzione degli arbitri sia giurisdizionale, e, pure essendo vero che l'attività dell'arbitro consiste sempre in un dicere ius, la necessità di un concorrente intervento di un magistrato ordinario perché il dicere dell'arbitro divenga dicere di un giudice farebbe ritenere osservato, in senso ampio, il principio enunciato nel predetto

art. 102 della Costituzione.

Il Presidente del Consiglio conclude che, comunque, se la qualificazione a posteriori come giurisdizionale della funzione dell'arbitro fa ritenere questo come giudice speciale, la legittimità delle norme che la regolano sarebbe tuttora assicurata dalla VI disposizione transitoria della Costituzione.

5. - Nella memoria depositata il 20 ottobre 1962, il Bertini, riconfermati i rilievi esposti nelle deduzioni svolte nell'atto della sua costituzione in giudizio, oppone ulteriormente che è irrilevante contrastare la natura giurisdizionale delle funzioni dell'arbitro ponendo a confronto la diversità dei compiti e dei poteri del giudice e dell'arbitro, perché la maggiore o minore ampiezza dei poteri di un giudice non influenza la natura della sua attività, tanto vero che diversi sono i compiti e i poteri dei giudici ordinari, a seconda delle varie fasi del giudizio, della natura del processo e delle varie situazioni che la legge è chiamata a regolare. L'attività dell'arbitro non resta subordinata all'autorità giudiziaria ordinaria, né risulta intaccata nella sua essenza e sostanza: il pretore esercita su quell'attività un sindacato minore di quello che può svolgere il giudice che deliba la sentenza straniera, la quale rimane il frutto di una attività giurisdizionale, anche se soggetta a controllo dell'autorità giudiziaria italiana.

Non ha rilevanza, ai fini della questione di legittimità, nemmeno l'assunto che la funzione arbitrale assume carattere giurisdizionale soltanto con il decreto pretorio, visto che esso ha effetto retroattivo; in modo che quel carattere rimane riconosciuto alla attività dell'arbitro fin dall'origine, e quindi per il periodo anteriore alla pronunzia pretoria.

Non è conducente inoltre distinguere fra fase logica e fase volitiva nel processo formativo di una sentenza, per assegnare soltanto alla prima l'attività dell'arbitro, perché l'operazione degli arbitri è logica ed insieme volitiva, decidendo essi in concreto, e in modo imperativo, una controversia determinata, e perché non muta l'essenza e la natura di un atto giuridico per il fatto che esso sia, in ipotesi, sottoposto ad una condizione sospensiva di efficacia, che potrebbe anche consistere nella manifestazione del volere di un terzo o nell'emanazione di un atto di controllo della pubblica autorità.

Il Bertini contesta pure che la giurisdizione arbitrale sia in atto coperta dalla VI disposizione transitoria della Costituzione. Questa si riferisce ad un giudice che fa parte dell'organizzazione dello Stato, mentre gli arbitri sono giudici privati istituiti e nominati da privati. Comunque la disposizione predetta non può indurre la Corte costituzionale a riconoscere la liceità dell'inosservanza illimitata o definitiva della Costituzione, e a legittimare l'attività dei giudici speciali a quindici anni dall'entrata in vigore della Costituzione stessa.

Infine, viene considerato che, non esistendo nel giudizio arbitrale un organo che possa svolgere le funzioni di notifica dell'ordinanza di trasmissione alla Corte della questione di legittimità che la legge affida all'ufficio del cancelliere, l'accettazione della competenza arbitrale implicherebbe una inammissibile rinuncia al controllo di costituzionalità delle leggi, e la vigilanza costituzionale del giudice non potrebbe operare mediante l'esercizio del potere di provocare di ufficio quel controllo.

6. - Nella memoria depositata il 29 ottobre 1962 il Presidente del Consiglio dei Ministri premette che la discussione va limitata al raffronto fra l'istituto dell'arbitrato rituale e le norme degli artt. 25, primo comma, e 102, primo comma, della Costituzione, alle quali si è riferito il Tribunale di Pisa; esclude che, ad esempio, possa discutersi se sia in contrasto con l'art. 111 della Costituzione la seconda parte dell'ultimo comma dell'art. 829 del Codice di procedura civile, in cui si esclude l'impugnazione di nullità del lodo arbitrale per inosservanza delle regole di diritto, quando le parti abbiano autorizzato gli arbitri a decidere secondo equità o abbiano dichiarato il lodo non impugnabile. A parte che la norma predetta può essere interpretata in un senso che non contrasta con il citato art. 111 della Costituzione.

Confermate poi le osservazioni svolte nell'atto di intervento, il Presidente del Consiglio dei Ministri soggiunge che la clausola compromissoria implica costituzione di una competenza predeterminata; conclude che, in materia di diritti disponibili, le parti possono astenersi dal portare la controversia all'esame del giudice, transigerla, concordare l'astensione dell'impugnazione in uno o più gradi; e l'abuso del processo non può venire in discussione in tutti i casi in cui le parti possono disporre dei loro diritti.

7. - All'udienza del 14 novembre 1962 le parti hanno ribadito e sviluppato gli assunti esposti nelle deduzioni e nelle memorie predette.

Considerato in diritto:

1. - In entrambe le due ordinanze il Tribunale di Pisa prospetta i medesimi dubbi sulla legittimità costituzionale delle disposizioni relative all'arbitrato, contenute nel titolo ottavo del libro quarto del Codice di procedura civile. Pertanto, le due cause possono essere decise con una sola sentenza.

I dubbi proposti non hanno però ragione di essere, perché è infondato che l'istituto arbitrale intacchi il principio per cui l'esercizio della funzione giurisdizionale è riservato a magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario (art. 102 della Costituzione), o deroghi alla norma che vieta di distogliere dal giudice naturale precostituito per legge (art. 25 della Costituzione).

2. - L'assunto secondo il quale la funzione arbitrale contraddice al principio della statualità della giurisdizione fu smentito durante i lavori preparatori dell'art. 102 della Costituzione, nel corso dei quali fu autorevolmente riferito che la Seconda Sottocommissione aveva ritenuto insussistente l'asserito contrasto, e che il Comitato di redazione, nell'elaborare il testo dell'articolo, aveva inteso rispettare l'istituto arbitrale, formandosi gli arbitrati per volontà delle parti e basandosi, quindi, sui poteri a queste spettanti.

E infatti l'art. 102 predetto significa bensì che la legge può affidare solo a magistrati l'esercizio della funzione giurisdizionale, salve le eccezioni stabilite per le sezioni specializzate e per la partecipazione popolare all'amministrazione della giustizia; ma non vuol dire altresì che sia vietato ad ogni soggetto giuridico di svolgere la propria autonomia per la soluzione delle controversie di suo interesse e di ricorrere ad un mezzo, come quello dell'arbitrato, che è legittimato da un regolamento convenzionale del diritto di azione, valido nel limite in cui su questo diritto la volontà singola opera efficacemente.

L'ordinamento legale dell'arbitrato non è lesivo della riserva disposta dall'art. 102 della Costituzione perché, quando la parte vuole che il lodo assuma la forma della sentenza, che è il momento sul quale influisce la riserva citata, è il magistrato ordinario che provvede: è lui, infatti, che riveste di imperatività il lodo, e questo acquista immutabilità dopo il decorso dei termini stabiliti per la sua impugnazione innanzi al magistrato ordinario o dopo l'esperimento infruttuoso di tale impugnazione. Il decreto del pretore poi, secondo l'art. 825, terzo comma, del Cod. proc. civ., conferisce al lodo la efficacia, non la natura, di una sentenza, pur se di sentenza si parla in articoli successivi a quello ricordato; in modo che manca nell'arbitro il potere di produrre atti sostanzialmente identici a quelli promananti dalla potestà del giudice.

Mantiene aperta la disputa sull'istituto arbitrale soltanto la determinazione della portata del decreto che dà efficacia esecutiva al lodo: se cioè questo decreto lascia nella sfera dell'attività privata gli atti anteriori o se li acquista come frazione di un procedimento giurisdizionale. Ma il dissenso che la disputa esprime non influisce sulla soluzione della

questione sottoposta al giudizio della Corte: infatti, non si contesta che il decreto del pretore tiene fermo il rapporto fra l'arbitro e le parti, e si concorda nel riconoscere che ove non venga richiesto il decreto del pretore o il pretore neghi l'esecutorietà, il lodo non perviene nel campo del diritto come pronuncia di giudice. Queste constatazioni ribadiscono che l'istituto arbitrale si accorda con la riserva delle funzioni giurisdizionali sancita nel ricordato art. 102 della Costituzione.

È allora privo di influenza sulla questione proposta alla Corte il rilevare che l'eccezione compromissoria è assoggettata alla medesima disciplina dell'eccezione di incompetenza del giudice; che il pretore svolge soltanto un controllo formale sul lodo prima di dargli esecutorietà; che il procedimento di impugnazione per nullità del lodo esecutivo è ritenuto una fase processuale di secondo grado. A parte ogni giudizio sulla loro fondatezza, codeste opinioni o determinano gli effetti del negozio compromissorio sul diritto di azione che, riguardando l'autonomia soggettiva, non sono implicati, come si è detto, dalla norma costituzionale richiamata innanzi a questa Corte, o valutano quella parte del procedimento che si svolge innanzi al giudice ordinario e che quindi non suscita discordanze con il contenuto di quella norma.

Altrettanto non influente è l'osservare che il procedimento arbitrale viene definito un surrogato o un equivalente della giurisdizione, oppure che quel procedimento non permette di provocare un controllo di legittimità costituzionale di una norma dedotta dalle parti o ritenuta applicabile dall'arbitro. Nel primo caso, se mai, si suffraga l'idea che l'attività dell'arbitro è estranea al campo di applicazione dell'art. 102 della Costituzione; nel secondo caso la questione di legittimità si pone fuori dai limiti dell'ordinanza, la quale infatti non prospetta quel profilo, e comunque va fuori dell'ambito del citato art. 102, che non riguarda il controllo di legittimità costituzionale. La parte privata, peraltro, ha finito per ammettere che non mancano rimedi idonei a rimuovere gli ostacoli cui si è riferita, e ciò dispensa la Corte dal trattare ulteriormente l'argomento.

3. - Circa il motivo secondo il quale l'incarico arbitrale sottrae le parti al giudice naturale, la Corte reputa che, nell'art. 25 della Costituzione, v'è un divieto di imporre la competenza di un giudice non precostituito, e quindi di interdire il ricorso al giudice istituito, non pure una limitazione al potere soggettivo di scegliere fra più giudici ugualmente competenti secondo l'ordinamento generale, o fra più procedimenti ugualmente preordinati e concorrenti fra loro secondo l'ordinamento stesso. 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 del procedimento di impugnativa del lodo, non il comando di una legge delusivo di una aspettativa maturata, o quello di un organo dello Stato al quale la stessa legge ha conferito la corrispondente potestà.

Nemmeno se si tiene conto che il giudice della impugnazione della sentenza arbitrale non è il giudice che sarebbe stato competente ove non si fosse adito l'arbitro, si vede, nell'arbitrato, un mezzo diretto a sottrarre la controversia al giudice naturale. Quella che sorge per evitare di soggiacere alle valutazioni dell'arbitro, attenendo principalmente al controllo dell'attività di lui, non ha il medesimo oggetto della controversia deferitagli; di modo che non deve necessariamente essere conosciuta dal giudice che sarebbe stato competente a decidere sulla controversia definita con il lodo.

Vero è che, ove il giudice dell'impugnazione dichiari nulla la sentenza arbitrale, deve decidere il merito della causa, per quanto non abbia competenza a conoscerne secondo le regole del procedimento ordinario. Ma la norma che così dispone è essa stessa indicativa del giudice naturale competente a decidere sulla controversia nell'ipotesi considerata; e non può sindacarsi in questa sede il criterio cui la norma stessa ha obbedito nel determinare questa competenza, nessun vincolo alla discrezionalità legislativa essendo stato posto in argomento

dalla Costituzione.

4. - Deve perciò essere dichiarato che è infondata la questione di legittimità costituzionale proposta dal Tribunale di Pisa.

PER QUESTI MOTIVI

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale del titolo VIII del libro IV del Codice di procedura civile, in relazione agli artt. 102 e 25 della Costituzione, proposta dal Tribunale di Pisa con le due ordinanze del 27 luglio 1961.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 5 febbraio 1963.

GASPARE AMBROSINI - GIUSEPPE CASTELLI AVOLIO - ANTONINO PAPALDO - NICOLA JAEGER - BIAGIO PETROCELLI - ANTONIO MANCA - ALDO SANDULLI - GIUSEPPE BRANCA - MICHELE FRAGALI - COSTANTINO MORTATI - GIUSEPPE CHIARELLI - GIUSEPPE VERZÌ.

Le sentenze e le ordinanze della Corte costituzionale sono pubblicate nella prima serie speciale della Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana (a norma degli artt. 3 della legge 11 dicembre 1984, n. 839 e 21 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 1985, n. 1092) e nella Raccolta Ufficiale delle sentenze e ordinanze della Corte costituzionale (a norma dell'art. 29 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, approvate dalla Corte costituzionale il 16 marzo 1956).

Il testo pubblicato nella Gazzetta Ufficiale fa interamente fede e prevale in caso di divergenza.