



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI DI BARI
ALDO MORO



DIPARTIMENTO JONICO IN SISTEMI
GIURIDICI ED ECONOMICI DEL MEDITERRANEO
SOCIETÀ, AMBIENTE, CULTURE
IONIAN DEPARTMENT OF LAW, ECONOMICS
AND ENVIRONMENT

ANNO VII ANNALI 2019 DEL DIPARTIMENTO JONICO ESTRATTO

COSIMA ILARIA BUONCORE
Sull'arbitrato rituale e "libero"



DIRETTORE DEL DIPARTIMENTO

Riccardo Pagano

DIRETTORE DEGLI ANNALI

Nicola Triggiani

COMITATO DIRETTIVO

Nicola Triggiani, Paolo Pardolesi, Giuseppe Tassielli,
Danila Certosino, Laura Costantino, Nicola Fortunato,
Patrizia Montefusco, Angelica Riccardi, Maurizio Sozio

COMITATO SCIENTIFICO

Maria Teresa Paola Caputi Jambrenghi, Daniela Caterino, Domenico Garofalo,
Concetta Maria Nanna, Bruno Notarnicola, Riccardo Pagano, Paolo Pardolesi,
Giuseppe Tassielli, Nicola Triggiani, Antonio Felice Uricchio, Massimo Bilancia,
Annamaria Bonomo, Gabriele Dell'Atti, Michele Indellicato, Ivan Ingravallo,
Antonio Leandro, Giuseppe Losappio, Pamela Martino, Francesco Moliterni,
Fabrizio Panza, Umberto Salinas, Paolo Stefanì, Laura Tafaro, Umberto Violante

RESPONSABILE DI REDAZIONE

Patrizia Montefusco

Contatti:

Prof. Nicola Triggiani
Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici
del Mediterraneo: Società, Ambiente, Culture

Convento San Francesco
Via Duomo, 259 - 74123 Taranto, Italy
e-mail: annali.dipartimentojonico@uniba.it
telefono: + 39 099 372382 • fax: + 39 099 7340595

<https://www.uniba.it/ricerca/dipartimenti/sistemi-giuridici-ed-economici/edizioni-digitali>

SAGGI

Cosima Ilaria Buonocore

SULL'ARBITRATO RITUALE E "LIBERO"*

ABSTRACT

Il contributo, dopo una breve analisi dell'evoluzione della disciplina dell'arbitrato e delle ragioni che hanno determinato la dicotomia rituale-irrituale, approfondendo alcune problematiche emerse in giurisprudenza, perviene alla conclusione che i recenti interventi in materia del legislatore hanno generato confusione piuttosto che favorire l'auspicato maggiore *appeal* per la soluzione arbitrale delle controversie.

The essay, after a brief analysis of the evolution of the discipline of arbitration and of the problems that led to the dichotomy between ritual and non-ritual arbitration, delving into some problems that emerged in jurisprudence, to reach the conclusion that the recent interventions on the matter by the legislator have the hoped for greater appeal of the arbitration solution of disputes was created rather than reserved.

PAROLE CHIAVE

Processo civile – arbitrato – tratti distintivi tra arbitrato rituale e irrituale

Civil trial – arbitration – differences between ritual and non-ritual arbitration

SOMMARIO: 1. Rilievi introduttivi. – 2. L'origine della dicotomia e l'evoluzione legislativa e giurisprudenziale. – 3. Il d.lgs. n. 40/2006 tra avvicinamento dell'arbitro rituale al giudice statale e tentativo di aumentare le distanze tra l'arbitrato rituale e l'irrituale. – 4. (Segue:) l'interpretazione della locuzione «autorità giurisdizionale» contenuta nell'art. 23, l. n. 87/1953. – 5. La "processualizzazione" dell'arbitrato «irrituale»: qualche considerazione conclusiva.

1. Il codice di rito disciplina due differenti *species* di arbitrato, quello rituale regolato già nel codice del 1865 e l'arbitrato libero introdotto nel 2006 a seguito della riforma operata col d.lgs. n 40.

La differenza tra i due modelli risiede nell'efficacia del lodo e, per conseguenza, nei rimedi impugnatori; il lodo rituale ha «dalla data della sua ultima sottoscrizione gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria» *ex art. 824 bis, c.p.c.*, pur se la sua esecutività non opera *ex se*, in quanto per eseguire coattivamente il provvedimento arbitrale ed avviare così l'esecuzione forzata occorre depositare il lodo rituale in tribunale per il procedimento di *exequatur ex art. 825* e poi trascriverlo «in

* Saggio sottoposto a referaggio secondo il sistema del doppio cieco.

tutti quei casi nei quali sarebbe soggetta a trascrizione o annotazione la sentenza avente il medesimo contenuto» (art. 825 c.p.c.). Il lodo rituale, indipendentemente dal suo deposito, può essere impugnato entro un termine decadenziale di novanta giorni dalla sua notificazione per nullità ex art. 829 innanzi il giudice d'appello, che decide con sentenza; inoltre ai sensi dell'art. 831, il lodo è soggetto a revocazione e opposizione di terzo.

Invece il lodo irrituale ha efficacia di mera «determinazione contrattuale» (art. 808 *ter*), pertanto non è prescritto il compimento delle suddette attività, poiché ai fini dell'esecutività, esso, per espressa previsione dell'art. 825, non può essere omologato, ma occorre avviare un procedimento ordinario oppure uno monitorio per conseguire un titolo esecutivo, salva la possibilità per le parti di sottoscrivere, con gli arbitri, il lodo irrituale, sì da aversi una scrittura privata che, ove previsto il pagamento di somme di danaro, costituisce titolo esecutivo ex art. 474, 2° comma, n. 2. Il lodo irrituale è sindacabile per vizi sostanziali, ma anche procedurali come si dirà in seguito, innanzi al giudice di primo grado entro i termini decadenziali previsti per l'impugnazione dei contratti.

Le differenze innanzi delineate riguardano con tutta evidenza gli effetti e l'efficacia del lodo, nonché la fase impugnatoria, non anche la fase genetica del procedimento arbitrale. Ciononostante il legislatore ha previsto solo per l'arbitrato rituale specifiche prerogative, alcune delle quali saranno oggetto delle presenti riflessioni, ma non prima di aver richiamato brevemente le ragioni che hanno determinato la dicotomia.

2. Le ragioni della diffusione di un arbitrato irrituale, che – pur non previsto nel codice – trovava nondimeno nella pratica ampio spazio applicativo, vanno individuate nella spiccata rigidità normativa imposta dalla disciplina dell'arbitrato rituale tanto alle parti quanto agli arbitri stessi. Infatti, sotto il vigore del codice di rito del 1865, il legislatore aveva previsto in capo agli arbitri rituali l'obbligo del deposito del lodo innanzi all'autorità giudiziaria entro il ristrettissimo termine perentorio di cinque giorni dalla pronuncia, sotto pena di nullità del lodo, anche rilevabile d'ufficio, e del risarcimento dei danni patiti dalle parti a causa di tale omissione¹: l'art. 24 disponeva che «la sentenza in originale è depositata coll'atto di compromesso, nel termine di cinque giorni, da uno degli arbitri, o personalmente o per mezzo di mandatario munito di procura speciale per quest'oggetto, nella cancelleria della pretura del mandamento in cui fu pronunciata: altrimenti è nulla. [...] La sentenza è resa esecutiva, e inserita nei registri per decreto del pretore, il quale deve, pronunziarlo nel termine di giorni cinque dal deposito in cancelleria»². La finalità di sì rigorosa formalità tassativa era di omologare il lodo, con il controllo giudiziario della regolarità formale, e di corredarlo

¹ V. Cass. civ., 7 maggio 1975, n. 1761, in *Riv. leg. fisc.*, 1975, 2245, in riferimento alla responsabilità solidale degli arbitri, quali mandatari delle parti, per il pagamento dell'imposta di registro.

² G. Pisanelli, A. Scialoja, P.S. Mancini, *Commentario del codice di procedura civile*, I, Stab. Tipografico dei Classici italiani, Napoli, 1875, p. 111 s.

dei requisiti di una sentenza. Proprio da questa cogente previsione normativa scaturì la pratica degli arbitrati liberi poiché da una parte i litiganti, nel devolvere la risoluzione della controversia agli arbitri e per ciò rinunciando alla giurisdizione ordinaria, non volevano il suggello finale del deposito e dell'omologazione del lodo; e inoltre la preferenza verso l'arbitrato irrituale era motivata dalla volontà di sfuggire alla pesante imposizione fiscale connessa alla trasformazione del lodo (rituale) in sentenza tramite il decreto di esecutorietà nonché da ragioni di riservatezza dei propri affari o, ancora, dalla specializzazione degli arbitri in particolari settori³. Si trattò, con tutta evidenza, di una reazione dei pratici di evitare l'assorbimento dell'arbitrato nell'orbita della giurisdizione statale: affiorò la creazione e la proliferazione dell'arbitrato non regolato dal codice di rito, perciò definito irrituale. Tale "invenzione" compiuta dagli operatori del diritto, col tempo affinata dalla prassi, ricevette il suo primo riconoscimento grazie ad una sentenza della Corte di cassazione di Torino del 1904, che si pronunciò nell'ambito di una controversia sui rapporti di lavoro: quei giudici affermarono la legittimità della risoluzione contrattuale risultante dal componimento amichevole delle liti per mezzo di soggetti terzi incaricati dalle parti di dirimere la controversia, sulla base dell'autonomia contrattuale riconosciuta loro dall'ordinamento⁴.

Nel codice di rito del 1940 il legislatore spostò l'arbitrato nella parte finale (artt. 806-840) e continuò a mantenere la previsione di un unico modello di arbitramento, apportandovi delle modifiche: venne conservato l'obbligo in capo agli arbitri di depositare il lodo nel termine perentorio di 5 giorni, ma scomparve la sanzione della nullità precedentemente comminata ai sensi dell'art. 24 del vecchio codice: l'art. 825, rubricato «*Deposito del lodo*», disponeva al 1° comma che «il lodo deve essere depositato da uno degli arbitri in originale, con l'atto di compromesso o l'atto contenente la clausola compromissoria e gli atti con i quali sono stati proposti i quesiti,

³ F. Carnelutti, *Per una riforma dell'arbitrato*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1923, p. 56; Id., *Studi di diritto processuale*, I, Cedam, Padova, 1925, p. 75 ss., il quale opportunamente affermava che «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»; invece l'arbitrato libero consentiva che «si adegua il giudice alla lite», si può adeguare «il processo alla lite», e infine si può adeguare «la legge alla lite»: *ibidem*, p. 58. Sull'origine della creazione dell'arbitrato irrituale, v. G. Monteleone, *Il c.d. arbitramento irrituale previsto dall'art. 808 ter c.p.c.*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, p. 969.

⁴ Cass. civ. Torino 27 dicembre 1904, in *Foro it.*, 1905, I, c. 366 ss., con nota di L. Mortara; in *Riv. dir. comm.*, 1905, II, p. 45 ss., con nota di G. 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 riferimento a tale fondamentale pronuncia v. S. Satta, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Vita e pensiero, Milano, 1931, p. 2, il quale ebbe a dire che «rendendosi sempre più urgenti le necessità economiche che avevano determinato il superamento dell'arbitrato legale, la giurisprudenza, liberatasi dalle prime incertezze, ha saputo di quelle necessità essere la fedele interprete, e ha camminato, come è suo dovere e compito, in armonia costante con l'evoluzione della vita». Sulla portata della sentenza della Cassazione di Torino, v. però le riflessioni di F. Carnelutti, *Arbitrato estero*, in *Riv. comm.*, 1916, I, p. 374 ss., spec. 396, secondo il quale la pronuncia dei giudici di legittimità si riferiva ad una convenzione e non invece ad un «vero e proprio compromesso».

nel termine perentorio di cinque giorni dalla data di sottoscrizione, nella cancelleria della pretura del luogo in cui è stato pronunciato». Nei successivi commi 2 e 3 riaffiorava la ragione che indirizzava le parti nella scelta tra l'arbitrato rituale oppure irrituale, giacché prevedevano che «il pretore, accertata la tempestività del deposito e la regolarità formale del lodo, lo dichiara esecutivo con decreto» (2° comma) e che «il decreto del pretore conferisce al lodo efficacia di sentenza» (3° comma). La combinazione di due atti (lodo più decreto pretorile) produceva una sentenza “statale”. L'arbitrato irrituale trovò quindi larga diffusione anche all'indomani dell'introduzione del nuovo codice.

La l. 9 febbraio 1983, n. 28 riformò l'arbitrato e, per quanto interessa in questa sede, nel riscrivere il 2° comma dell'art. 825, venne eliminato l'obbligo in capo agli arbitri di depositare il lodo, sostituito con una mera facoltà, posta questa volta in capo alle parti, da esercitarsi non più entro cinque giorni, ma entro un anno dal ricevimento del lodo; inoltre lo spirare del suddetto termine non comportava più alcuna conseguenza sanzionatoria (il 2° comma disponeva che «la parte che intende far eseguire il lodo nel territorio della Repubblica è tenuta a depositarlo [...] nel termine di un anno dal ricevimento del lodo»). Tale novità portò la dottrina a interrogarsi sull'effettiva natura dell'arbitrato rituale, e cioè se ci fossero ancora le basi per attribuirgli natura giurisdizionale, oppure se, all'opposto, ci si stava avviando verso il riconoscimento di un provvedimento avente natura meramente negoziale; in tale ultima ipotesi, la dicotomia rituale/irrituale avrebbe cessato di sussistere⁵. Inoltre un'altra significativa novità introdotta dalla riforma dell'83 circa il rapporto e/o vicinanza tra arbitrato e giurisdizione da una parte, e la distanza tra rituale e irrituale dall'altra, è rappresentata dall'aggiunta nell'art. 823 del 4° comma, secondo il quale il lodo arbitrale aveva comunque l'«efficacia vincolante tra le parti dalla data della sua ultima sottoscrizione»: quindi, la mera sottoscrizione degli arbitri era *in re ipsa* necessaria e sufficiente per conferire efficacia vincolante al lodo, indipendentemente dal procedimento per la dichiarazione di esecutorietà e dal decreto di omologazione; il quale si sarebbe reso indispensabile solamente qualora le parti avessero voluto eseguire (coattivamente) il lodo, visto che gli arbitri, in quanto privati, erano (e sono) privi di poteri coercitivi.

Nel 1994, con la l. 5 gennaio, n. 25, l'arbitrato venne nuovamente riformato, ridimensionando ulteriormente la *differentia* specifica tra arbitrato rituale ed irrituale⁶. Fu ritoccato l'art. 825 c.p.c.: venne definitivamente eliminato il termine decadenziale di un anno per il deposito del lodo (2° comma) (e, come è ovvio, fu conseguentemente

⁵ In riferimento alla circostanza che «una semplice approvazione amministrativa» non può «trasformare in sentenza ciò che non è», v. P. Calamandrei, *La sentenza soggettivamente complessa*, in *Riv. dir. proc. civ.*, I, 1924, p. 256.

⁶ Nel senso che la riforma del 1994, rispetto a quella del 1983 «ha rappresentato l'intervento più incisivo», v. G. Balena, *Istituzioni di diritto processuale civile*, V ed., vol. III, Cacucci, Bari, 2019, p. 351.

eliminata la previsione della perentorietà di tale termine contenuta nel 3° comma)⁷; quindi, a partire dal 1994 il lodo rituale, al pari di quello irrituale, non necessitava più del deposito per essere giuridicamente esistente, poiché aveva comunque efficacia vincolante dalla sua ultima sottoscrizione. Il deposito era come sempre necessario al fine di ottenere l'omologazione e rendere così esecutivo il lodo rituale; infatti veniva aggiunta nel 3° comma dell'art. 825 la previsione secondo la quale «il lodo reso esecutivo è soggetto a trascrizione in tutti i casi nei quali sarebbe soggetta a trascrizione la sentenza avente il medesimo contenuto». Inoltre a seguito della riforma del '94, il deposito comportava che il lodo rituale conseguisse non più «efficacia di sentenza» (espressione contenuta nell'art. 825, 5° comma, abrogata dalla suddetta riforma) ma la mera dichiarazione di esecutività, vale a dire di titolo esecutivo *ex art.* 474, 2° comma, n. 1, c.p.c. (il riformato art. 825, 3° comma disponeva che «il pretore [...] lo dichiara esecutivo [...]). Venne inoltre sostituita negli artt. 825-831, c.p.c. la locuzione «sentenza arbitrale» con la parola «lodo». A ciò si aggiunga che, il legislatore del 1994 non intervenne sulla previsione contenuta nell'art. 823, ultimo comma, c.p.c. (introdotta con la riforma del 1983) secondo cui «il lodo (rituale) ha efficacia vincolante tra le parti dalla data della sua ultima sottoscrizione»: tale immutata disposizione, letta insieme con le suddette novità, acquisiva un significato affatto marginale rispetto al passato⁸.

Quindi, a partire dal 1994 il lodo rituale aveva efficacia vincolante fin dal momento della sua sottoscrizione, a prescindere dall'eventuale omologazione, il deposito del lodo presso il pretore costituiva un onere che incombeva non più sugli arbitri ma sulle parti, e serviva per ottenere un titolo utile per avviare l'esecuzione forzata; infine il termine di un anno era stabilito solo per promuovere l'impugnazione, altrimenti il lodo rituale, se non depositato, era parificato al lodo irrituale. In tale contesto affiorò l'idea che il loro rituale, al pari dell'irrituale, avesse natura contrattuale: la dottrina infatti individuava nella l. n. 25/1994 «il tramonto dell'arbitrato irrituale» nel senso di equiparazione dei due modelli di arbitrato⁹, ed affermava che «sembra sia venuto meno ogni supporto, o indice normativo, della distinzione tra quello rituale ed irrituale»¹⁰.

⁷ Il termine decadenziale di un anno veniva spostato in ambito impugnatorio: il 2° comma del riscritto art. 828 disponeva che «l'impugnazione non è più proponibile decorso un anno dalla data dell'ultima sottoscrizione»: in tal modo si vincolava il termine d'impugnazione non più al deposito del lodo per l'*exequatur*, ma all'ultima sottoscrizione del lodo. Nella versione originaria, quella cioè del 1940, il 3° comma prevedeva che «l'impugnazione non è più proponibile, quando è decorso un anno dalla data del provvedimento col quale è stato dichiarato esecutivo il lodo»; quindi per la proponibilità dell'impugnazione del lodo occorreva il procedimento di *exequatur*.

⁸ V., per tutti, C. Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II ed., I vol., Cedam, Padova, 2012, p. 242 ss.; Id., *Arbitrato. I) Arbitrato rituale e irrituale*, voce dell'*Enc. giur. Treccani*, vol. II, Roma, 1995, p. 3 ss., a cui si rimanda per gli ampi approfondimenti e richiami.

⁹ Ivi, p. 3.

¹⁰ G. Monteleone, *Manuale di diritto processuale civile*, VIII ed., vol. II, Cedam, Padova, 2018, p. 4 s.; Id., *L'arbitrato nelle controversie di lavoro – ovvero – esiste ancora l'arbitrato irrituale?*, in *Riv. trim.*,

La concezione unitaria dell'arbitrato, inaugurata dal legislatore con la riforma del 1994, veniva suggellata dalla giurisprudenza di legittimità, la quale, dapprima in composizione semplice aveva affermato che «la nuova normativa ha riconosciuto il c.d. “*diritto naturale*” dell'arbitrato, cioè una giustizia cognitiva privata che si estrinseca in un *dictum* di uno o più privati, che non siano giudici, reso su richiesta di entrambe le parti, al termine di un procedimento in cui gli arbitri risolvono la controversia mediante una regolamentazione negoziale degli interessi in conflitto»¹¹, e poi, riunita nella sua composizione più autorevole, aveva plasticamente consacrato, con la nota sentenza n. 527 del 2000, la natura privata dell'arbitrato rituale e del *dictum* che lo definisce: l'arbitrato è «un atto di autonomia privata, i cui effetti di accertamento conseguono ad un giudizio compiuto da un soggetto il cui potere ha fonte nell'investitura conferitagli dalle parti»¹². L'esistenza dell'arbitrato irrituale sembrava poter operare solo per talune controversie, come quelle del lavoro, mediante una normativa derogatoria rispetto agli artt. 806 e ss., c.p.c.

3. Il quadro normativo di riferimento è mutato per effetto della riforma del 2006 che, come si accennava, mediante la riforma attuata con il d.lgs. n. 40, ha introdotto l'art. 808 *ter*, rubricato «*arbitrato irrituale*». Le parti possono espressamente pattuire una deroga alla disciplina legale dettata in tema di efficacia del lodo (art. 824 *bis*) e optare per una definizione della controversia «mediante determinazione contrattuale», fermi restando *a*) il necessario rispetto del principio del contraddittorio (pertanto le parti possono svolgere le proprie attività asservite, di allegazione e di prova, possono formulare le reciproche conclusioni in vista della decisione dell'arbitro), *b*) la possibilità di servirsi della tutela cautelare garantita dall'art. 669 *quinquies*, c.p.c., nonché *c*) la sindacabilità del lodo da parte del giudice “statale” per vizi del procedimento. Ed è proprio nella suddetta sindacabilità che si riassumerebbe la struttura dell'arbitrato irrituale come un vero e proprio processo, seppur “privato”: alle ipotesi di «annullabilità» dei negozi giuridici si aggiungono infatti cinque vizi derivanti

2001, p. 44. Sul punto v. G. Ruffini, *Sulla distinzione tra arbitrato «rituale» e arbitrato «irrituale»*, in *Riv. arb.*, 2002, p. 756, in nota a Coll. arb. di Firenze 6 novembre 2002.

¹¹ Cass. civ., Sez. I, 14 gennaio 1999, n. 345, in *Foro it.*, 1999, I, c. 1089, con nota di C.M. Barone.

¹² Cass. civ., sez. un., 3 agosto 2000, n. 527, in *Riv. arb.*, 2000, p. 704, con nota di E. Fazzalari *Una svolta attesa in ordine alla «natura» dell'arbitrato*; in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 259, con nota di E.F. Ricci, *La «natura» dell'arbitrato rituale e del relativo lodo: parlano le sezioni unite*; in *Foro it.*, 2001, I, c. 839, con richiami di C.M. Barone; in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 764, con nota di G. Monteleone, *Le sezioni unite della Cassazione affermano la natura giuridica negoziale e non giurisdizionale del c.d. «arbitrato rituale»*; in *Corr. giur.*, 2001, p. 51, con nota di G. Ruffini, di M. Marinelli, e premessa di C. Consolo, *Le Sezioni Unite fanno davvero chiarezza con sui rapporti tra arbitrato e giurisdizione?*; in *Giur. it.*, 2001, p. 1107, con nota di G. Canale, *Arbitrato irrituale e tutela cautelare: i soliti problemi tra vecchie soluzioni e nuove prospettive*; in *Foro pad.*, 2001, I, c. 34, con nota di M. Rubino Sammartano, *Vittoria di tappa - Arbitrato irrituale come processo: un sogno impossibile?*. Sul punto, v. G. Trisorio Liuzzi, *La conciliazione obbligatoria e l'arbitrato nelle controversie di lavoro privato*, in *Riv. proc.*, 2001, p. 948 ss., spec. 995.

dalla violazione di regole processuali, che dunque riguardano il procedimento col quale si giunge alla sua formazione. Il legislatore del 2006, quindi, ha introdotto una norma *ad hoc* per l'arbitrato irrituale, benché nella l. delega n. 80/2005, all'art. 1, 3° comma, trapelassero ambizioni del legislatore delegante di tipo sistematico dell'arbitrato, nel senso della sua unificazione.

Oltre a disciplinare l'arbitrato irrituale, la riforma del 2006 è intervenuta anche sull'arbitrato rituale attribuendo a quell'arbitro specifici poteri, notoriamente riservati al giudice statale. Tra di essi appare interessante evidenziare il potere di sollevare innanzi al Giudice delle leggi una questione di legittimità costituzionale: l'art. 819 *bis*, 1° comma, n. 3, c.p.c. dispone che «gli arbitri sospendono il procedimento arbitrale con ordinanza motivata [...] quando rimettono alla Corte costituzionale una questione di legittimità costituzionale ai sensi dell'articolo 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87». Le norme che in generale sorreggono tale delicato tema sono due di cui una contenuta in una legge costituzionale e l'altra in una ordinaria. L'art. 1, l. cost. 9 febbraio 1948, n. 1 dispone che «la questione di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge della repubblica rilevata d'ufficio o sollevata da una delle parti nel corso di un giudizio e non ritenuta dal giudice manifestamente infondata, è rimessa alla Corte costituzionale per la sua decisione». La norma contenuta nella legge costituzionale menziona quindi in modo neutrale le parole «giudizio» e «giudice». L'art. 23, l. 11 marzo 1953, n. 87 prevede che la questione di legittimità possa essere sollevata «nel corso di un giudizio dinanzi ad una autorità giurisdizionale», che «l'autorità giurisdizionale» «ordina che a cura della cancelleria» vengano trasmessi gli atti alla Corte costituzionale e comunicati al p.m.: locuzioni tutte che, a differenza dell'espressioni generiche utilizzate dalla legge costituzionale cit., non lasciano il benché minimo spiraglio per tentare di ricavare un'apertura in favore di un "qualsivoglia giudice" non appartenente all'organizzazione giudiziaria, e quindi all'arbitro.

Ciononostante il legislatore del 2006 ha espressamente ammesso al soglio degli interlocutori della Corte costituzionale un soggetto privato, estraneo al potere giudiziario. Invero qualche anno prima della tipizzazione del suddetto potere *ex art. 819 bis*, 1° comma, n. 3, c.p.c., la legittimazione dell'arbitro rituale di sollevare una questione di legittimità era stata affermata dalla Corte costituzionale; la quale, con la dirompente sentenza n. 376/2001, nel pronunciarsi per la prima volta sull'*an* e sul *quomodo* del potere dell'arbitro rituale di utilizzare il sistema del sindacato incidentale sulle leggi¹³, affermò *apertis verbis* che gli arbitri «come ogni giudice sono vincolati al

¹³ Si segnala una precedente rimessione alla Corte costituzionale in materia di arbitrato, ma con esclusivo riferimento al sospetto di illegittimità costituzionale dello stesso, in riferimento agli artt. 25 e 102 Cost. (Corte cost. 12 febbraio 1963, n. 2, in *Mass. giur. lav.*, 1963, p. 95 ss., con nota di V. Andrioli, *L'arbitrato rituale e la Costituzione*; in *Foro it.*, 1963, I, c. 397), sollevata dal Tribunale di Pisa con due ordinanze, entrambe emesse il 27 luglio 1961, che possono leggersi in *Rass. arb.*, 1962, p. 137 ss., con nota di A. Bergomi, *Incostituzionalità dell'arbitrato rituale?*

dovere di applicare le leggi *secundum Constitutionem*», che il «giudizio arbitrale non si differenzia da quello che si svolge davanti agli organi statali della giurisdizione»; pertanto «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» (§ 2, ult. cpv.)¹⁴.

4. Verrebbe fatto di dire che il legislatore ha recepito l'indirizzo della Consulta, in un dialogo che connota i rapporti tra legislatore e giudici, dimostrando tuttavia di non avere una dimensione d'insieme. Infatti l'accostamento *in subiecta materia* dell'arbitro rituale al giudice statale compiuto da legislatore domestico si pone in contrapposizione con quello europeo. Nel volgere lo sguardo all'analogo delicato tema

¹⁴ Corte cost. 28 novembre 2001, n. 376, in *Riv. proc.*, 2002, p. 351 ss., con nota favorevole di E.F. Ricci, *La «funzione giudicante» degli arbitri e l'efficacia del lodo (un gran arrêt della Corte Costituzionale)*; in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 2887 ss., con commento di R. Vaccarella, *Il coraggio della concretezza in una storica decisione della Corte costituzionale*; ivi, 2002, II, p. 5 ss., con commenti di B. Sassani, F.P. Luiso, F. Auletta e B. Capponi, *Sulla legittimazione del giudice privato a sollevare questione di incostituzionalità*, nonché di R. Danovi, *Gli arbitri rituali come giudici di fronte alla sospetta incostituzionalità della legge*, *ibid.*, p. 471 ss.; in *Temi rom.*, 2001, p. 4 ss., con commento di P. Biavati, *La Consulta: arbitro e giudice sono fungibili*, di A. Briguglio, *Una decisione coraggiosa, ragionevole ed utile*, di A. Baldassarre, *Una apertura con qualche dubbio*, di E. Del Prato, *Gli arbitri tra giudice delle leggi e Suprema corte*, di E. Resta, *Giudizio arbitrale e questione di costituzionalità*, di F.A. Satta, *...era ora!!!*, di M. Tamponi, *Pregiudizialità costituzionale e giudizio arbitrale*; in *Foro it.*, 2002, I, c. 1649 ss., con richiami di R. Romboli; in *Riv. arb.*, 2002, p. 633 ss., spec. 647 s., con osservazioni di G. Verde, *Pubblico e privato nel processo arbitrale*; in *Riv. trim.*, 2002, p. 263 ss., con nota di G. Ruffini, *Arbitri, diritto e costituzione (riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale, 28 novembre 2001, n. 376)*; in *Riv. arb.*, 2001, p. 657, con nota di A. Briguglio, *Merito e metodo nella pronuncia della Consulta che ammette gli arbitri rituali alla rimessione pregiudiziale costituzionale*; in *Riv. crit. dir. priv.*, 2002, p. 305, con commento di M. Bove, *Gli arbitri di fronte alla questione di legittimità costituzionale (riflessioni sulla sentenza della Corte costituzionale 28 novembre 2001, n. 376)*; in *Giur. it.*, 2002, p. 689 ss., con nota di G. Canale, *Anche gli arbitri rituali possono sollevare la questione di legittimità costituzionale di una norma*; in *Giur. cost.*, 2001, p. 4219 ss., con nota di E. Odorisio, *La questione di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge nel giudizio arbitrale*, e di M. Esposito, *Si aprono le «porte del cielo»: dall'arbitrato al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, p. 3757 ss.; in *Corr. giur.*, 2002, p. 1010 ss., con nota di M. Fornaciari, *Arbitrato come giudizio a quo: prospettive di una possibile ulteriore evoluzione*; G. Iudica, *Arbitrato e questioni di legittimità costituzionale*, in *Aa.Vv.*, *Studi in onore di Piero Schlesinger*, tomo III, Giuffrè, Milano, 2004, p. 3879 ss. Su un'analisi della sentenza di Corte cost. n. 376/2001 cit., successiva alla sua pronuncia, v. C. Punzi, *La natura dell'arbitrato e la contrapposizione di un arbitrato libero all'arbitrato rituale*, in *Riv. proc.*, 2019, p. 1 ss., spec. 10, nt. 20; Id., *Le nuove frontiere dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 11 ss.; Id., *Disegno sistematico*, cit., II, p. 194 ss.; G. Monteleone, *Arbitrato e giurisdizione nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giusto proc. civ.*, 2006, p. 19 ss., spec. 23; G. Ruffini, *L'arbitrato come equivalente della giurisdizione statale: linee evolutive*, in *Riv. proc.*, 2018, 1 ss., spec. 22 s.

Per un'ampia disamina sul rapporto tra arbitrato e pregiudizialità costituzionale, v. G. Trisorio Liuzzi, *Questioni pregiudiziali e sospensione nel giudizio arbitrale*, in *Aa. Vv.*, *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, F. Auletta, G.P. Califano, G. Della Pietra, N. Rascio (a cura di), Jovene, Napoli, 2010, p. 838 s.; G. Ruffini, *L'arbitrato come equivalente della giurisdizione statale*, cit., p. 22 ss.; M.C. Giorgetti, in *A.a. V.v.*, *Manuale sintetico dell'arbitrato*, M.C. Giorgetti e G. Impagnatiello (a cura di), Pacini giuridica, Pisa, 2017, p. 77; G. Impagnatiello, *ivi*, p. 100 s.

sulla legittimazione dell'arbitro a sollevare la c.d. pregiudiziale comunitaria¹⁵, occorre rilevare che naturalmente anche nel giudizio arbitrale può sorgere una questione inerente l'applicazione o l'interpretazione di normative europee dalla cui risoluzione dipende la decisione della causa. Ma il legislatore domestico, nel riscrivere l'art. 819 *bis* c.p.c., non ha inteso prendere posizione sul punto. Per conseguenza, allo stato attuale, agli arbitri non resta che valutare *incidenter tantum* la pregiudiziale comunitaria e applicare ovvero disapplicare norme e provvedimenti europei, riservando al giudice dell'eventuale gravame la decisione se rimettere la questione alla Corte di giustizia dell'Unione europea, a norma l'art. 267 del Trattato FUE¹⁶. Sembra, tuttavia, interessante rammentare come la Corte di giustizia ha interpretato il suddetto articolo per escludere l'arbitro domestico dal novero delle giurisdizioni nazionali legittimate al *preliminary ruling*. L'art. 267, TFUE prevede che il potere del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia può essere esercitato da «*any court or tribunal of a member State*» (locuzione che, nella "versione consolidata" pubblicata sulla G.U. dell'Unione europea

¹⁵ V.E. Fazzalari, *L'arbitrato*, Utet, Torino 1997, p. 78; C. Punzi, *Diritto comunitario e diritto nazionale nell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2000, p. 235 ss.; Id., *Disegno sistematico*, cit., II, p. 205 s.; G. Trisorio Liuzzi, *Questioni pregiudiziali e sospensione nel giudizio arbitrale*, cit., 838 s.; A. Briguglio, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, Cedam, Padova, 1996, *passim*; P. Biavati, *Pregiudiziale comunitaria e arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1995, p. 421 ss.; G. Impagnatiello, *Manuale sintetico dell'arbitrato*, cit., p. 100 s.; A. Tizzano e R. Adam, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, IV ed., Giappichelli, Torino, 2016, p. 327 ss.; L. Salvaneschi, *Arbitrato*, Zanichelli, Bologna, 2014, p. 664 ss.; E. D'Alessandro, *Pregiudiziale comunitaria e arbitrato interno*, in *Riv. arb.*, 1997, p. 445 ss.; C. Sforza Fogliani, *Il concetto di giurisdizione nel diritto comunitario: brevi considerazioni alla luce della giurisprudenza della corte di giustizia*, in *Nuovo dir.*, 1997, p. 367; E.F. Ricci, *La «funzione giudicante» degli arbitri*, cit., p. 383.

¹⁶ Corte giust. 1° giugno 1999, causa 126/97, *Eco Swiss China Time*, nei punti 33-37, ha puntualizzato che «se un arbitrato convenzionale solleva questioni di diritto comunitario, il giudice ordinario può esaminarle, in particolare nell'ambito del controllo del lodo arbitrale, più o meno ampio a seconda dei casi, che spetta ad esso in caso di appello, di opposizione, di *exequatur*, o di qualsiasi altra impugnazione o altra forma di controllo contemplata dalla normativa nazionale applicabile (v. sentenza *Nordsee*, citata, punto 14). Spetta ai (detti) giudici nazionali controllare se si debba rinviare alla corte ai sensi dell'art. 234 Ce, per ottenere l'interpretazione o la valutazione della validità delle disposizioni di diritto comunitario che essi debbano applicare in sede di controllo giurisdizionale di un lodo arbitrale. [...] Occorre osservare poi che le esigenze di efficacia del procedimento arbitrale giustificano il fatto che il controllo dei lodi arbitrali rivesta un carattere limitato, e che un lodo arbitrale possa essere dichiarato nullo o vedersi negare il riconoscimento solo in casi eccezionali. [...] Ne consegue che, nei limiti in cui un giudice nazionale debba, in base alle proprie regole di procedura interne, accogliere un'impugnazione per nullità di un lodo arbitrale fondata sulla violazione delle norme nazionali di ordine pubblico, esso deve ugualmente accogliere una domanda fondata sulla violazione» di una norma comunitaria. In questo senso, e per ampi e maggiori riferimenti, si vedano, E. Fazzalari, *L'arbitrato*, cit., p. 78; C. Punzi, *Diritto comunitario*, cit., p. 240; Id., *Disegno sistematico*, cit., II, p. 206; G. Trisorio Liuzzi, *Questioni pregiudiziali*, cit., p. 838; S. Boccagna, Art. 819 *bis*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, M.V. Benedettelli, C. Consolo, L. Radicati di Bronzolo (a cura di), Cedam, Padova, 2010, p. 273.

del 26 ottobre 2012, n. C/326/47, è tradotta in «una giurisdizione di uno degli Stati membri»; espressione che sembra ricordare quella contenuta nell'art. 23, l. 87/1953)¹⁷.

Ora, posto che dal dato normativo europeo non è evincibile alcun riferimento che possa ricondurre, in negativo o in positivo, all'istituto arbitrale domestico, né è ipotizzabile determinarlo secondo i criteri fissati dal diritto interno¹⁸, occorre considerare i requisiti individuati dalla Corte di Giustizia al fine di assicurare un'uniforme applicazione del Trattato FUE per tutti gli Stati membri nonché di individuare un'interpretazione "europeisticamente" orientata dell'espressione «giurisdizione», richiamata dall'art. 267 del Trattato FUE. Il Plateau Kirchberg ha innanzitutto affermato che l'organo remittente deve trarre fondamento da una fonte legale (ed invece l'arbitrato ha fonte convenzionale), deve avere carattere obbligatorio (ed invece in Italia gli arbitrati obbligatori sono illegittimi), e deve essere organizzato in modo permanente e stabile (invece l'organo arbitrale, ad eccezione di camere arbitrali istituite presso determinati enti, non ha il carattere della stabilità e permanenza)¹⁹; poi ha precisato che deve essere indipendente²⁰, ed avere uno stretto collegamento con l'organo incardinato nell'organizzazione dello Stato ai fini impugnatori²¹. Gli altri requisiti, della terzietà e del contraddittorio, anch'essi fissati

¹⁷ I commi 2 e 3, art. 267, Trattato FUE dispongono che «*where such a question is raised before any court or tribunal of a Member State, that court or tribunal may, if it considers that a decision on the question is necessary to enable it to give judgment, request the Court to give a ruling thereon. / Where any such question is raised in a case pending before a court or tribunal of a Member State against whose decisions there is no judicial remedy under national law, that court or tribunal shall bring the matter before the Court*» («Quando una questione del genere è sollevata dinanzi ad una giurisdizione di uno degli Stati membri, tale giurisdizione può, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, domandare alla Corte di pronunciarsi sulla questione. / Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale organo giurisdizionale è tenuto a rivolgersi alla Corte»).

¹⁸ A. Briguglio, *Pregiudiziale comunitaria*, cit., p. 102.

¹⁹ Così la nota sentenza resa da Corte giust. 30 giugno 1966, causa C-61/65, *Vaassen- Göbbels*, in *Riv. internaz. priv. e proc.*, 1967, p. 172, la quale rappresenta la prima che, a quanto consta, ha offerto non già una definizione di organo rimettente, ma un'elencazione dei requisiti che, secondo i giudici di Lussemburgo, devono essere presenti cumulativamente (si trattava di un organo arbitrale olandese, lo *Scheidsgerecht*, competente a decidere ricorsi sulle decisioni di un ente previdenziale che non era però incardinato nell'ordinamento giudiziario nazionale).

²⁰ Corte giust. 11 giugno 1987, causa 14/86, *Pretore di Salò*; 21 aprile 1988, causa 338/85, *Pardini*; 30 marzo 1993, causa 24/92, *Corbiau*, secondo cui «il direttore dell'esattoria fiscale del granducato del Lussemburgo non costituisce una giurisdizione ai fini dell'art. 177 del trattato Cee»; Corte giust. 17 settembre 1997, causa 54/96, *Dorsch Consult*, in *Foro it.*, 1997, IV, c. 361, con osservazioni di C.M. Barone; Corte giust. 30 maggio 2002, causa 516/99, in *Riv. dir. internaz. privato e proc.*, 2002, p. 514, secondo cui «l'autorità dinanzi alla quale viene proposto un ricorso avverso una decisione adottata dai servizi di un'amministrazione non può essere una giurisdizione ai sensi dell'art. 234 trattato Ce qualora presenti un rapporto organico con tale amministrazione, a meno che il contesto giuridico nazionale non sia idoneo a garantire una adeguata separazione funzionale».

²¹ Corte giust. 23 marzo 1982, causa 102/81, *Nordsee*, in *Foro it.*, 1982, IV, c. 357, con nota di A. Tizzano, secondo cui la Corte di giustizia «non è competente a pronunciarsi in via pregiudiziale, ex art. 177 trattato Cee, su questioni ad essa sottoposte da un organo arbitrale, allorché il nesso tra quest'ultimo

dalla Corte di giustizia, sono sì caratterizzanti il giudizio arbitrale domestico, ma non sono sufficienti – ad avviso di quei giudici – per considerare l'arbitrato una «giurisdizione».

Quindi, secondo l'orientamento consolidato della Corte di giustizia, l'arbitrato, così come disciplinato nel diritto domestico, non ha la legittimazione a sollevare una pregiudiziale comunitaria giacché non possiede quei requisiti che possono accostarlo ad un'autorità giurisdizionale²².

Ancora in riferimento alla locuzione «autorità giurisdizionale» contenuta nell'art. 23, legge ordinaria n. 53/1987 cit., appare interessante evidenziare come la stessa sia stata diversamente interpretata. Ci si riferisce alla fattispecie che riguarda il Consiglio di Stato allorquando, adito in sede consultiva per esprimere il parere sul ricorso straordinario al Capo dello Stato, ravvisi la necessità di rimettere alla Corte Costituzionale questioni di legittimità, pregiudiziali rispetto alla decisione da emanare (artt. 13 e 14, d.P.R. 24.11.1971, n. 1199). Infatti, il legislatore del 2009, mediante l'art. 69, l. 18 giugno, n. 69, nell'interpretare estensivamente l'art. 23, legge ord. n. 53/1987, ha apportato significative novità alla disciplina del suddetto ricorso straordinario, ora qualificato, nella rubrica della disposizione, rimedio «*“giustiziale” contro la pubblica amministrazione*»: con il 1° comma, art. 69 cit., è stato modificato l'art. 13, d.p.R. n. 1199/ 1971 cit., nella parte in cui è stato previsto che il Consiglio di Stato, se ritiene che il ricorso straordinario non possa essere deciso indipendentemente dalla risoluzione di una questione di legittimità costituzionale che non risulti manifestamente infondata, «sospende l'espressione del parere e, riferendo i termini e i motivi della questione, ordina alla segreteria l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale, ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 23 e seguenti della legge 11 marzo 1953, n. 87, nonché la notifica del provvedimento ai soggetti ivi indicati». Il 2° comma, art. 69 cit., ha invece inciso sull'art. 14, 1° comma, primo periodo, d.p.r. n. 1199/1971 cit., prevedendo il carattere vincolante del parere reso dal Consiglio di Stato giacché ora è prescritto che il decreto del Presidente della Repubblica, che decide sul ricorso straordinario, deve essere adottato su proposta del ministero competente, «conforme al parere del consiglio di Stato». Conseguentemente è stata abrogata la precedente

e l'organizzazione dei mezzi d'impugnazione ordinari nello stato membro interessato non è abbastanza stretto perché l'arbitro possa qualificarsi “giurisdizione di uno stato membro” ai sensi dello stesso art. 177». Tale pronuncia sembra essere la prima che si sia espressamente pronunciata sulla legittimità degli arbitri.

²² V. Corte giust. 27 gennaio 2005, causa 125/04, *Denuit*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 709 ss., con nota di E.F. Ricci, *Arbitrato volontario e pregiudiziale comunitaria*, nonché in *Int'l Lis*, 2005, p. 61 con postille di E.F. Ricci e C. Consolo; Corte giust. 1° giugno 1999, causa 126/97, *Eco Swiss China Time*, in *Foro it.*, 1999, IV, c. 470, con nota di S. Bastianon, *L'arbitrabilità delle controversie antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario*, e in *Riv. arb.*, 1999, p. 665 ss., con nota di L. Radicati di Bronzolo, *Arbitrato, diritto della concorrenza, diritto comunitario e regole di procedura nazionali*, nonché in *Corr. giur.*, 2000, p. 32 ss., con nota di C. Onniboni, *Compatibilità del diritto comunitario con le norme processuali nazionali in tema di passaggio in giudicato di una decisione arbitrale «parziale»*; Corte giust. 23 marzo 1982, causa 102/81, *Nordsee*, cit.

disciplina (art. 14, 1° comma, secondo periodo, e 2° comma, d.P.R. cit.) nella parte in cui consentiva la decisione del ricorso straordinario in termini «difformi» rispetto al parere, previa delibera del Consiglio dei ministri.

La l. n. 69/2009 ha quindi reso vincolante il parere del Consiglio di Stato che indirizza il decreto presidenziale decisorio, e ha altresì riconosciuto espressamente allo stesso organo consultivo la facoltà di sollevare la questione di legittimità costituzionale di norme, la cui applicazione o disapplicazione si renda necessaria al fine di definire il contenuto del parere²³. La stagione di apertura sulla rimeditata veste del Consiglio di Stato in sede consultiva è da ascrivere alla Corte di giustizia, allorquando nel 1997 ha dato ingresso alle questioni di interpretazione di norme comunitarie sollevate dal Consiglio di Stato in sede di parere sul ricorso straordinario al Capo dello Stato, affermandone il carattere giurisdizionale anche quando svolge una funzione consultiva a seguito di un ricorso straordinario al Presidente della Repubblica²⁴. I giudici di Lussemburgo avevano osservato che «sia il ricorso straordinario sia il ricorso amministrativo giurisdizionale ordinario prevedono un contraddittorio e garantiscono l'osservanza dei principi d'imparzialità e di parità fra le parti», che il parere, comprensivo di motivazione e dispositivo, è «basato sull'applicazione delle norme di legge», che «il consiglio di Stato è un organo permanente, imparziale e indipendente poiché i suoi membri, tanto nelle sezioni consultive quanto in quelle giurisdizionali, offrono garanzie legali d'indipendenza e d'imparzialità», e che pertanto «il consiglio di Stato, quando emette un parere nell'ambito di un ricorso straordinario, costituisce una giurisdizione ai sensi dell'art. 177 del trattato» (ora art. 267 TFUE, già art. 234 TCE).

La disposizione, prima di essere riformata nel 2009, era già stata oggetto di opinioni e orientamenti ondivaghi²⁵. Appare interessante rilevare che al fine di attribuire *ex lege* la legittimazione a sollevare questioni di legittimità costituzionale ad un organo che non soddisfi al contempo i requisiti soggettivo ed oggettivo, mentre in riferimento all'arbitro rituale si è assistito ad una cooperazione tra Corte costituzionale

²³ Com'è noto, il ricorso straordinario al capo dello stato costituisce un ricorso amministrativo *sui generis*, proponibile avverso gli atti amministrativi definitivi in alternativa al ricorso giurisdizionale e destinato a concludersi con provvedimento, il decreto, adottato dal Presidente della Repubblica in conformità con la proposta di un ministro, quale titolare di dicastero o con la deliberazione del Consiglio dei ministri, previo parere obbligatorio ed oggi, a seguito del riscritto art. 14, d.p.R. n. 1199/1971 così come modificato dall'art. 69, l. n. 69/2009, vincolante del Consiglio di Stato in sede consultiva, e salva la registrazione della Corte dei conti.

²⁴ Corte giust. CE, sez. V, sent. 16 ottobre 1997 (cause riunite da C-69/96 a C-79/96), in *Foro it.*, 1997, IV, c. 401.

²⁵ Per gli approfondimenti ed i riferimenti si rimanda ad A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, XII ed., Giappichelli, Torino, 2018, *passim*; R. Romboli, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in Id., (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 79 ss.; P. Tanda, *L'Adunanza plenaria afferma la portata non retroattiva dell'acquisizione – ad opera della legge n. 69/2009 e del cod. proc. amm. – della natura sostanzialmente giurisdizionale del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Dir. e proc. amm.*, 2016, p. 477 ss.

e legislatore, in ordine al Consiglio di Stato – quando sia adito, in sede consultiva, per il parere su un ricorso straordinario prescritto dagli art. 11 ss., d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199 –, il legislatore ha dovuto dettare una disciplina volta a superare l'orientamento della Corte costituzionale, tanto granitico e *tranchant* al punto da indurre autorevole dottrina a rilevare che «sembra[va] destinata a concludersi la stagione dei rinvii alla Corte costituzionale da parte delle sezioni consultive del Consiglio di Stato, nel corso dei procedimenti per ricorsi straordinari»²⁶: il Giudice delle leggi infatti, pur riconoscendo sostanziali parallelismi e sicuri raccordi con l'attività giurisdizionale, aveva ribadito che il procedimento di decisione del ricorso straordinario aveva inequivocabilmente carattere amministrativo²⁷. Un colpo di penna del legislatore del 2009 ha spazzato via le puntuali argomentazioni della dottrina e della Corte costituzionale, e la Corte di cassazione, nella sua composizione più autorevole, ha affermato che un atto amministrativo nella materia di cui agli artt. 13 e 14, d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199 è considerato «un atto giurisdizionale in senso sostanziale»²⁸.

5. Da quanto sin qui rilevato emerge che nella legislazione domestica per aversi un giudice *a quo* legittimato a sollevare una questione di legittimità costituzionale sia sufficiente la sussistenza anche alternativa di uno dei parametri, soggettivo e oggettivo, consistente il primo nell'appartenenza all'organizzazione giudiziaria, il secondo nell'esercizio di una funzione giudicante per l'obiettiva applicazione della legge. Ma, mentre con riferimento ad esempio al Consiglio di Stato si è di fronte ad un organo comunque riconducibile all'organizzazione della giurisdizione statale²⁹, e mentre

²⁶ A. Travi, nota di richiami a Corte cost. 21 luglio 2004, n. 254, in *Foro it.*, 2005, I, c. 1662.

²⁷ Corte cost., 25 febbraio 1975, n. 31, in *Giur. cost.*, 1975, p. 131; Corte cost. 31 dicembre 1986, n. 298, in *Giur. cost.*, 1986, p. 2387, e in *Foro it.*, 1987, I, c. 674, con nota di C.E. Gallo, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica tra passato e presente*; V. più recentemente Corte cost. 15 luglio 2005, n. 282, in *Cons. Stato*, 2005, II, p. 1233, e in *Giur. cost.*, 2005, p. 4; Corte cost. 21 luglio 2004, n. 254, in *Foro it.*, 2005, I, c. 1662, con nota di A. Travi, cit. Sul punto, v. per tutti A. Travi, *La «giurisdizionalizzazione» del ricorso straordinario*, in nota a Cons. Stato, Adunanza plenaria, 6 maggio 2013, n. 9, in *Foro it.*, 2013, III, c. 483.

²⁸ V. sul punto Cass. civ., Sez. Un., 19 dicembre 2012, n. 23464, in *Foro it.*, 2013, I, c. 2587 che ha espressamente affermato che «il decreto che decide il ricorso straordinario al presidente della Repubblica ripete dal parere vincolante del Consiglio di Stato la natura di atto giurisdizionale in senso sostanziale».

²⁹ Così come altri casi sui quali si è pronunciata la Corte costituzionale, affermando il potere di sollevare la questione di pregiudizialità costituzionale: Corte cost., ord., 22 novembre 1999, n. 437 sull'ordinanza di rimessione sollevata da un presidente di Tribunale, in funzione amministrativa e non giurisdizionale; 17 ottobre 1996, n. 387 sollevata da un collegio centrale di garanzia elettorale presso la Corte di cassazione; 12 novembre 1976, n. 226 sollevata dalla Corte dei conti – sezione di controllo; 24 giugno 1970, n. 121 sollevata da un comandante della Capitaneria di porto allorquando gli artt. 1240 e ss., cod. nav. gli attribuivano potere giurisdizionale penale; 15 giugno 1966, n. 83 sollevata dal pretore; 2 luglio 1968, n. 89 sollevata da un Collegio speciale; 12 dicembre 1957, n. 129 nonché 15 giugno 1956, n. 4, entrambe sollevate nell'ambito di un procedimento di giurisdizione volontaria. Nel senso che, in riferimento a tali organi remittenti, «nessun artificio dialettico può portare a riconoscere, accanto

l'arbitro rituale è un soggetto che svolge una funzione giudicante ed emette un provvedimento, il lodo, che ha gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria, per quanto riguarda l'arbitro irrituale, che pure svolge la medesima funzione del rituale, siccome produce una decisione che ha natura contrattuale resta escluso dal novero dei legittimati a sollevare una questione di costituzionalità. Eppure entrambi i modelli di arbitrato sono caratterizzati dall'identità *a)* della fonte, *b)* della rinuncia all'azione ordinaria, *c)* dei compiti dell'arbitro di giudicare e decidere la controversia, *d)* del criterio di giudizio (di diritto oppure di equità) che le parti stesse indicano nella clausola arbitrale. Inoltre, sia nell'arbitrato rituale sia in quello irrituale l'arbitro, terzo ed imparziale, è scelto dalle parti; il procedimento, in entrambi i casi, è connotato non da una mera sequenza preordinata al completamento di un negozio già stipulato dalle parti, ma come un vero e proprio processo "privato" tendente alla decisione della controversia, nel quale le parti, nel rispetto del principio del contraddittorio, prestabiliscono il *thema decidendum*, e offrono i mezzi di prova per sostenere le rispettive posizioni.

Ancora, dal punto di vista dei rimedi, il lodo irrituale può essere impugnato sia per i motivi sottostanti alle azioni contrattuali sia per vizi del procedimento: alle ipotesi di «annullabilità» dei negozi giuridici si aggiungono infatti cinque vizi derivanti dalla violazione di regole processuali, che dunque riguardano il procedimento col quale si giunge alla sua formazione.

A proposito della struttura dell'arbitrato irrituale come un vero e proprio processo, seppur "privato", una dottrina, in chiusura di una recentissima approfondita indagine, ha affermato che «anche per l'arbitrato irrituale [...] può [pertanto] utilizzarsi la definizione di equivalente giurisdizionale»³⁰. Sembra che l'introduzione dell'art. 808 *ter* c.p.c. abbia invero accorciato le distanze tra i due modelli di arbitrato, tanto da indurre autorevole dottrina, particolarmente attenta all'istituto arbitrale, che è giunto il momento di mettere la parola «fine alla vecchia diatriba originata dalle tesi contrapposte sulla "natura dell'arbitrato"»³¹. Appare evidente che nel gioco di luci e ombre, l'art. 808-*ter* sembra aver alimentato più le seconde. A tale riguardo si segnala una recente questione di legittimità costituzionale sollevata da un arbitro irrituale³².

all'indubbia funzione dello *jus dicere*, anche i caratteri soggettivi di titolari di un ufficio giurisdizionale», C. Punzi, *Le nuove frontiere dell'arbitrato*, cit., p. 11.

³⁰ G. Ruffini, *L'arbitrato come equivalente*, cit., p. 50.

³¹ Nel senso che oggi debba porsi «fine alla vecchia diatriba originata dalle tesi contrapposte sulla "natura dell'arbitrato"». Superamento che si supera [...] con il massimo riconoscimento possibile per la giustizia dei privati, di cui la giustizia arbitrale è certo la più significativa espressione», C. Punzi, *La natura dell'arbitrato e la contrapposizione*, cit., p. 14.

³² Si tratta di Corte cost., ord., 21 luglio 2011, n. 218, in *Foro it.*, 2011, I, c. 2906, e in *Corriere giur.*, 2011, p. 1652 ss., con nota di C. Consolo e M. Stella, *Il ruolo prognostico-deflattivo, irriducibile a quello dell'arbitro, del nuovo ABF, "scrutatore di torti e ragioni" nelle liti in materia bancaria*. Nel caso di specie, il Collegio di Napoli dell'Arbitro bancario e finanziario, con ordinanza 6 luglio 2010, n. 363, pubblicata in G.U., 1^a s.s., 1^o dicembre 2010, n. 48, ha sollevato una questione di legittimità costituzionale, prendendo le mosse dalle osservazioni più salienti tratte dalla pronuncia di Corte cost. n.

L'arbitrato libero, irrituale, se lo fosse veramente, dovrebbe restar fuori dagli schemi del processo: la più autorevole dottrina ebbe a rilevare, con la Sua prosa limpida, elegante ed incisiva, che

le parti, salvo espresso divieto di legge, possano [ora] far decidere da arbitri non solo tutte le controversie su diritti disponibili, ma anche quelle che non vertano su diritti, *ivi* compreso quelle su interessi in senso lato legittimi e – si direbbe – fors'anche quelle su legittime aspettative. È difficile dire se questa mia deduzione finirà con l'essere accolta o no dalla dottrina e dalla giurisprudenza, ma mi permetto di pensare che, quanto meno *de iure condendo*, sia più che auspicabile che l'arbitrato, salvo che si tratti di diritti indisponibili, sia sempre consentito. Sarebbe così possibile risolvere in poco tempo una serie di controversie che angustiano la nostra vita quotidiana, dando certezza ai nostri rapporti e ponendo fine a discussioni che sovente si trascinano inutilmente per anni e per decenni³³.

Egli aveva in mente non già un specifico modello di arbitrato, bensì l'arbitrato in generale: infatti si legge nelle conclusioni di tale saggio che «non è importante che l'arbitrato sia rituale o irrituale, di diritto o di equità»³⁴; era viva nel Maestro l'idea che per aversi un "giusto processo arbitrale" fosse indispensabile armonizzare la disciplina positiva dell'arbitrato con la progressiva evoluzione del diritto e delle esigenze dei cittadini, fruitori del servizio giustizia. Si auspica, quindi, che il legislatore intervenga sull'arbitrato, evitando inopportune modifiche che amplifichino l'attuale scarso *appeal* che purtroppo ancora lo connota.

376/2001 per sostenere che anche l'arbitro in sede irrituale sia legittimato a sollevare una questione di legittimità costituzionale. Il collegio dell'ABF ha premesso che, siccome secondo la Corte costituzionale con la sentenza n. 371/2011 ha affermato che «ai fini della rimessione della questione ai sensi dell'art. 23 legge n. 87/1953 basta [...] che l'organo rimettente sia chiamato a risolvere una controversia, nel rispetto delle garanzie del contraddittorio e facendo applicazione obiettiva del diritto», ha concluso che «l'esercizio dei poteri giudicanti [...] è indipendente dalla questione dei rapporti con l'esercizio della funzione giurisdizionale e dei rapporti con cui il provvedimento che definisce il procedimento si pone rispetto alla sentenza del giudice»; ha aggiunto che «una chiara conferma di ciò viene oggi anche dalla legge, che attraverso l'art. 808 ter cod. proc. civ. estende – almeno secondo l'interpretazione più accreditata di tale disposizione – il potere di sollevare la questione di costituzionalità anche agli arbitri irrituali, il cui provvedimento finale che risolve la lite sicuramente non ha valore di sentenza, né è ad essa equiparabile come, peraltro, avviene anche in ipotesi ulteriori in cui la legittimazione a rimettere la questione di legittimità costituzionale è espressamente prevista: art. 69, comma 1, legge 18 giugno 2009, n. 69». La Corte costituzionale ha dato torto all'ABF dichiarando la manifesta inammissibilità della questione sollevata poiché l'ABF, «in considerazione dei criteri e requisiti per la nomina, degli indici di riconoscibilità delle funzioni giurisdizionali, della natura ed efficacia delle decisioni emesse, non è riconducibile alla nozione di "giudice" o "autorità giudiziaria" e non è pertanto legittimato a sollevare questioni di legittimità costituzionale».

³³ F. Cipriani, *Per un arbitrato sulla lettera di Ginzburg a Calamandrei*, in A.a. V.v., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, F. Auletta, G.P. Califano, G. Della Pietra, N. Rascio (a cura di), Jovene, Napoli, 2010, p. 230.

³⁴ *Ibidem*.