

GIORDANO FERRI

*La costruzione teorica dei poteri dell'arbitro
nell'età moderna*

SOMMARIO: 1. Il legislatore ottocentesco italiano e il “sorpasso” dogmatico nella dottrina giuridica del XX secolo: una ipotesi di classificazione concettuale dei poteri dell'arbitro. – 2. La *causa impulsiva*: il «*Schiedsverfahren nach Reichsrecht*» e la confutazione del principio ulpiano «*Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum*». – 2.1 La rielaborazione del *compromissum* romano e la nozione di negozio giuridico nella Pandettistica tedesca. – 3. I poteri dell'arbitro nella *Rezeption*: dal tentativo di una ricostruzione storica delle fonti romane al delineamento di una categoria teorica invasa dalla prassi. – 4. La costruzione della Seconda Scolastica: l'elaborazione di una nuova categoria generale del contratto e il problema della *potestas iurisdictionis*. – 5. Gli approdi della dottrina olandese del Seicento: l'*arbiter* e l'*arbitrator* in una complessa rielaborazione dello *ius commune*. – 6. Le costruzioni teoriche della Scuola culta e della corrente sistematica. – 7. Le elaborazioni teoriche francesi del XVII e XVIII secolo. – 7.1 La costruzione di Condorcet e quella di Robespierre. – 7.2 L'*École du code* e il *nouveau cadre législatif*.

1. Il legislatore ottocentesco italiano e il “sorpasso” dogmatico nella dottrina giuridica del XX secolo: una ipotesi di classificazione concettuale dei poteri dell'arbitro.

Sulla base di un diverso inquadramento del fenomeno arbitrale in ragione della sua natura negoziale o giurisdizionale, la cultura giuridica italiana del Novecento ha costruito due categorie concettuali contrapposte, ossia quella dell'arbitrato rituale e quella dell'arbitrato irrituale, determinando una diversa qualificazione dei poteri delle due figure di arbitro e delle attività ad essi demandata dalle parti.

Infatti, se da un lato – partendo dal presupposto che il lodo, nella sua diversa forma e natura, produce efficacia vincolante tra le parti indipendentemente dal procedimento per la dichiarazione di esecutività e, dunque, a prescindere dall'intervento dell'autorità giudiziaria – un filone dottrinale ha sussunto nella categoria unitaria dei modi di risoluzione alternativi delle controversie tanto i poteri dell'arbitro rituale quanto i poteri dell'arbitro irrituale (1), dall'altro lato – sulla base di una impostazione “giurisdizionale” (2) e, dunque, in ragione del fatto che con l'arbitrato rituale si

(1) P. BONFANTE, *Dei compromessi e lodi stabiliti fra industriali come vincolativi dei loro rapporti ma non eseguiti nel senso e nelle forme dei giudizi*, in *Riv. dir. comm.*, 1905, II, p. 51; S. SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, 1931, pp. 180 ss.; ID., *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 2, Milano 1971, pp. 162 ss. Tale impostazione è stata poi ripresa ed ampliata in tempi recenti da Carmine Punzi: C. PUNZI, *L'arbitrato nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 1973, I, pp. 327 ss.; ID., voce *Arbitrato*. I) *Arbitrato rituale e arbitrato irrituale*, in *Enc. giur.*, Roma 1988, II, pp. 1 ss.; ID., *L'efficacia del lodo arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, pp. 10 ss.; ID., *Relazioni fra l'arbitrato e le altre forme non giurisdizionali di soluzione delle liti*, in *Riv. arb.*, 2003, pp. 385 ss.; S. SATTA, C. PUNZI, *Diritto processuale civile*¹³, Padova 2000, pp. 876 ss.; S. SATTA, C. PUNZI, *Diritto processuale civile. Appendice di aggiornamento della tredicesima edizione*, Padova 2007, pp. 145 ss.; v. anche la prima edizione di quest'opera: C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I e II, Padova 2000. Da ultimo si vedano: C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I e II, Padova 2012; G. FERRI, *L'arbitrato libero nella stagione dei codici ottocenteschi. Un emblema della natura negoziale dell'istituto arbitrale?*, in C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., III, pp. 685 ss.

(2) Sul punto si vedano: M. VASETTI, voce *Arbitrato irrituale*, in *Nuovo dig. it.*, I, 2, Torino, 1957, pp. 846 ss.; T. CARNACINI, voce *Arbitrato rituale*, in *Noviss. dig. it.*, I, 2, Torino 1957, pp. 875 ss.; E. FAZZALARI, voce *Arbitrato*

giunge ad una pronuncia assimilabile anche sotto il profilo sostanziale, e non solo quanto al regime processuale, ad una sentenza giudiziaria, mentre con l'arbitrato irrituale le parti possono addivenire soltanto ad una composizione contrattuale della situazione controversa – un altro filone ha rappresentato in modo distinto l'origine e la forma di esplicazione dei poteri delle due *species* di arbitro (3).

All'impostazione dottrinale che riconosce tra i modi di risoluzione delle controversie una forma di arbitrato che esula dalle previsioni del codice di procedura civile del 1865 e manifesta caratteri sicuramente diversi rispetto al consolidato accordo transattivo – in quanto il silenzio del codice di rito non poteva certo giustificare l'eventuale violazione del principio di autonomia privata, chiaramente sancito nel codice civile unitario e che consentiva alle parti di regolare autonomamente i propri interessi facendo fronte alle nuove esigenze sociali inderogabili con strumenti giuridici più duttili rispetto alla disciplina processuale – si contrappone, dunque, l'impostazione dottrinale che, forte della esigenza di rivendicare il monopolio statale della giustizia, esclude che una forma di compromesso, estranea alle disposizioni codicistiche, possa essere sussunta nella categoria concettuale dell'arbitrato tipizzato dal legislatore.

L'emersione, avvenuta in seno all'ordinamento italiano nei primi anni del XX secolo, di una figura di compromesso, sottratta per volere delle parti alla disciplina codicistica, ha suscitato un vivo dibattito sulla diversa natura e funzione dei due istituti che si è intrecciato alla discussione sull'inquadramento teorico dell'arbitrato assoggettato alla regolamentazione del codice, e c.d. rituale, e sui rapporti tra quest'ultimo e la giurisdizione statale. Si tratta di costruzioni teoriche elaborate solo a partire dall'inizio del secolo XX (4), successivamente all'entrata in vigore della

(Teoria gen. e dir. proc. civ.), in *Dig., disc. priv., sez. civ.*, I, Torino 1987, pp. 389 ss.; ID., voce *Processo arbitrale*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano 1987, pp. 298 ss.; ID., voce *Arbitrato*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, II, Milano 1998, pp. 71 ss.

(3) A. SRAFFA, *Compromessi e lodi stabiliti fra industriali senza la forma dei giudizi*, in *Riv. dir. comm.*, 1907, I, pp. 427 ss.; A. SCIALOJA, *Gli arbitrati liberi*, in *Riv. dir. comm.*, 1922, I, pp. 496 ss.; F. CARNELUTTI, *Arbitri e arbitratori*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1924, pp. 121 ss.; M. GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, Milano 1939, pp. 85 ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, *Negoziato e giudizio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, pp. 1158 ss. Tale impostazione è stata poi ripresa in tempi recenti da: E.F. RICCI, *Sull'efficacia del lodo arbitrale rituale dopo la legge 9 febb. 1983 n. 28*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, pp. 635 ss.; ID., *La «natura» dell'arbitrato rituale e del relativo lodo: parlano le Sezioni Unite*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, pp. 259 ss.; ID., *La Cassazione insiste sulla natura «negoziale» del lodo arbitrale. Nuovi spunti critici*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, pp. 1238 ss.; ID., *La never ending story della natura negoziale del lodo: ora la Cassazione risponde alle critiche*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, pp. 557 ss.; C. CONSOLO, *Sul «campo» dissodato della compromettibilità in arbitri*, in *Riv. arb.*, 2003, pp. 241 ss.; C. CONSOLO, M. MARINELLI, *La Cassazione e il «duplice volto» dell'arbitrato in Italia*, in *Corr. giur.*, 2003, pp. 678 ss.; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*⁵, II, Padova, 2006, pp. 139 ss.; E.F. RICCI, *Profili liberali della nuova disciplina dell'arbitrato*, in *AA.VV., Studi in onore di Carmine Punzi*, II, Torino 2008, pp. 61 ss.

(4) Quando, in reazione alla previsione legislativa del codice di rito civile del 1865 che, non considerando la posizione della dottrina e della giurisprudenza, riconosceva solo una forma di arbitrato, la Corte di Cassazione di Torino, con una pronuncia del 27 dicembre 1904, con un taglio del tutto innovativo, introduce una diversa forma o modello di composizione della controversia, ossia quello della «composizione contrattuale» che non dà luogo ad un giudizio, come nell'arbitrato secondo il codice di rito, ma ad una risoluzione della lite «per effetto della concorde volontà delle parti, indipendentemente da ogni forma procedurale» (cfr. Cass. Torino, 27 dicembre 1904, in *Foro it.*,

normativa unitaria sull'arbitrato approvata con il Regio Decreto n. 23 del 25 giugno 1865 dopo i rapidissimi lavori, durati poco più di un mese, della Commissione preposta (d.m. 6 aprile 1865) alla redazione finale del progetto di codice accompagnato dalla relazione del Ministro Guardasigilli Vacca.

Del resto, avuto riguardo all'esperienza italiana, la necessità di circoscrivere il fenomeno arbitrale ad un regolamento processuale così da contrapporlo – per la sua natura giurisdizionale e per i poteri degli arbitri che sono titolari di una, benché peculiare, forma di *iurisdictio* (5) – ad un modo di composizione amichevole della lite affidato dalle parti ad un terzo, cui viene appunto delegato il solo potere di trovare un accordo risolutivo, ovvero, per converso, l'esigenza di sottolineare la natura negoziale dell'istituto per cui i poteri degli arbitri non potevano essere confusi con quelli di chi esercitava l'ordinaria giurisdizione (6), esprimono riflessioni ancora lontane, e forse per questo separate, dal contesto culturale in cui maturarono le scelte del legislatore italiano dell'Ottocento e le soluzioni offerte dai tribunali che si trovarono a decidere in materia d'arbitrato all'indomani dell'entrata in vigore della normativa del 1865.

Infatti, nel processo di formazione del codice, voluto per costituire un ordinamento unitario che potesse «cementare giuridicamente la nazione sorta grazie a tanti sforzi politici e militari» (7), per quanto concerne la disciplina dell'arbitrato – collocata in apertura al codice fin dal *Progetto* presentato al Senato nella tornata n. 23 del 26 novembre 1863 e che verrà poi introdotta nel Titolo Preliminare «*Della conciliazione e del compromesso*» della stesura definitiva – emerge chiaro come Giuseppe Pisanelli, il Guardasigilli che preparò il *Progetto* con un'ampia *Relazione* incentrata peraltro sulla conciliazione, sul compromesso, sull'ordine e forma dei giudizi, avesse esercitato il

1905, cc. 366 ss.). La sentenza torinese fu annotata da Pietro Bonfante l'anno successivo alla sua emanazione nella neonata *Rivista di diritto commerciale industriale e marittimo*, fondata da Cesare Vivante ed Angelo Sraffa nel 1903 (cfr. G. FERRI, *L'arbitrato libero nella stagione dei codici ottocenteschi*, cit., pp. 689-703). Sui contributi dei processualisti del XX secolo nella *Rivista di diritto commerciale* si veda A. PROTO PISANI, *Materiali per uno studio dei contributi processualciviltistici della «Rivista di diritto commerciale» (1903-1923)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 16, Milano 1987, pp. 380 ss. Per una ricostruzione della storia della suindicata rivista si veda V. DENTI, *Riviste giuridiche italiane (1865-1945)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 16, Milano 1987, p. 631 ss.

(5) Si pensi, ad esempio, alle parole di A. SRAFFA, *Compromessi e lodi stabiliti fra industriali senza la forma dei giudizi*, cit., pp. 427 ss.: «Lo Stato ha ammesso che si possa evitare di ricorrere all'autorità giudiziaria ordinaria nel caso del compromesso, ordinando per questo gravi e speciali condizioni e stabilendo che la funzione del giudicato del giudice, di aprire la via all'esecuzione, spetti anche al giudicato dell'arbitro. Ma al di fuori di questo caso, il dirimere le controversie è riservato alla Stato; dirimere le controversie vuol dire giudicare; non dichiarare esecutivo un giudizio privato; dirimere le controversie vuol dire esaminarle e poi deciderle, non pronunciare una sentenza che non abbia altro scopo ed altro effetto che dar valore di sentenza ad un giudicato privato che sentenza non era».

(6) Un contributo significativo in dottrina fu dato da S. SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, cit., p. 180: «Le parti che compromettono vogliono cioè escludere ogni pretesa a tutela giuridica, e quindi all'accertamento di essa, non vogliono litigare. Vogliono cioè trattare la controversia giuridica come una controversia economica, e risolvere questa così come qualunque altra controversia, con la costituzione di un (nuovo) contratto».

(7) Riprendo una felice espressione del processualista Girolamo Monteleone collocata nella ricostruzione storica della genesi del codice di procedura del 1865 (cfr. G. MONTELEONE, *Introduzione. Il Codice di procedura civile italiano del 1865*, in *Codice di procedura civile del Regno d'Italia (1865)*, in *Testi e documenti per la storia del processo*, a cura di N. PICARDI e A. GIULIANI, Milano 2004, p. XII).

suo impegno legislativo nella profonda e non turbata consapevolezza della natura negoziale del fenomeno arbitrale, considerato come istituto giuridico unitario.

Il giurista salentino, dopo la descrizione storica e riflessiva sulla normativa francese e su quella dell'Italia preunitaria (8), ha posto la sua attenzione sulle ragioni di una disciplina processuale dell'arbitrato di cui, sebbene nel *Progetto* appaia sottoposto a prescrizioni proprie dell'ordinamento giudiziario, come l'istituto necessario della omologazione successiva alla pronuncia del lodo, non tarda a sottolinearne la funzione negoziale volta a risolvere ciò che il ricorso agli apparati giudiziari avrebbe reso irrisolvibile (9). Di particolare rilievo è l'argomentazione addotta a sostegno della negazione di validità di una clausola compromissoria

(8) Non si possono non considerare in quest'ambito alcune pregresse esperienze legislative degli Stati italiani successivi. Si pensi all'art. 66 del Regolamento di procedura civile per i Tribunali del Granducato di Toscana del 1814 che stabilisce: «Il compromesso potrà essere fatto in Arbitri per decidere ai termini di giustizia, in Arbitratori con facoltà di staglio, e di stralcio, a misura delle ragioni delle parti tanto nel primo, quanto nel secondo caso potrà essere renunziato, o riservato l'appello, e senza la renunzia espressa s'intenderà riservato, e la causa si devolverà alla Ruota di prime appellazioni, da cui dipende il Tribunale, che dovrà pubblicare il Lodo, e quanto alle seconde appellazioni si osserverà il metodo che si osserva nelle altre cause di corso ordinario»; oppure si pensi all'art. 1099 dello stesso Regolamento, collocato sotto il Titolo VIII «*Dei giudizi compromissarij*» che pone in partenza un adempimento giudiziario a carico degli arbitri a pena della stessa procedura arbitrale: «Gli arbitri non devono assumere cognizione delle cause, se prima non hanno accettato in scritto il compromesso, e fatto registrare l'atto della loro accettazione presso il Tribunale competente» (cfr. *Leggi del Granducato della Toscana pubblicate dal 27 d'aprile 1814*, in *Regolamento di procedura civile per i Tribunali del Granducato di Toscana 1814*, in *Testi e documenti per la storia del processo*, a cura di N. PICARDI e A. GIULIANI, Milano 2004, pp. 16 ss.). Si pensi inoltre alla sistematica del Titolo unico «*De' compromessi*» delle *Leggi della procedura ne' giudizi civili del Codice per lo Regno delle Due Sicilie* del 1819, che, se nell'art. 1079 riprende quasi fedelmente l'art. 1003 del *code de procédure civile*, dopo aver tassativamente imposto obblighi a carico degli arbitri e finanche delle parti, all'art. 1085 stabilisce che «nella procedura le parti e gli arbitri osserveranno i termini e le forme stabilite pe' tribunali, qualora le parti non abbiano convenuto diversamente» (cfr. *Codice per lo Regno delle Due Sicilie. Parte terza, Leggi della procedura ne' giudizi civili*, Napoli 1840, pp. 256 ss.). Su questo stesso tenore normativo si colloca la disciplina dettata dal Codice di procedura civile estense del 1852 che sembra proprio aver assorbito nell'ambito dell'esercizio della giurisdizione la figura dell'arbitro al quale, benché scelto dalle parti e non dal Sovrano come i giudici e i conciliatori, si riconosce uno spazio di autonomia assai ristretto, si attribuisce la qualifica di persona che ha parte nell'amministrazione della giustizia come indicato dall'art. 1; si distingue inoltre la figura dell'arbitratore al quale è attribuito, secondo l'art. 17, il potere esclusivo di pronunciarsi «a termini di equità» (cfr. *Codice di procedura civile per gli Stati Estensi 1852*, in *Testi e documenti per la storia del processo*, a cura di N. PICARDI e A. GIULIANI, Milano 2003, pp. 1 ss.).

A tal riguardo si vedano: S. CHIARLONI, *Il presente come storia: dai codici di procedura civile sardi alle recentissime riforme e proposte di riforma*, in *Codici di procedura civile del Regno di Sardegna 1854/1859*, cit., pp. IX-XXVIII; M. ASCHERI, *L'unificazione giuridica della Toscana lorenese (1814): «la giustizia è religiosamente amministrata»*, in *Regolamento di procedura civile per i tribunali del Granducato di Toscana 1814*, cit., pp. IX-XVI; F. CIPRIANI, *Le leggi della procedura nei giudizi civili del Regno delle Due Sicilie*, in *Codice per lo Regno delle Due Sicilie. Leggi della procedura ne' giudizi civili 1819*, cit., pp. IX-XLV; M. VELLANI, *Lineamenti del Codice di procedura civile per gli Stati estensi del 1852*, in *Codice di procedura civile per gli Stati estensi 1852*, cit., pp. IX-XVIII.

(9) Cfr. *Relazione sul progetto del Codice di procedura civile presentato in iniziativa al senato dal Ministro Guardasigilli nella tornata del 26 novembre 1863*, n. 63, in *Il Codice di procedura civile del Regno d'Italia per l'avvocato Francesco Saverio Gargiulo, Professore di procedura civile nella R. Università di Napoli. Opera plaudita dalla R. Accademia di Scienze Morali e Politiche di Napoli contenente il testo del Codice, preceduto dalle disposizioni transitorie per la sua attuazione. Il confronto coi Codici francese, napoletano, austriaco, parmense, estense, albertino. I motivi di esso, Seconda edizione riveduta ed accresciuta dall'autore. Nuova ristampa*, I, Napoli 1887, p. 51: «Pare tuttavia miglior partito di ammettere l'arbitramento anche nell'interesse dei minori, e delle altre persone che non possono liberamente disporre della cosa controversa, perché il negarlo assolutamente sarebbe stato in certi casi togliere alle medesime un vero beneficio. La natura della controversia può richiedere che questa sia definita senza l'osservanza delle forme e la pubblicità d'un giudizio; le spese ed i ritardi inseparabili da un procedimento giudiziario costituiscono talvolta un danno irreparabile. Si pensò inoltre che l'approvazione del consiglio di famiglia e l'intervento del tribunale per l'omologazione del compromesso escludono il pericolo che possa tornare a danno della persona incapace».

generica e generale (10), in quanto contribuisce a comprendere il pensiero del Pisanelli così sensibile, allo stesso tempo, sia alla sopravvivenza del principio dell'autonomia delle parti a porre fine alla lite attraverso un negozio giuridico, sia alla tutela del diritto ad adire l'autorità giudiziaria costituita in forza di un ordinamento che ha il preciso scopo di garantire la pace sociale e – utilizzando un'espressione moderna che mal si ataglia al periodo storico considerato – la tutela delle situazioni giuridiche soggettive. Il ragionamento prende spunto da una serrata critica alla disciplina del compromesso contenuta nel codice del Cantone di Ginevra del 1819 che stabiliva genericamente come le parti potessero preventivamente obbligarsi a sottoporre alla decisione degli arbitri eventuali contestazioni:

«Venendo alle garanzie giudiziarie che sono stabilite dalla legge per mantenere salvi i diritti, è anzitutto palese che niuno può ritenere un diritto e rinunciare intanto al mezzo di farlo valere; il patto con cui taluno a ciò si obbligasse sarebbe nullo perché contrario alle leggi d'ordine pubblico. Ma si potrà rinunciare alla facoltà di ricorrere ai tribunali ordinari per la ricognizione di diritti che ancora non competono? Neppure, perché la facoltà di adire ai tribunali, l'azione giudiziaria è essa pure un diritto (jus persequendi) che prende norma e carattere dal diritto principale che tende a garantire; se non è permessa la rinuncia di questo, non può ammettersi la rinuncia al mezzo ordinario di farlo valere. Havvi un principio fondamentale nella materia delle convenzioni, il quale richiede che l'oggetto di essa debba essere determinato» (11).

Tale impostazione, affermata nell'ambito del pensiero giuridico italiano che nella seconda metà dell'Ottocento non ha offerto molte argomentazioni in merito alla natura dell'istituto, consente dunque di comprendere quali fossero realmente, pochissimi anni prima dell'entrata in vigore del codice unitario, le aspettative della scienza giuridica in relazione ai poteri dell'arbitro (12), protagonista di un modo alternativo di risoluzione della controversia e, allo stesso tempo, attore che si sottoponeva, forse perdendo qualche tratto originale di libertà, al controllo dell'ordinamento statale, non già per esserne risucchiato, ma per non destituirne il fondamentale aspetto della tutela giurisdizionale dei diritti.

Inoltre, è da sottolineare che gli interpreti del testo legislativo, a partire dalle raccolte dei motivi (13) e a finire con gli orientamenti giurisprudenziali di fine secolo (14), considerarono

(10) Anche se poi nel Codice di procedura civile del 1865 la clausola compromissoria scomparirà del tutto.

(11) Cfr. *Relazione sul progetto del Codice di procedura civile presentato in iniziativa al senato dal Ministro Guardasigilli nella tornata del 26 novembre 1863*, n. 63, cit., p. 52.

(12) Si pensi, ad esempio, alla nota prolusione che il giurista Domenico Viti tenne a Napoli negli anni Sessanta dell'Ottocento proprio su questo aspetto: cfr. G. MONTELEONE, *Domenico Viti ed il concetto di azione, ovvero l'eredità scientifica di Giuseppe Chiovenda*, in *Giur. it.*, 1997, IV, cc. 89 ss.

(13) Si segnalano i motivi raccolti da Gaetano e Giuseppe Foschini in merito alla definizione di compromesso e più segnatamente sull'art. 9: «A differenza de' Codici abrogati, si riconosce la facoltà di compromettere al tutore, agli amministratori, e generalmente a coloro che hanno il libero esercizio de' loro diritti. A tutela però delle persone interessate viene stabilito che il compromesso non avrà effetto se non quando sia approvato ne' modi richiesti per la transazione. Si cercò in tal guisa di equiparare il compromesso alla transazione» (cfr. *I Motivi del Codice di procedura civile del Regno d'Italia e delle disposizioni transitorie di esso tratti 1° Da' lavori preparatori de' Codici di procedura civile degli Stati Sardi del 1854 e del 1859; 2° Da quelli del Codice di procedura civile del Regno d'Italia del 1865; 3° Dalle esposizioni de' motivi della Loi sur la procédure civile du Canton de Genève, seguita dal nostro codice; 4° E dal Commentario del Codice di procedura civile per gli Stati Sardi del 1854, fatto dai professori Pisanelli, Scialoja e*

ancora l'arbitrato come istituto radicalmente ed esclusivamente ancorato alle ragioni del compromesso negoziale, la cui esistenza e sviluppo erano ritenuti svincolati da qualsivoglia previsione legislativa.

2. La *causa impulsiva*: il «*Schiedsverfahren nach Reichsrecht*» e la confutazione del principio ulpiano «*Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum*».

Tale cambiamento di prospettiva nella cultura giuridica italiana del XX secolo che ha introdotto una *distinctio* tra la figura dell'arbitro rituale e quella dell'arbitro irrituale – per un verso in quanto un filone riteneva che i poteri dell'arbitro trovassero fondamento nelle previsioni del codice di rito mentre quelli dell'arbitro irrituale traessero, quasi clandestinamente, la loro ragion d'essere nella volontà delle parti di addivenire ad una composizione amichevole della controversia, per altro verso in quanto l'orientamento opposto riteneva di trovare nel negozio giuridico il fondamento comune ai poteri dei due protagonisti che, comunque, venivano fatti rispondere il primo alle norme del codice, il secondo a regole tratte – è forse imputabile a quel processo di riordino e rielaborazione con metodo sistematico delle fonti del diritto romano giustiniano, poi sfociato in un fenomeno di dogmatizzazione concettuale (15), e, dunque, ai metodi della Scuola storica e della Pandettistica tedesca che ebbero una grande eco nell'Italia della prima metà del Novecento (16).

Se Savigny, nel suo *System des heutigen römischen Rechts*, non ha preso in considerazione l'istituto dell'arbitrato, si potrebbe ipotizzare che egli analogamente a quanto riferito in tema di rapporti giuridici e dichiarazione di volontà (17) – nella consapevolezza di trovare un ordine

Mancini, ed ordinati sotto ciascun articolo da' germani Gaetano Foschini, *Giudice Istruttore presso il Tribunale d'Isernia*, Giuseppe Foschini, *Vice-Cancelliere nel Tribunale di Solmona*, Torino-Firenze 1870, p. 29).

(14) Si pensi, ma solo come esempio, alla omissione della clausola compromissoria che invece fu diffusissima nella prassi: cfr. *Repertorio generale annuale della giurisprudenza italiana con notizie bibliografiche, di legislazione, ecc. a cura della Redazione del periodico «La giurisprudenza italiana e la legge» Rivista universale di giurisprudenza e dottrina*, anno I (1898), Torino 1899, voce *Arbitri (Giudizio di)*, pp. 29 ss.

(15) Sul passaggio dall'impostazione della Scuola storica alla Pandettistica tedesca si rimanda a: F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, trad. it. qui cit., *Storia del diritto privato moderno*, Milano 1967, pp. 78 ss.; W. WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, trad. it. qui cit., *Metodologia giuridica nel secolo XIX*, Milano 1974, pp. 75 ss.; K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, trad. it. qui cit., *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano 1966, pp. 19 ss.

(16) Si pensi a quanto messo in evidenza da G. PUGLIESE, *I pandettisti fra tradizione romanistica e moderna scienza del diritto*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, Firenze 1977, I, pp. 29-72. Da ultimo sul punto P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari 2007, pp. 175 ss.

(17) F.C. DI SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, trad. it. qui cit., *Sistema del diritto romano attuale*, trad. Vittorio Scialoja, Torino 1891, pp. 109 ss. Siamo, infatti, ancora lontani dagli approdi della Pandettistica in tema di negozio giuridico e dallo stesso orientamento dottrinale che, più in generale, riscontrava nei concetti classificatori gli strumenti di orientamento per l'interprete del diritto secondo gli schemi dello storicismo idealistico crociano tanto caro ad Emilio Betti, il quale riteneva che «Una ricostruzione storica del diritto che non fosse condotta alla luce della dogmatica, sarebbe una storia cieca, cioè meramente erudita, senza alcun interesse attuale» (cfr. E. BETTI, *Educazione giuridica odierna e ricostruzione del diritto romano*, in *Bullettino dell'istituto di diritto romano*, XXXIX, 1931, p. 69).

sistematico del diritto nella giurisprudenza romana classica che aveva reso possibile l'incontro tra ordine e tradizione attraverso la capacità «di disegnare l'unità astratta dell'istituto ed al contempo di renderlo vitale plasmando al suo interno il diritto della tradizione e adeguandolo continuamente alle cangianti necessità sociali» (18) – avrebbe evidenziato come l'*arbiter addictus*, ossia l'arbitro nominato dal pretore nelle *actiones bonae fidei* e nelle *actiones arbitrariae* con poteri vicini a quelli del *iudex* della procedura romana classica, fosse stato soppiantato, con il tramontare del sistema delle *legis actiones*, dalla più radicata figura dell'*arbiter ex compromisso*, ossia dell'arbitro che traeva i suoi poteri dal *compromissum* posto in essere attraverso una doppia *stipulatio* mediante la quale le parti, oltre ad attribuire il potere al terzo di decidere il conflitto d'interessi tra loro insorto, ne stabilivano anche le modalità e i limiti (19), così garantendosi «un ampio spazio di autodeterminazione» (20): l'arbitrato si configura nella pienezza della sua essenza negoziale e l'*arbiter* è chiamato a risolvere la controversia senza disporre della *potestas iudicandi*, ossia di quella «*potestas condemnandi absolvendive*» del giudice di cui parla Gaio (21), in quanto la sua

Per quanto concerne gli studi sulla dottrina del negozio giuridico, si rimanda all'intero volume VII della collana "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", dal titolo *Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento*, Milano 1978.

(18) M. CARVALE, *Storia del diritto nell'Europa moderna e contemporanea*, Bari 2012, p. 285.

(19) Si fa riferimento al Libro IV, Titolo VIII dei *Digesta* "De receptis: qui arbitrium receperint ut sententiam dicant" ben illustrato da G. CRIFÒ, *Arbitrato (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, I, Milano 1958, pp. 894 ss. Sulla disciplina dell'istituto romano dell'arbitrato si rimanda inoltre al contributo monografico di M. TALAMANCA, *Ricerche in tema di compromissum*, Milano 1958.

(20) Riprendo una felice espressione di V. PIERGIOVANNI, *Profili storici dal diritto romano al diritto medievale e moderno*, in *L'arbitrato. Profili sostanziali, Giurisprudenza Sistematica di Diritto Civile e Commerciale*, Torino 1999, p. 9.

(21) Gai, *Inst.* 4.43-46: «Condemnatio est ea pars formulae, qua iudici condemnandi absoluendive potestas permittitur, uelut haec pars formulae: IVDEX, NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO SESTERTIVM X MILIA CONDEMNA. SI NON PARET, ABSOLVE; item haec: IVDEX, NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO DUMTAXAT X MILIA CONDEMNA, SI NON PARET, ABSOLVITO; item haec: IVDEX, NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO CONDEMNATO et reliqua, ut non adiciatur DVMTAXAT X MILIA.

Non tamen istae omnes partes simul inveniuntur; sed quaedam inveniuntur, quaedam non inveniuntur. certe intentio aliquando sola inveniuntur, sicut in praeiudicialibus formulis, qualis est, qua quaeritur, aliquis libertus sit, uel quanta dos sit, et aliae complures; demonstratio autem et adiudicatio et condemnatio numquam solae inveniuntur; nihil enim omnino demonstratio sine intentione uel condemnatione ualet; item condemnatio sine intentione uel adiudicatio sine demonstratione nullas uires habet et ob id numquam solae inveniuntur.

Sed eas quidem formulas, in quibus de iure quaeritur, in ius conceptas uocamus, quales sunt, quibus intendimus nostrum esse aliquid ex iure Quiritium aut nobis dari oportere aut pro fure damnus decidi oportere; sunt et aliae, in quibus iuris ciuilis intentio est.

Ceteras uero in factum conceptas uocamus, id est, in quibus nulla talis intentio concepta est, sed initio formulae nominato eo, quod factum est, adiciuntur ea uerba, per quae iudici damnandi absoluendive potestas datur; qualis est formula, qua utitur patronus contra libertum, qui eum contra edictum praetoris in ius uocauit. nam in ea ita est: RECVPERATORES SVNTO. SI PARET ILLVM PATRONVM AB ILLO [PATRONO] LIBERTO CONTRA EDICTVM ILLIVS PRAETORIS IN IVS VOCATVM ESSE, RECVPERATORES, ILLVM LIBERTVM ILLI PATRONO SESTERTIVM X MILIA CONDEMNATE. SI NON PARET, ABSOLVITE. Ceterae quoque formulae, quae sub titulo DE IN IVS VOCANDO propositae sunt, in factum conceptae sunt, uelut aduersus eum, qui in ius uocatus neque uenerit neque uindicem dederit; item contra eum, qui ui exemerit eum, qui in ius uocaretur; et denique innumerabiles eius modi aliae formulae in albo proponuntur».

pronuncia, come ricorda Ulpiano, il giurista mentore dell'imperatore Severo, è «*extra necessitatem iurisdictionis posita*» (22).

Del resto lo stesso Hugo, il maestro di Gottinga che anticipò l'opposizione alla scuola filosofica di Kant, Hegel e Thibeaudeau, nella sua *Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts* apparsa nel 1790, descrivendo l'amministrazione della giustizia romana, aveva rappresentato le funzioni dello *judex* e dell'*arbiter* (e dei *recuperatores*) sulla base della costruzione ciceroniana (23), espressa nelle *Orationes Pro Roscio Comoedo*, ove il retore, in un'epoca ancora lontana dalla realtà giuridica imperiale durante la quale il *compromissum* divenne la fonte per eccellenza dell'istituto arbitrale, percepì come la funzione valutativa dell'arbitro, l'utilizzazione di criteri discrezionali fondati sul *bonum et aequum* derivassero direttamente dalla *voluntas* delle parti di accomodare la lite:

«Pecunia tibi debebatur certa, quae nunc petitur per iudicem, in qua legitima partis sponsio facta est. Hic tu si amplius HS nummo petisti, quam tibi debitum est, causam perdidisti, propterea quod aliud est iudicium, aliud est arbitrium. Iudicium est pecuniae certae, arbitrium incertae; ad iudicium hoc modo venimus ut totam litem aut obtineamus aut amittamus; ad arbitrium hoc animo adimus ut neque nihil neque tantum quantum postulavimus consequamur. Ei rei ipsa verba formulae testimonio sunt» (24).

Ma questa ipotesi di lavoro non è certo ascrivibile agli esponenti della Pandettistica tedesca in quanto essi sia operarono una distinzione tra i poteri dei soggetti preposti all'arbitrato e quelli dei soggetti preposti all'arbitraggio, sia giunsero a considerare il procedimento arbitrale come appartenente alla sfera del diritto pubblico e, di conseguenza, l'arbitro come istituzione pubblica.

Per quanto riguarda il primo aspetto, si assiste probabilmente ad una forzatura concettuale delle elaborazioni della scienza giuridica medievale *post* irneriana (25), proprio di quella scienza giuridica tacciata dalla dottrina tedesca di aver "imbastardito" il pensiero giurisprudenziale romano e che, nella interpretazione e naturale integrazione della disciplina dettata dalle autorevoli fonti romane con quanto stabilito dalla consuetudine del caso concreto, finì per affiancare alla figura dell'*arbiter* quella dell'*arbitrator*, le cui note di discrimine, proprio perché legate alla realtà della

(22) D. 4.8.31: «Ita demum autem committetur stipulatio, cum adversus eam quid fit, si sine dolo malo stipulantis factum est: sub hac enim condicione committitur stipulatio, ne quis doli sui praemium ferat. sed si quidem compromisso adiciatur " ut si quid dolo in ea re factum sit", ex stipulatu conveniri qui dolo fecit potest: et ideo si arbitrum quis corrumpit vel pecunia vel ambitione, vel advocatum diversae partis, vel aliquem ex his, quibus causam suam commiserat, ex doli clausula poterit conveniri, vel si adversarium callide circumvenit, et omnino si in hac lite dolose versatus est, locum habebit ex stipulatu actio: et ideo si velit de dolo actionem exercere adversarius, non debebit, cum habeat ex stipulatu actionem. Quod si huiusmodi clausula in compromisso adscripta non est, tunc de dolo actio vel exceptio locum habebit. Hoc autem compromissum plenum est, quod et doli clausulae habet mentionem».

(23) G. HUGO, *Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts*, trad. it. qui cit., *Storia del diritto romano*, trad. Costantino Arlia, Napoli 1856, pp. 259-260.

(24) M.T. CICÉRON, *Discours*, Texte établi et traduit par H. De La Ville De Mirmont, I, Paris 1960, p. 160.

(25) Per quanto riguarda il significativo rapporto tra pandettistica e *ius commune* sono illuminanti le pagine di A. MAZZACANE, «Il leone fuggito dal circo»: pandettistica e diritto comune europeo, in *Index. Quaderni camerti di studi romanistici. International Survey of Roman Law*, 29 (2001), pp. 97-111.

prassi, non apparvero sempre costanti, ben identificabili e, soprattutto, a dire il vero, suscettibili di essere ipostatizzate (26).

Un primo passo verso una più netta distinzione tra le due figure fu compiuto da Georg Friedrich Puchta che nelle sue *Pandekten*, trattando del «*Kompromiss*», introdusse la differenza tra lo «*Schiedsgericht*», ossia il tribunale arbitrale con funzione di decidere controversie giuridiche, e lo «*Schiedsgutachten*», ossia l'arbitraggio, nell'ambito del quale l'arbitratore aveva esclusivamente il potere di determinare un elemento della fattispecie sostanziale (27). Analogamente alla funzione

(26) I profili dell'arbitrato nel periodo *post* irneriano sono stati esaustivamente trattati da Luciano Martone che, seppur in un'ottica ben lontana dal configurare dogmaticamente una categoria unitaria di arbitrato nel Medioevo, ha illustrato il permanere dei caratteri privatistici di derivazione romanistica dell'istituto nei generi letterari medievali, dall'età dei glossatori a quella dei commentatori, e nelle fonti statutarie (cfr. L. MARTONE, *Arbiter-Arbitrator. Forme di giustizia privata nell'età del diritto comune*, Napoli 1984).

Per completezza espositiva, la non ben delineata distinzione tra le due figure dell'*arbiter* e dell'*arbitrator* e dei rispettivi poteri, che riflette il pensiero giuridico medievale, si è acuito nella dottrina italiana del Cinquecento e poi del Seicento. Per un approdo consolidato si veda l'opera di diritto processuale di Sigismondi Scaccia, che già nel suo *Tractatus de iudiciis causarum, civilium et criminalium et hereticalium* del 1618 – individuando «tres species arbitrorum seu arbitratorum» sulla base di un criterio distintivo, che trova fondamento nella fonte della *electio*, ossia della scelta dell'arbitro, per cui avevano giurisdizione, venendone quasi assorbiti, gli *arbitri iuris communis*, che sono scelti «ex dispositione iuris communis», e gli *arbitri ex necessitate statuti*, che sono scelti «ex dispositione alicuius statuti mandantis causam compromitti», mentre l'*arbiter compromissarius*, che «est electus ex mera voluntate partium», aveva solo forza contrattuale – lascia significativi dubbi su come potesse l'interprete considerare di natura “publicistico-giurisdizionale” o “privatistico-contrattuale” un modo alternativo al ricorso all'ordinamento giudiziario per la risoluzione di una controversia, sulla base non più semplicemente delle regole procedurali e dei criteri di giudizio messi a punto dalla tradizione consolidata dell'età di mezzo (salvaguardando, seppur confusamente, la genesi negoziale dell'istituto, vuoi necessario, dunque obbligatorio, vuoi libero), ma sull'investitura del soggetto o dei soggetti chiamati a decidere. Il ragionamento seguito dal pratico secentesco (come già sottolineato in G. FERRI, *L'arbitrato libero nella stagione dei codici ottocenteschi. Un emblema della natura negoziale dell'istituto arbitrale?*, cit., pp. 705 ss.) sembra palesare non solo il completamento di un processo involuto di snaturamento dell'arbitrato come atto di natura privata, il che potrebbe lasciare spazio ad una riflessione critica quantomeno volta a comprendere le ragioni di rottura con la costruzione, seppur disomogenea, della scienza giuridica medievale, ma anche una prospettiva nuova di considerazione del fenomeno che vede contrapporsi all'autonomia negoziale una forma, ricorrendo ad una espressione moderna, di «giurisdizione speciale» (cfr. SIGISMUNDI SCACCIAE, *De iudiciis causarum, civilium et criminalium et hereticalium*, Venetiis 1663, lib. II, cap. 9, *Arbiter seu arbitrator electi ex forma iuris communis*, n. 743, p. 425). Non a caso Scaccia nel suo *Tractatus de sententia et de re iudicata* del 1628, ad esempio, riconosce solo agli *arbitri iuris communi* e *ex necessitate statuti* il potere di conoscere e decidere sulla domanda riconvenzionale proposta da una delle parti, in quanto dotati di *iurisdictio* mentre, in una *quaestio* successiva, estende agli *arbitri compromissarij* la facoltà di conoscere l'eccezione di compensazione allorché essa fosse oggetto del compromesso e, dunque, non comportante l'esercizio della giurisdizione (cfr. SIGISMUNDI SCACCIAE, *Tractatus de sententia et re iudicata*, lib. III, *De iudicis*, Colonia 1737, glossa VII, *quaestio* III, *limitatio* I, n. 4, p. 121b.).

Molto più cauto nelle definizioni e molto più incline alla tradizione giuridica consolidata sembra essere Giovanni Battista De Luca che rimane fedele alla *distinctio* tra *arbiter* e *arbitrator*, considerando il primo una derivazione giurisprudenziale, elaborata anche dalla dottrina medievale, della figura e dei poteri dell'arbitro, considerato nelle fonti romane glossate e commentate dalla letteratura del rinascimento giuridico, che continua a rappresentare la natura negoziale del fenomeno arbitrale, pur trovandosi costretto nelle regole processuali dell'ordinamento giudiziario: gli aspetti «rituali» del processo arbitrale riguardano la regolamentazione e lo svolgimento dell'*iter* della causa, ma non assorbono per questo le ragioni contrattuali a fondamento della risoluzione o composizione della lite. L'*arbiter* è colui che «tenetur iuris formam ac ordinem iudicium servare» mentre gli *arbitratores* sono coloro che «in voluntariis compromissis pro frequentiori usu deputari solent» (JOANNIS BAPTISTAE DE LUCA, *Theatrum Veritatis et Iustitiae*, lib. XV, *De Iudicij et de praxi Curae romanae cum Relatione eiusdem Curae forensis, eiusque Tribunalium*, Romae 1673, disc. XI, n. 20, p. 64; ID., *Theatrum Veritatis et Iustitiae*, lib. XV, cit., disc. XI, n. 30, p. 66).

(27) G.F. PUCHTA, *Pandekten*, Leipzig 1853, pp. 438-441: «Die Übereinkunft der Parteien, ihren Rechtsstreit, statt vom Gericht, von einer Privatperson, Schiedsrichter, Arbiter, entscheiden zu lassen, hat nach heutigem Recht die Wirkung eines Vergleichs, jede Partei wird gegen die andere, welche die Übereinkunft bricht, sei es durch Anbringung des Rechtsstreits vor Gericht oder durch Verhinderung oder Nichtbefolgung des schiedsrichterlichen Spruchs, in Schutz genommen durch Einrede und Klage. Nach R. R. trat diese direkte Wirkung nur in zwei Fällen ein: bei eidlicher

del mandatario, la funzione dell'arbitratore nello *Schiedsgutachten* consisteva nel completamento di un vincolo contrattuale voluto dalle parti e, dunque – per richiamare un'espressione sintomaticamente usata nei primi anni del Novecento da Antonio Scialoja a proposito dell'arbitro libero e che ben si attaglia alla costruzione del Puchta – «nel riempire un maggiore o minore spazio bianco del contratto direttamente formato dalle parti» (28) (29).

Si tratta, in vero, di un assunto che l'autore aveva già sostenuto in uno scritto giovanile dal titolo *Das Institut der Schiedsrichter nach seinem heutigen Gebrauch und seiner heutigen Brauchbarkeit*, apparso nel 1823, ove, a differenza di quanto avvenne nelle sue *Pandekten*, accanto

Bestärkung eines schriftlichen Kompromisses, und in Fall übereinstimmende Anerkennung des schiedsrichtlichen Ausspruchs nach seiner Fällung, auch einer stillschweigenden, die angenommen wird, wenn keine Partei innerhalb zehn Tagen gegen ihn protestiert. Ausserdem war keine Partei von der gerichtlichen Verfolgung ihrer Ansprüche abgehalten, noch zu Erfüllung des Arbitriums verbunden, und die Übereinkunft konnte daher nur eine indirekte Wirkung durch eine für den Fall der Verletzung versprochene Strafe ("poena compromissa") erhalten, die daher der Regel nach ein wesentliches Erfordernis der ganzen Übereinkunft war, deren Notwendigkeit aber mit ihren Gründen für das heutigen Recht weggefallen ist. Das Kompromiss hat aber noch drei wesentliche Erfordernisse:

1) Kompromittierung auf einen fähigen Arbitrer. Unfähig, Schiedsrichter zu sein, sind Wahnsinnige, Taube, Stumme, Unmündige, Frauenspersonen mit Ausnahme derer, welche Jurisdiktion haben, der für diesen Rechtsstreits schon bestellte Judex, eine Bestimmung, die nicht auf den heutigen Richter, der für die Rechtssache wenn sie vor Gericht gebracht würde, kompetent wäre, anwendbar ist, die Parteien selbst.

2) Annahme des Amts von Seiten des Kompromissars (receptum arbitrii) und Verpflichtung desselben zur Ausrichtung. Daher ist das Kompromiss ungültig, welches auf einer Minor XX annis gefallen ist, weil dieser zum Spruch nicht verpflichtet werden kann, und aus dem selben Grund konnte nicht auf einen höheren Magistrat kompromittiert werden.

3) Ausrichtung des schiedsrichterlichen Amts in gehöriger Weise. Der Spruch (arbitrium, laudum) muss nach vorgängiger Untersuchung erfolgen und ein bestimmter Rechtsausspruch sein, nichts unsittliches enthalten, blos den Gegenstand des Kompromisses, diesen aber auch vollständig betreffen, er wird, wenn mehrere Arbitri sind, durch Stimmenmehrheit, aber unter Mitwirkung aller, gegeben, er kann, einmal gegeben, nicht verändert werden, weil mit dem Spruch die Funktion des Arbiters aufhört. Das Kompromiss wird aufgehoben durch übereinstimmenden Willen der Parteien, durch einseitigen Rücktritt wegen nacher entstandenen Feindschaft zwischen den Parteien und der Arbitrer, und wegen Dolus der anderen Parteien oder des Arbitrer, durch Tod einer Partei vor dem Spruch, wenn das Kompromiss nicht auf die Erben erstreckt ist, durch Wahnsinn oder Konkurs einer Partei, durch Tod des Arbitrer oder eines von mehreren Arbitri, wenn für diesen Fall nichts anderes in Vertrag festgesetzt worden ist, durch Ablauf der Zeit, innerhalb deren der Spruch erfolgen sollte, endlich dadurch, dass der Arbitrer nich zum Spruch vermocht werden kann oder aufhört, dazu verpflichtet zu sein; er wird befreit wegen einer zwischen ihm und den parteien entstehenden Feindschaft, wegen altersschwäche, Krankheit, öffentlichen Amts, beschwerlicher eigener Geschäfte, sofern diese Umstände erst nachher eintreten oder dieser Stärke erhalten. Umgekehrt befreit den Arbitrer auch die Aufhebung des Kompromisses, so wie dass der Spruch aus einem andern Grund kein Interesse mehr hat. Kein Kompromiss, sondern nur ein Pactum de Compromittendo ist die Verabredung künftiger ausschliesslich kompromissarischer Entscheidung etwa eintretender Rechtsstreitigkeiten unter den Kontrahenten. Die Wirkung einer solchen Verabredung wird davon abhängen, ob ihr die Kraft einer autonomschen Disposition zukommt oder nicht. Im letzteren Fall lässt sich ihr eine direkte Wirkung nicht zuschreiben».

(28) A. SCIALOJA, *Gli arbitrati liberi*, cit., pp. 496 ss.

(29) Non è quindi un caso che in una prospettiva volta a saldare l'arbitrato rituale, quale giudizio scandito da forme processuali tendente alla decisione di una controversia, alla giurisdizione, il compromesso irrituale abbia trovato sistemazione teorica nello spazio dell'arbitraggio. Per tale impostazione, nella dottrina contemporanea, cfr. M. MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale*, Torino 2002, pp. 77 ss.; in senso critico, rivendicando il fondamento negoziale dell'arbitrato e l'irriducibile unitarietà delle due *species* rituale ed irrituale, cfr. C. PUNZI, *Relazioni fra l'arbitrato e le altre forme non giurisdizionali di soluzione delle liti*, in *Riv. arb.*, 2003, I, pp. 385 ss., ove si sottolinea l'esistenza, sia in chiave diacronica sia in chiave comparatistica, di una linea di demarcazione fra forme di risoluzione negoziale delle liti, consistenti nell'affidamento ad un terzo del potere (anch'esso di fonte negoziale) di decidere le controversie, e altre forme di composizione dei conflitti, che comportano l'attribuzione al terzo del diverso potere di integrare uno o più elementi di un contratto già concluso dalle parti, ovvero di soluzione di determinate questioni tecniche, che siano controverse *inter partes*, ovvero di porre in essere, secondo lo schema dell'*aliquid datum, aliquid retentum*, una transazione in vece dei contraenti. Al primo *genus* appartengono, secondo una ricostruzione unitaria dell'arbitrato, sia la forma rituale sia quella irrituale.

all'esame delle fonti romane riprendeva la normativa imperiale tedesca, sottolineando l'aspetto della necessaria processualizzazione del fenomeno arbitrale e la fioritura di una disciplina pubblicistica dell'istituto: l'arbitro, i cui poteri derivavano, per interpretazione delle fonti romane, dall'accordo delle parti, rispondeva ora a criteri processuali predefiniti dal legislatore, connotati in un profilo giuridico più attinente al diritto pubblico che al diritto privato (30).

Un'affermazione quest'ultima che ben lascia intendere quanto la qualificazione pubblicistica dei poteri dell'arbitro fosse collocata dal giurista tedesco nella consapevolezza di una distinzione netta tra la sfera del diritto pubblico e quella del diritto privato, distinzione che non era certo presente nel pensiero giurisprudenziale romano, oggetto del suo studio, e che derivava con tutta evidenza da una rielaborazione dogmatica del principio ulpiano per cui

«Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus constitit. Privatum ius tripartitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus» (31).

Tale impostazione fu segnata ancor più da Heinrich Dernburg che, nelle sue *Pandekten*, apparse tra il 1884 e il 1887 (e tradotte per la prima volta in italiano tra il 1903 ed il 1907 da Francesco Bernardino Cicala), in apertura alla descrizione del «römische Kompromiss», evidenziò quanto esso «entspringt aus dem Belieben der Parteien und hat also seinen Boden im Privatrechte; aber es greift zugleich in das öffentliche Recht ein, da der Rechtsweg eine staatliche Ungelegenheit ist» e, dunque, la necessità di come «Öffentlichrechtliche Gesichtspunkte machen sich daher bei diesem Verhältnis neben privatrechtlichen geltend» (32). Inoltre è da sottolineare che il linceo tedesco, nell'illustrare il procedimento arbitrale (*Das Schiedsverfahren nach Reichsrecht*), a dispetto di quanto contenuto nelle fonti giuridiche romane, introdusse una distinzione tra il compromesso perfetto, il cui contenuto era stabilito interamente dalle parti, e il compromesso imperfetto, assai più diffuso nella prassi germanica, che consentiva una procedura d'integrazione da parte dell'autorità statale per sopperire al silenzio delle parti:

«Die Schiedsverträge sind entweder perfekte oder imperfekte. a) Perfekte Schiedsverträge enthalten die Bestellung bestimmter Schiedsrichter, sei es eines oder mehrerer. b) Imperfekte Schiedsverträge vereinbaren zwar Entscheidung durch Schiedsrichter im Prinzip, bezeichnen oder die Personen der Schiedsrichter nicht. Solche Verträge waren dem römischen und kanonischen Rechte fremd. Über die gemeinrechtliche Theorie und Praxis erkannte sie überwiegend an» (33).

(30) G.F. PUCHTA, *Das Institut der Schiedsrichter nach seinem heutigen Gebrauch und seiner heutigen Brauchbarkeit*, Erlangen 1823, pp. 6 ss.

(31) D. 1.1.1.2.

(32) H. DERNBURG, *Pandekten*, I, Berlin 1902, p. 383.

(33) ID., *Pandekten*, cit., p. 385.

Un silenzio che consentiva all'autorità statale finanche di intervenire nella scelta dell'arbitro che avrebbe dovuto porre in essere il lodo sulla controversia, pronuncia che, peraltro, avrebbe avuto efficacia tra le parti solo attraverso la «Vollstreckungsurteil des zuständigen staatlichen Gerichtes voraus» (34). Si tratta di un elemento di non poco conto, quest'ultimo, tenuto riguardo al fatto che per il diritto romano classico, che riconosceva una rilevanza giuridica autonoma al *compromissum* (35), la parte poteva esperire azione se era stato promesso l'adempimento del lodo mediante stipulazione e, sotto Giustiniano, la parte era titolare di azione se il compromesso (o il rapporto negoziale coll'arbitro) fosse stato concluso con giuramento o, addirittura, se le parti avessero sottoscritto la pronuncia degli arbitri o non avessero censurato la stessa entro i successivi dieci giorni (36).

(34) ID., *Pandekten*, cit., p. 387.

Di particolare rilievo sembra la possibilità di nominare come arbitro una persona giuridica, in quanto contribuisce a comprendere come il Dernburg avesse, in piena rispondenza con il tenore della normativa imperiale tedesca, compreso il fenomeno arbitrale nell'ambito del processo di dogmatizzazione concettuale cui sfociò l'*Usus modernus pandectarum*. Sul problema della estraneità nelle fonti romane della nozione di persona giuridica o di soggetto di diritto, dalla seconda metà del Novecento fino ai giorni nostri, si è incentrata la dottrina romanistica italiana. Tra i principali contributi si ricordano: R. ORESTANO, *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, Torino 1968; G. GROSSO, *Tradizione e misura umana del diritto*, Milano 1976, pp. 232 ss.; P. CATALANO, *Diritto e persone*, Torino 1990, pp. 202 ss.

In tal contesto val la pena ricordare che ipotesi di teorizzazione della persona giuridica, invero, sono riscontrabili anche nella scienza canonistica medievale e in particolar modo nel pensiero di Papa Innocenzo IV, che avrebbe personificato l'immagine dell'ente collettivo astratto (*universitas*) titolare di diritti e di obblighi. Ad ogni modo, a tal proposito, non può essere omessa la prudente affermazione di Ennio Cortese che, in una nota critica alla tesi del Gierke sul processo di personificazione dell'*universitas* come teoria vicina a quella pandettistica dell'Ottocento, tesi espressa nel contributo *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, riprendendo il pensiero di Sinibaldo Fieschi, osserva come il processo di antropomorfizzazione non solo si adattasse male all'ente collettivo per la scarsa efficacia pratica, ma come tale *universitas* personificata non fosse una persona vera e restasse sempre un astratto *nomen iuris* (cfr. E. CORTESE, *Il Diritto nella Storia Medievale*, II, Roma 1995, pp. 238-239).

(35) Del resto, come ricorda il giurista Paolo «Compromissum ad similitudinem iudiciorum redigitur et ad finendas lites pertinet». Tale frammento è collocato in apertura al Libro IV Titolo VIII dei *Digesta* di Giustiniano (D. 4.8.1).

(36) C. 2.55.4: «Ne in arbitris cum sacramenti religione eligendis periurium committatur et detur licentia perfidis hominibus passim definitiones iudicum eludere, sanctissimo arbitrio et huiusmodi rem censem esse componendam».

C. 2.55.4.1: «Si igitur inter actorem et reum nec non et ipsum iudicem fuerit consensus, ut cum sacramenti religione lis procedat, et ipsi quidem litigatores scriptis hoc suis manibus vel per publicas personas scripserint vel apud ipsum arbitrum in actis propria voce deposuerint, quod sacramentis praestitis arbiter electus est, hoc etiam addito, quod et ipse arbiter iuramentum praestitit super lite cum omni veritate dirimenda, eius definitionem validam omnimodo custodiri et neque reum neque actorem posse discedere, sed tenere omnifariam, quatenus oboedire ei compellantur»

C. 2.55.4.2: «Sin autem de arbitro quidem nihil tale fuerit vel compositum vel scriptum, ipsae autem partes litteris hoc manifestaverint, quod iuramenti nexibus se illigaverint, ut arbitri sententia stetur, et in praesenti casu omnimodo definitionem arbitri immutatam servari, litteris videlicet eorum similem vim obtinentibus, sive ab initio hoc fuerit ab his scriptum vel praefato modo depositum, dum arbiter eligebatur, sive post definitivam sententiam hoc scriptum inveniatur, quod cum sacramenti religione eius audientiam amplexi sunt vel quod ea quae statuta sunt adimplere iuraverunt».

C. 2.55.4.3: «Sed et si ipse solus arbiter hoc litigatoribus poscentibus et vel scriptis vel depositionibus, ut dictum est, manifestum facientibus praestiterit iuramentum, quod cum omni veritate liti libramenta imponat, similem esse etiam in praesenti casu prioribus eius definitionem et eam omnimodo legibus esse vallatam».

C.2.55.4.4: «Et in his omnibus casibus liceat vel in factum vel conditionem ex lege vel in rem utilem instituere, secundum quod facti qualitas postulaverit».

C.2.55.4.5: «Sin autem in scriptura quidem aut depositione nihil tale appareat, una autem pars edicat iuramentum esse praestitum, quatenus arbitrari stetur sententia, huiusmodi litigatorum vel solius arbitri sermones minime esse credendos, cum et, si quis iusiurandum datum esse non iudice supposito nec hoc scriptura partium testante concesserit,

Sul subordinamento dell'efficacia del lodo arbitrale al provvedimento dell'autorità statale e, dunque, sulla necessaria 'convalida' da parte dell'autorità giudiziaria di quanto pronunciato dall'arbitro in forza di un rapporto negoziale con le parti, si era già soffermato Bernhard Windscheid nel suo *Lehrbuch des Pandektenrechts*, apparso nel 1875 in Germania e tradotto in Italia – parallelamente alla pubblicazione delle *Pandekten* del Dernburg a Berlino – tra il 1887 e il 1888, sotto la direzione di Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. Dunque, la sentenza arbitrale faceva diritto tra le parti come quella giudiziale solo in forza di una sentenza del giudice che rendeva non vano l'accordo voluto dalle parti di devolvere la definizione del loro conflitto d'interessi all'arbitro:

«Daher macht Schiedspruch Recht zwischen den Parteien, wie der richterliche, aber nicht durch eigene Kraft, sondern kraft derjenigen, mit welcher er von den Parteien begabt ist» (37).

La piena e indiscussa efficacia del *compromissum* romano, inteso come accordo negoziale tra le parti le cui dichiarazioni di volontà costituivano, una volta incontratesi, la fonte dei poteri dell'arbitro, veniva dunque intaccata dalla percezione della necessità di un avallo istituzionale che costringeva la sfera del diritto privato nella sfera del diritto pubblico, prescindendo, come si è detto, dalla circostanza più generale che i giuristi romani ritenessero il diritto unico nella specie e nel genere, fondato sul principio celsino dello «ius est ars boni et aequi» (38), avulso dal concetto moderno di ordinamento, base di un sistema giuridico sovranazionale (39).

incerti certaminis compositio, quae inter homines imperitos saepe accidit, non aliquid robur iudicatis inferat, sed in huiusmodi casu haec obtineant, quae veteres super arbitris eligendis sanxerunt».

C. 2.55.4.6: «Si quis autem post arbitri definitionem subscripserit emmenein vel stoichein vel plyrun vel panta poiein vel didonai (graecis enim vocabulis haec enarrare propter consuetudinem utilis visum est), etsi non adiecerit homologw , et sic omnimodo per actionem in factum eum compelli ea facere quibus consensit. qualis enim differentia est, si huiusmodi verbis etiam homologw adiciatur vel huiusmodi vocabulum transmittatur?».

C. 2.55.4.7: «Si enim verba consueta stipulationum et subtilis, immo magis supervacua observatio ab aula concessa est, nos, qui nuper legibus a nobis scriptis multa vitia stipulationum multasque ambages scrupulososque circuitus correximus, cur non et in huiusmodi scriptura totam formidinem veteris iuris amputamus, ut, si quis haec scripserit vel unum ex his, adquiescere eis compellatur et ea ad effectum omnimodo perducere? Cum non est verisimile haec propter hoc scripsisse, ut tantum non contradicat, sed ut etiam ea impleat, adversus quae obviam ire non potest».

C. 2.55.5: «Cum antea sancitum fuerat in arbitris eligendis, quos neque poena compromissi vallabat neque iudex dederat, sed nulla praecedente sententia communis electio, ut in illorum sententia stetur, procreabat, si quidem pro parte pulsata forma arbitralis procederet, exceptionem ei veluti pacti generari, sin autem pro actore calculus poneretur, nihil ex eo procedere ei praesidii: sancimus in eos arbitros, quos praediximus et quos talis consensus elegerit sub eo pacto in scriptis vel non in scriptis habito, ut eorum definitioni stetur, si quidem subscripserint, postquam definitio procedit, quod non displicet ambabus partibus eorum sententia, non solum reo exceptionem veluti pacti generari, sed etiam actori ex nostro numine in factum actionem, quatenus possit sententia eius executioni mandari, sed in hac quidem regia civitate ab officio eminentissimae praefecturae vel eius, cuius forum pars sequitur fugientis, in provinciis autem tam per moderato res quam apparitiones eorum, vel per iudices , quorum regimen pars pertimescat pulsata».

(37) B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, II, Frankfurt 1891, p. 516.

(38) D. 1.1.1: «Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. Est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter celsus definit, ius est ars boni et aequi».

(39) Si tratta di una tesi, quella del sistema giuridico sovranazionale romanistico, che è stata sostenuta da Paul Koschaker in numerosi suoi contributi raccolti nel 1958, a distanza di qualche anno dalla sua scomparsa, in un'opera dal titolo *Europa und das römische Recht*, tradotta in italiano nel 1962 e pubblicata con introduzione di Francesco Calasso nella collana "I classici del diritto" (cfr. P. KOSCHAKER, *L'Europa e il diritto romano*, trad. it. di A. BISCARDI, Firenze 1963, *passim*). La tesi del Koschaker è stata poi ripresa e ampliata dalla storiografia giuridica contemporanea che ha sottolineato la differenza sostanziale tra la nozione di ordinamento giuridico – elaborata dalla dottrina tedesca della seconda metà dell'Ottocento e utilizzata dal filone della cultura giuridica statual legalista – e la nozione di sistema

2.1 La rielaborazione del *compromissum* romano e la nozione di negozio giuridico nella Pandettistica tedesca.

Inoltre, è da rilevare che l'interruzione del passaggio tra l'incontro delle dichiarazioni di volontà delle parti e l'efficacia del lodo attraverso il filtro dell'autorità giudiziaria risultava, in tutta coerenza, da una costruzione teorica che aveva come assunto la definizione di negozio giuridico che il Windscheid ed altri esponenti della Pandettistica tedesca hanno offerto alla cultura giuridica dei secoli XIX e XX. Infatti, se da un lato essi riconoscevano al negozio giuridico un'efficacia autonoma e indipendente rispetto alle prescrizioni ed alle interferenze normative dell'ordinamento, efficacia attribuitagli per esclusiva volontà del soggetto o dei soggetti che lo pongono in essere, perchè «Das Rechtsgeschäft ist Willenserklärung. Es wird der Wille erklärt, dass eine rechtliche Wirkung eintreten solle, und die Rechtsordnung lässt diese rechtliche Wirkung deswegen eintreten, weil sie von dem Urheber des Rechtsgeschäfts gewollt ist» (40), essi non tardarono a ritenere che «Die Person gebietet, und das Recht eignet sich ihr Gebot (vorbehaltlich der *causae cognitio*) an» in quanto «Wille des Rechts sei, nicht der Wille der Person, sondern man meint, dass der Grund, wesswegen das Recht die rechtliche Folge eintreten lasse, nicht der sei, dass die Person sie wolle» (41).

Nel medesimo turno di tempo, e parallelamente alla traduzione italiana del testo del Windscheid, appare significativa la rivisitazione in Italia dell'opera di Christian Friedrich von Glück, uno dei maggiori esponenti del tardo *Usus modernus pandectarum*, vissuto tra Settecento e Ottocento, del quale Filippo Serafini e Pietro Cogliolo diressero la traduzione, non senza interpolazioni, del *Ausführliche Erläuterung der Pandekten*. I due direttori, sul finire dell'Ottocento, giustificarono la grande impresa con l'esigenza di riprendere in mano il diritto romano puro affinché la scienza giuridica non si fermasse «al gretto commento logico degli articoli del codice» e potesse guardare alla «purezza dei principi e ai resultamenti» del pensiero dei giuristi romani, ma in realtà l'impostazione dogmatica tedesca aveva già lasciato il segno Oltralpe e gli esponenti della cultura giuridica italiana di fine secolo non si dimostrarono indenni da tali influenze di pensiero. Se il Glück, infatti, nell'illustrare la distinzione tra il *compromissum* ed il *receptum arbitrii*, ossia il contratto concluso tra le parti e l'arbitro per cui quest'ultimo si obbligava a decidere

giuridico propria dei giuristi romani e caratterizzante quei codici e quelle iniziative legislative moderne di impianto e tradizione romanistica. A tal riguardo sono stati determinanti i contributi monografici di: P. CATALANO, *Linee del sistema sovranazionale romano*, Torino 1965, *passim*; S. SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune*, Torino 1999, pp. 83 ss.

(40) B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, Frankfurt 1891, p. 167.

(41) Sono parole dello stesso Windscheid usate in nota alla definizione di negozio giuridico e rappresentative del pensiero dei coevi giuristi tedeschi Philipp Lotmar, Sigmund Schlossmann, Josef Kohler, Otto Lenel, da egli citati.

la questione sottopostagli secondo l'atto di compromesso, sottolineava la natura negoziale dei due istituti regolanti rispettivamente i rapporti tra le parti e tra le parti e l'arbitro (42) – natura negoziale che, secondo il diritto romano, non pregiudicava la tutela dei diritti in via giurisdizionale, anche in mancanza di litispendenza – Lando Landucci, che tradusse e annotò il IV Libro, con un ragionamento che investiva il problema della efficacia delle dichiarazioni di volontà delle parti e del negozio giuridico, in una nota critica al testo, affermò esplicitamente che il *compromissum*

«considerato a sè, non ebbe, checchè altri ne dica per errata tradizione, giammai alcun riconoscimento giuridico; rimase un patto nudo. Anche il *receptum arbitrii* rimase sempre un patto nudo, ma esso almeno ebbe un'esecuzione per mezzo della coercitio pretoria; il compromesso non fu mai difeso neppure in tal modo. Cioè, il *receptum arbitrii* lo fu quando al compromesso era aggiunto un modo indiretto, di regola reciproche stipulazioni penali; il compromesso anche allora rimaneva privo di effetto, valevano i modi indiretti aggiuntigli, per esempio le stipulazioni penali, ma il compromesso era sempre in sè un patto nudo, cioè il nulla rispetto allo stato» (43).

Tale costruzione dimostra come la dottrina giuridica italiana, più d'un ventennio dopo l'entrata in vigore del codice di rito civile, sulla base delle risultanze della Pandettistica tedesca, avesse anch'essa "privato" il *compromissum* di qualsiasi efficacia giuridica se non di quella determinata dalle *stipulationes* (che erano considerate accessorie e, dunque, ad esso aggiunte) e avesse ritenuto indispensabile, ai fini della stessa rilevanza giuridica dell'accordo compromissorio, l'intervento non meramente omologativo della giurisdizione pubblica, o meglio e ancor più emblematicamente, dello Stato: i poteri dell'arbitro, che nella realtà giuridica romana (le cui fonti sono oggetto di studio della dottrina tedesca della seconda metà dell'Ottocento) nascono e sono regolati dal compromesso, acquisiscono ora rilevanza solo in quanto riconosciuti dall'ordinamento statale.

3. I poteri dell'arbitro nella *Rezeption*: dal tentativo di una ricostruzione storica delle fonti romane al delineamento di una categoria teorica invasa dalla prassi.

La configurazione teorica della unicità genetica dei poteri dell'arbitro in seno ad un procedimento di natura esclusivamente pubblicistica, che non avrebbe poi trovato pieno riscontro

(42) C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten*, Erlangen 1800, pp. 72-73: «Die Bestellung eines Schiedsrichters geschieht mittelst Vertrags, und zwar wird ein doppelter Vertrag geschlossen. 1) ein Vertrag unter den Parthenen, wodurch sich dieselben mit einander dahin vergleichen, daß sie de unter ihnen obwaltenden Rechtsstreit einem dritten Sachkundigen zur Entscheidung überlassen, und sich seinem Ausspruche unterwerfen wollen. Dieser Vertrag wird *compromissum* genennt; daher heissen auch Schiedsrichter *iudices compromissarii*, oder *arbitri compromissarii*. Von diesem Kompromiss ist Folgendes zu bemerken (...) c) Nach dem Römischen Rechte wird zur vollkommenen Verbindlichkeit eines Kompromisses eine wechselseitige Ponalstipulation ersordert. Sin nudum pactum wird nur in dem Falle für hinreichend gehalten, wenn bende Theile einander gegenseitig schuldig sind, und selbige die Verabredung mit einander getroffen haben, dass derjenige seiner Forderung verlustig sehn wolle, der dem Auspruch des Schiedsrichters keine Folge leisten würbe. Hatte nur ein Theil stipulirt, der andere aber nicht restipulirt, so war das ganze Kompromiss ungültig. Hatte hingegen der eine Teld, der andere Theil aber etwas anderes als Strafe auf den Contraventions fall versprochen, so mar eine *compromissum plenum* vorhanden».

(43) F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, IV, Milano 1888, p. 300, nota a al § 479.

nella disciplina adottata dal legislatore tedesco autore dello *Zivilprozessordnung* e del BGB (44), mentre avrebbe avuto eco nelle elaborazioni dottrinali di tutto il Novecento (45), spinge lo storico del diritto a misurare il peso del contributo offerto dall'orientamento della Pandettistica al panorama della cultura giuridica europea incentrata sulla natura dell'arbitrato. Un'influenza che va considerata non già sulla base dell'effettivo ed inconfutabile collegamento con il pensiero giuridico della prima metà del XX secolo, quanto piuttosto sulla base del distacco che tale orientamento dottrinale, nel qualificare i poteri dell'arbitro, ha operato con quanto affermato nella tradizione giuridica tedesca tra la fine del '500 e la prima metà del '700 (46) quando – riprendendo il pensiero espresso dall'autore dell'*Usus Moderni Pandectarum* nella *praefatio* alla prima edizione apparsa nel 1690 –

«in summis imperii tribunalibus constituti iudices non mox ad romani juris sanctionem adstringantur, sed serio ipsis injungatur, ut in antecessum ad jura provincialia, et receptas Germaniae consuetudines, his vero demum deficientibus, ad jus caesareum in causis decidendis respiciant» (47)

(44) Al § 1034 del Codice di procedura civile venne stabilito che le regole del procedimento arbitrale, pur nel rispetto di alcuni principi generali, sono dettate dalle parti o, in mancanza, dagli arbitri in via discrezionale; al § 1041 venne stabilito che il lodo non è soggetto ad appello, ma ne può essere richiesto l'annullamento per specifiche cause. A tal punto, più recentemente e in riferimento al nuovo *Zivilprozessordnung*, la Corte Federale con pronuncia del 23 maggio 1960 ha affermato che un'eventuale riserva pattuita dalle parti in ordine alla possibilità di ricorrere in appello presso il tribunale ordinario, e quindi di sostituirlo agli arbitri nella decisione sul merito, renda nulla l'intera convenzione arbitrale (cfr. C. TENELLA SILLANI, *L'arbitro di equità. Modelli, regole, prassi*, Milano 2006, p. 156).

Tuttavia, un aspetto che lascia presumere ad una *distinctio* tra arbitrato ed arbitraggio legata alla scelta di una procedura di natura pubblicistica riservata dal codice di rito all'arbitrato rimane timidamente nella regolamentazione contemplata nel BGB (§ 317) dell'arbitraggio quale istituto autonomo e lo svilupparsi nella prassi della perizia arbitrale ad esso assimilabile (cfr. P. SCHLOSSER, in Stein/Jonas, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Tübingen 2002, Osservazioni introduttive al par. 1025).

(45) A. WITTMANN, *Struktur und Grundprobleme des Schiedsgutachtesvertrages*, Köln-Berlin-Bonn-München 1978, pp. 155 ss.; P. WALTER, *Dogmatik der unterschiedlichen Verfahren zur Streitbeteiligung*, in *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 1990, pp. 148 ss.; B. GARGER, *Das Schiedsgutachtenrecht*, Wien 1996, pp. 12 ss.

(46) Sul punto sono illuminanti gli studi offerti alla storiografia giuridica contemporanea da: A. MAZZACANE, *Scienza, logica e ideologia nella giurisprudenza tedesca del secolo XVI*, Milano 1971; ID., *Methode und System in der deutschen Jurisprudenz des 16. Jahrhunderts*, in J. SCHRÖDER, *Entwicklung der Methodenlehre*, in *Rechtswissenschaft und Philosophie vom 16. bis zum 18. Jahrhundert*, Stuttgart 1998, pp. 127-136; ID., *Sistematiche giuridiche e orientamenti politici e religiosi nella giurisprudenza tedesca del secolo XVI*, in *Storia del diritto medievale e moderno*, a cura di F. LOTTA, I, Bologna 1999, pp. 213-252.

(47) S. STRYK, *Usus Moderni Pandectarum*, I, Florentiae 1841, p. 4. La coerenza della finalità primaria del giurista tedesco che visse a cavallo tra il Seicento e il Settecento è anche dimostrata dalla costruzione della *ratio processus habenda* in una sua opera pubblicata nel 1697 e voluta per istruire gli operatori del diritto, le parti e i testimoni, al rito del processo: «Quas hic Tibi paginas oblatum venio ea quidam intenzione non sunt conscriptae, ut publici juris fierent, sed privatis Auditorum usibus, qui quondam Collegio Practico nomen dederant, destinatae, quorum etiam industria calamo excepte. Vero cum saepius ab aliis descriptae, ab aliis vero, ut typis exuberentur, desideratae, operam hanc in me suscepi, praesertim, cum studiosae Juventuti illam non inutilem futuram esse, aliorum testimoniis edoctus sim. Quapropter necessarium esse non censo, ut vel facti mei rationes reddam, vel operosa excusatione apud Te utar. Unicum hoc tantum moneam necessum duxi, non expertis rerum forensium Patronis, sed novis praxeos Candidatis hanc opellam consecratam esse. Accessit huic novae editioni Informatio futuri Judicis, quoad dirigendum Processum et decidendas causas, quo inde, qui non perorandis, sed decidendis causis» (cfr. ID., *Introductio ad praxin forensem caute instituendam*, Wittebergae 1714, p. 3-4). L'intera disciplina del processo, peraltro, secondo quanto afferma esplicitamente il giurista, trova come fonte non solo lo *ius commune* ma anche il diritto germanico maturato nella prassi, dalle consuetudini, dalle leggi: «Ex quo jure Processus sit? Forma illa procedendi vel a Jure communi, vel ad observantia et ordinatione Judiciorum dependet Jus commune vel Civile est; vel Canonicum: Illud, qua Justinianicum vix aliter in processu attenditur, quam quoad actionem proponendam et causam decidendam, seu verbo: quoad materialia Judicii: Quoad modum vero procedendi, seu quoad formalia Judicii, pauca ex Jure Civili in foro obtinent: Pleraque vero ex Jure Canonico desumpta, praecipue ex Libro II Decretalium. Fuit enim usus Canonici Juris in Germania ante receptum Jus Romanum, et hinc nullum est dubium, praxin Juris Canonici retentam fuisse, etiam receptor Jure

Il processo di ipostatizzazione, dogmatizzazione e attualizzazione che ha determinato il «Schiedsverfahren nach Reichsrecht» va dunque ora misurato con i risultati di quel filone culturale che precedentemente, pur con l'obiettivo di offrire delle categorie teoriche entro le quali andavano inseriti i tanti e variegati casi della prassi giuridica, aveva come primaria finalità il tentativo di rimodellare attraverso l'interpretazione le categorie teoriche romane per renderle più adeguate alla nuova realtà sociale ed economica.

Un atteggiamento dottrinale quest'ultimo che è stato peraltro preceduto, quasi a voler allontanare la sola ipotesi di elaborazioni concettuali dei principi di diritto romano, dal diffondersi di una puntuale ricostruzione storica, avulsa dalla normativa del tempo e dalla prassi, della disciplina dell'*arbiter* e dell'*arbitratus* così come illustrata dai giuristi romani prevalentemente dell'età tardo-classica quali Papiniano, Paolo e Ulpiano, il cui pensiero è stato assunto da alcuni esponenti della cultura giuridica tedesca del XVI secolo come *fondamenta* della qualificazione contrattuale dei poteri dell'arbitro.

Non è un caso che Johann Oldendorp (48), nelle *Iudicum differentiae et descriptiones*, partendo dalla circostanza che «si compromisso facto sententia dicta est» e, dunque, dall'assunto labeoniano che il compromesso determina l'efficacia della sentenza arbitrale in quanto con esso viene riconosciuto dalle parti all'arbitro il potere di risolvere la lite e che tale potere è «extra necessitatem jurisdictionis», intravede come rimedio all'inadempimento dell'arbitro l'intervento della magistratura pretorile solo esclusivamente al fine di astringere – *interponere se*, questa l'espressione utilizzata da Ulpiano e citata dal giurista tedesco – l'arbitro al suo obbligo contrattuale. L'arbitro, infatti, «cogendum non esse sententiam dicere, nisi compromissum intervenerit» in quanto, secondo quanto suggerito dal giurista Paolo, «De officio arbitri tractantibus sciendum est, omnem tractatum ex compromisso sumendum: nec enim aliud illi licebit, quam quod ibi, ut efficere possit, cautum est: non ergo quodlibet statuere arbiter poterit, nec in re qualibet: nisi de qua re compromissum est, et quatenus compromissum est». Per questo l'arbitro non potrà disporre che degli strumenti voluti nel compromesso dalle parti e dovrà pronunciarsi nel rispetto dei termini da esse indicati (49).

Civili. Postea Ordinatione Camerali, aliisque Imperii Recessibus, praecipue de Anno 1654. Forma procedendi plenius descripta aut determinate, ne in infinitum usque litigaretur» (cfr. ID., *Introductio ad praxin forensis caute instituendam*, cit., p. 8-9).

(48) Su Oldendorp si veda E. WOLF, *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, Tübingen 1963, pp. 138-176.

(49) J. OLDENDORP, *Iudicum differentiae et descriptiones*, in *Opera*, I, Basileae 1559, pp. 306-307: «In varijs hominum controversijs, lex humanitatis plena, varios introduxit mediatores, qui legitimis cognitionibus lites tandem dirimerent: quos omnes generaliter ac crasse iudices appello: hoc est, tales, qui publice vel privatim postulantibus iudicant. Nam et arbitri et arbitratores, instar habent iudicum, l. 1, ff. De receptis arbi. (D.4.8.1). Alioquin proprie rem inspiciendo, iudicare munus publicum est, ut dicit Ulpianus l. Quippe, ff. De iudici. (D.5.1.78). Et redditur in invitum l. Inter stipulantem, § Si Stichum, ff. De verborum obligationibus (D.45.1.83.1). Iudices aut sunt ordinarii, aut delegati, aut compromissarij. Ordinarij iudices sunt, qui propriam iurisdictionem et perpetuam habent, legis ordinatione datam:

La fermezza poi con cui viene illustrata l'inappellabilità della pronuncia degli arbitri evidenzia la *ratio* del modo di risoluzione alternativo alla giurisdizione delle controversie: lo «stari autem debet sententiae arbitri quam de re dixerit, sive aequa, sive iniqua sit» (50), cui fa appello Oldendorp, ben si sposa con quanto affermato da Paolo nell'individuazione di una procedura volta a porre rimedio ad una lite sulla base di quanto voluto dalle parti per una pronuncia ad esse non così estranea e per una soluzione definitiva del neonato conflitto d'interessi:

«Quaesitum est de sententia dicenda? et dictum non quamlibet: licet de quibusdam variatum sit: et puto vere non committi, si dicat ad iudicem de hoc eundem vel in se vel in alium compromittendum. Nam et Julianus impune non pareri, si iubeat ad alium arbitrum ire, ne finis non sit: quod si hoc modo dixerit, ut arbitrio Publii Maevii fundus traderetur aut satisfactio detur, parendum esse sententiae. Idem Pedius probat: ne propagentur arbitria, aut in alios interdum inimicos agentium transferantur, sua sententia finem controversiae eum imponere oportet: non autem finiri controversiam, cum aut differatur arbitrium aut in alium transferatur: partemque sententiae esse, quemadmodum satisfactio, quibus fideiussoribus, idque delegari non posse, nisi ad hoc compromissum sit, ut arbiter statueret, cuius arbitratu satisfactio» (51).

Con la stessa metodologia di indagine, con lo stesso criterio di interrogare le fonti romane e di ricostruire l'istituto arbitrale come da esse contemplato, Hermann Conring – il quale peraltro ha dedicato prevalentemente i suoi studi di storia del diritto alla tradizione germanica come nel *De origine iuris germanici*, risalente al 1643, o nelle *Exercitationes de republica germanica*, risalenti a sei anni prima della sua scomparsa avvenuta nel 1681 – ha affrontato il problema della

unde etiam legis actio dicitur *l. II, ff. De officio procons.* (D.1.16.2). Quia (inquit Martianus) non habet iurisdictionem talem. Et Ulpianus *l. sequ.* (D.1.16.3). Omnino enim non est apud eum legis actio. Delegati iudices sunt, qui mandatam iurisdictionem suscipiunt, propriumque nihil habent. Sed eius, qui mandavit iurisdictione utuntur, *l. I, § Qui mandatam, ff., De officio eius cui mandata est iurisdictione* (D.1.21.1.1). Eius cui mandat est iurisdictione. Alias autem universa iurisdictione alias una tantum iurisdictionis species mandari solet. *l. Solet praetor* (D.2.1.16) et *l. seq. ff. De iurisdictione* (D.2.1.17) Et aut omnem mandat, aut speciem unam, dicit Ulpianus. Hunc iudicem mandatarius Iurisconsulti saepe vocant arbitrum, ad controversias iudiciorum universalium et generalium valde necessarium, *l. Arbitro, ff. Qui satisfacere cogantur* (D.2.8.10), *l. fin. Familiae erciscundae* (D.10.2.57); *l. Pro socio arbiter, ff., Pro socio* (D.17.2.38). Quanquam tamen et verbum Delegare, non fuit Iurisconsultis incognitum, *l. Non distinguemus, § Item Pedius probat, ff., De receptis arbit* (D.4.8.32.20). Unde fieri potest, ut etiam ordinarius iudex, respectu mandatae alicuius iurisdictionis, delegatus censeatur, *l. Iulianus, ff., De officio eius cui mandata est iurisdictione* (D.1.21.3), eius cui mandat. est iurisdictione. Etsi (inquit) praetor sit, qui alienam iurisdictionem exequitur: non tamen pro suo imperio agit, sed pro eo, cuius mandatu ius dicit, quoties partibus eius fungitur. Vicarius est, qui vice alterius fungitur. Sive id fiat in administratione rerum publicarum, sive in exercenda administratione. Ut extant tituli iuris civilis et iura pontificij. De officio eius qui vicem alicuius iudicis obtinet. Et, de officio vicarij. Sic Paulus, *l. Si in re communi, ff., De noxalibus actionibus* (D.9.4.19). Servum vicarium, hoc est, servum ab alio servo substitutum vocat. Quandoquidem vero huiusmodi substitutiones immoderate fiebant et magna reipublicae iactura: salubriter Iustinianus constituit, ne magistratus vicarium pro se haberet. Hodie quilibet vult substitutum oneris: lucri nemo. Arbiter es, qui quasi vir bonus inter aliquos sub poena eligitur: ut finem sua sententia controversiis imponat *l. III, § I* (D.4.8.3.1) et *l. Pomponius ait § Receptisse autem imponat* (D.4.8.13.2), *l. Litigatores, § Arbitrum* (D.4.8.11.1) et *§ interdum, ff., De receptis arbit.* (D.4.8.11.3). Arbitrator, quem rectius arbitrum honorarium appellaveris, est, qui sine poena ad hoc eligitur: ut totis animi viribus exploret ius controversantium et aequa compositione desinat, *l. Societatem mecum, ff., Pro socio* (D.17.2.76). In arbitrijs solenne verbum est, Compromittere. In iudicijs vero Contestari. Arbitrium non constat sine voluntaria promissione utriusque partis. *l. Non distinguemus, § I* (D.4.8.32.1), et *§ De officio* (D.4.8.32.15), *l. Arbiter sumptus, ff., De receptis arbit* (D.4.8.33). Iudicium autem in invitum redditur, nec ulla opes est promissione, *l. Inter stipulantem, § Si Stichum stipulatus, ff., De verborum obligationibus* (D.45.1.83.1). Ad iudicem hoc modo venimus, ut totam litem, aut obtineamus, aut amittamus. Arbitrum vero hoc modo adimus, ut neque tantum, quantum postulavimus consequamur. Cicero pro Comae., *l. Diem proferre, § Stari autem, ff. De receptis arbitris* (D.4.8.27.2)».

(50) D. 4.8.27.2.

(51) D. 4.8. 32.16.

qualificazione dei poteri dell'arbitro seguendo la costruzione ciceroniana espressa nelle *Orationes Pro Roscio Comoedo*, costruzione che avrebbe ripreso Hugo, quasi un secolo dopo l'opera di Conring, nella sua *Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts* (52).

Infatti, la distinzione tra i poteri del giudice e quelli dell'arbitro è fatta risalire alla natura giurisdizionale dell'uno ed alla natura univocamente contrattuale dell'altro, una natura contrattuale, quest'ultima, che consente all'arbitro di pronunciarsi in modo ancor più equo nella definizione degli interessi contrastanti:

«Judices hic non sunt confundendi cum arbitris, cum maxima inter illos intercedat differentia. Elegans de hac distinctione extat locus Ciceronis in oratione pro Roscio: Aliud est, inquit, iudicium, aliud arbitrium: iudicium certae pecuniae est, arbitrium incertae, ad iudicium hoc modo veniens, ut totam litem vel obtineamus, vel amittamus. Ad arbitrium vero hoc animo adimus, ut neque nihil, neque tantum, quantum postulavimus, consequamur» (53).

Sul versante dello studio del diritto romano in funzione di cogliere e rielaborare quanto di teorico poteva desumersi dalla prassi della Germania del XVII secolo, lo Stryk, nella sua opera *Usus Moderni Pandectarum*, dopo aver significativamente collocato l'arbitrato nel titolo *De remediis sopiendi litem, ante motu processum*, insieme alla «tentanda ab initio concordia», tentativo di pacificazione tra le parti che se non fosse stato esperito prima di istruire la causa avrebbe inficiato l'intero procedimento, stabilisce che «Si transactionem bonis modis obtinere nequeat actor, operam det, ut ad arbitrum causa devolvatur, nam et compromissum ad finiendas lites pertinet» (54). Inoltre egli, a sostegno dell'origine contrattuale del procedimento arbitrale interamente alternativo al rito del processo, evidenzia come i poteri dell'arbitro siano estranei alla *iurisdictio* del giudice in quanto la devoluzione ad un terzo del compito di risolvere la controversia si determina e si attua per esclusiva volontà delle parti, in forza di una loro convenzione (55).

(52) *Ut supra*, par. 2, nn. 23,24.

(53) H. CONRING, *XIII Dissertatio*, in *Operum*, III, Brunvigae 1730, p. 762.

(54) S. STRYK, *Usus Moderni Pandectarum*, cit., pp. 17-18.

(55) S. STRYK, *Disputatio XIX, De natura et definitione decreti intermistici*, in ID., *Opera omnia*, Francofurti et Lipsiae 1744, c. 1, p. 349: «De Arbitrio quaeritur, quid dicendum? Et videtur, quod D. I. ferre nequeat, cum omnes fere causae quae id desiderant, arbitrium respuant. Conf. Dominus Struvium *ad ff. Exercitationes 8, thes. 100*. Et arbiter caret Jurisdictione, quia privatorum conventio illum saltim constituit, qui Jurisdictionem dare non valet, eam non habenti. Per legem *privatorum 3, C., de Jurisdictione* (C.3.13.3). Dum itaque nulla vis cogendi in arbitrio, sed ejus laudum, privatorum tacitus vel expressus consensus approbet, et consensu deficiente tantum ad poenam agatur. Nov. 82, c. 11 § 1 Zoes. *ad ff. de receptis arbitr.*, n. 78, [Heinrich Zoesius, *Commentarius ad 50 libros Digestorum seu Pandectarum*, Coloniae Agrippinae 1689] privatorum conventio tantum causae decisionem ei committere censeatur, non videtur interim decernere posse. Modo per arbitrum non intelligitur Judex, qui cognoscit et arbitrat in actionibus bonae fidei et arbitrariis, § 30 et sequent. Inst. *De Actionibus*, et hinc Arbiter dicitur., l. 24 *verb. officium arbitri ff. Depos.*(D.16.3.24), l. 2, C., *de inoff. donat.* (C.3.29.2); Struvius, *ad Exerc. 8, th. 96*. et quamvis alias arbitria ad similitudinem iudiciorum redacta, per l. 1, ff., *de receptis arbit.* (D.4.8.1), et l. *rem non novam*, 14, § 1. C., *de iudiciis* (C.3.1.14.1): Haec tamen comparatio tantum ad personas litigantes et ordinem procedendi spectat, utiliae personaeque iudicium etiam arbitrium suscipere possint, Zoesius, dicta lege, non vero extendenda ad potestatem Arbitri, quasi haec cum potestate Judicis eadem facta sit, nam vi et effectu iudicia ab arbitriis differunt utique. Dominusn. Brunnem, ad l. *privatorum 3 C., de Jurisdictione* (C.3.13.3). Ne tamen omnino Arbitris D. I. publicandi potestatem adimam, hanc regulam subijcio: Quotiescunque causa transactionem admittit, toties in illa causa volentibus partibus Arbiter interim pronunciare potest. Dubium siquidem non est, quin tali casu expresse in Arbitrum compromitti possit, ut et de puncto

Lo stesso Bohemer che, nella sua *Doctrina de actionibus ad praxin hodiernam* si è incentrato sulla efficacia del lodo, ha messo in rilievo come nella prassi germanica – a differenza di quanto previsto dalle fonti romane secondo cui la parte poteva esperire azione se era stato promesso l’adempimento del lodo mediante stipulazione e, sotto Giustiniano, la parte era titolare di azione se il compromesso (o il rapporto negoziale coll’arbitro) fosse stato concluso con giuramento o, addirittura, se le parti avessero sottoscritto la pronuncia degli arbitri o non avessero censurato la stessa entro i successivi dieci giorni (56) – non vi era più la possibilità di impugnare dinnanzi all’autorità giudiziaria la pronuncia degli arbitri equa o iniqua che fosse, proprio in ragione del fatto che le parti si erano reciprocamente obbligate nella convenzione (a devolvere la soluzione della controversia all’arbitro) e, dunque, dovevano rispondere esclusivamente sul piano contrattuale l’una all’altra:

«cum hodie pactum vim eandem habeat, quam olim stipulatio, et vero olim compromissum, stipulatione initum, litigantes efficacissime obligaret ad satis faciendum sententiae: merito quoque hodie, non expectata subscriptione, vel silentio decem dierum; simpliciter datur actio, nec protestatio intra decem dies interposita effectum laudo, uti olim, hodie eripere potest. observante LUDOVICI, *dissertatio [juridica] de effectu [et obligatione] laudi* (57). Inde actor, qui obtinet, simpliciter ex pacto contra refractarium agere potest, nec necesse habet, ut in eo se fundet, quod silentio decem dierum laudum firmatum sit» (58).

4. La costruzione della Seconda Scolastica: l’elaborazione di una nuova categoria generale del contratto e il problema della *potestas iurisdictionis*.

In vero, proprio la questione dell’appellabilità della pronuncia arbitrale esclusivamente in ragione alla natura negoziale dell’accordo, accordo che legittimava l’arbitro a risolvere il conflitto di interessi tra le parti in via definitiva, era stata affrontata anche dalla dottrina della Seconda

incidenti interi iudicet, vel alterutri litigantium interim provideat. Besold. *Thesaurus Pract.*, sub rubrica *Interims Mittel*, vers. non dubium. Cuius regulae haec ratio est, quia Compromissa sunt quasi Transactiones. Augustin Beroius, *vol. 3, cons. 30, n. 19*, Jacobus Menochius, *cons. 887, n. 2*. Si itaque transacionem causa non admittat, nec interim Decretum ferre Arbitr poterit».

(56) I.H. BOHEMER, *Doctrina de actionibus ad praxin hodiernam*, Francofurti 1787, Sect. II, cap. VII, *De actionibus in personam ex pollicitatione et pacto*, § XXVI, p. 508: «Ceterum COMPROMISSUM, quod litigantes inter se iniverant, et a RECEPTO distinguebatur, observante Noodtio, *ad titulum de receptis*, non eiusdem erat efficaciae, sed pronunciato laudo ab arbitro, distinguebatur, utrum pro *actore*, an pro *reo* pronunciatum esset. Hoc casu ex *compromisso* dabatur *exceptio*; id quod omnibus pactis commune erat. Illo vero *actio* deficiebat, per quam reus compelli poterat, ut satisfaceret sententiae: nisi stipulatione previa compromissum initum esset. IUSTINIANUS tamen in l. 5, C., *de receptis arbitr.* (C.2.55.5) novum ius introduxit, *actionem in factum* concedendo, quaquando vel laudo *subscriperunt*, vel *silentio decem dierum* illud approbarunt. Instituenda erat actio haec in *factum*, coram *ordinario iudice*, ut reus adigeretur, ad satisfaciendum sententiae. Quodsi itaque reus intra decem dies attestationem vel iudici, vel adversario miserit, deficiebat olim *actio in factum*; quod compromissum *nudo pacto* initum esset».

(57) L’A. fa riferimento esplicito ad un passo di Jacob Friedrich Ludovici contenuto nella sua *Dissertatio juridica de effectu et obligatione laudi*, risalente alla fine del Seicento.

(58) I.H. BOHEMER, *Doctrina de actionibus ad praxin hodiernam*, cit., Sect. II, cap. VII, *De actionibus in personam ex pollicitatione et pacto*, § XXVII, p. 508.

Scolastica che, almeno per tutto il Cinquecento e il Seicento, ha esaltato il consenso come elemento essenziale delle diverse forme contrattuali dello *ius commune* (59).

La costruzione teorica dei poteri dell'arbitro avvenne, dunque, in un contesto culturale quale quello della Scuola di Salamanca che separò in modo netto l'esercizio della *iurisdictio* del giudice dalla *potestas* di comporre la lite concessa dalle parti ad un terzo in forza di un contratto, in ragione della loro manifestazione di volontà negoziale tesa ad evitare il giudizio e a porre fine, con unica soluzione, al loro conflitto di interessi.

Una prima voce in tal senso fu quella di Antonio Gómez che, nella prima metà del Cinquecento, sulla base di una interpretazione del passo del giurista Callistrato (contemporaneo di Papiniano e di Alessandro Severo), contenuto nel titolo VIII del libro IV dei *Digesta*, inerente all'età minima richiesta per l'arbitro, si sofferma sull'espressione romana *iudex compromissarius*, evidenziando come tale figura dovesse distinguersi dal «*judex eligitur rege, vel principe*» in quanto «*arbiter vero eligitur a privatis personibus. Item a sententia iudicis habet locum appellatio, a sententia vero arbitri non*» (60).

Si tratta di una riflessione significativa soprattutto se raffrontata con quanto affermato dal giurista di Salamanca nella elaborazione di una nuova categoria generale del contratto che, come si è detto, ebbe come punto di forza la rilevanza della volontà delle parti tanto che la sola promessa dell'una nei confronti dell'altra e viceversa era sufficiente a costituire un rapporto contrattuale obbligatorio e a far sì che esse potessero pretendere l'una dall'altra quanto pattuito: «*Contractus pure et simpliciter celebratus est, quando quis pure et simpliciter promittit rem vel pecuniam, nullo tempore, vel conditione assignata, quo casu statim oritur actio, et utroque obligatio*» (61).

L'arbitro agiva dunque sulla base di una promessa reciproca delle parti, i suoi poteri erano di natura contrattuale e, in ragione di questo, la sua pronuncia non poteva essere oggetto di appello come una sentenza del giudice: il lodo era un atto *inter privatas personas* e ciò consentiva come intervento giurisdizionale la sola pronuncia del giudice sull'inadempimento qualora una delle parti fosse risultata inadempiente all'obbligazione da esso derivata.

Lo stesso Luis de Molina che nella sua opera *De Iustitia et Iure* dedica l'intero tomo *De iurisdictione et variis generibus potestatum publicarum iudicumque* alle varie forme di *iurisdictio*

(59) Si veda M. CARVALE, *Storia del diritto nell'Europa moderna e contemporanea*, cit., pp. 100-101. Più segnatamente, sul contributo decisivo della Scuola di Salamanca alla elaborazione della categoria generale del contratto e al contestuale abbandono del modello dei *nomina contractuum* del diritto romano in forza della teoria della rilevanza della volontà concorde dei contraenti, si veda il volume *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno. Incontro di studio, Firenze, 16-19 ottobre 1972*, a cura di P. GROSSI, Milano 1973.

(60) A. GÓMEZ, *Variae Resolutiones, iuris civilis, communis et regii*, Tomus Tertius, Venetiis 1759, p. 55.

(61) A. GÓMEZ, *Variae Resolutiones, iuris civilis, communis et regii*, Tomus Secundus, Ludguni 1661, p. 329.

ed al «discrimen inter potestatem ordinis et potestatem iurisdictionis» (62), nella *disputatio* 30 *De arbitris et compromisso* stabilisce che i giudici «qui iurisdictionem vere habent» vanno distinti e separati «ab arbitris de quibus nobis hoc loco praecipuo est sermo: qui ut ... dictum est et fusius hoc loco explicabitur, nullam habet iurisdictionem, sed per potestatem ab iis ipsiis illis concessam, qui ad controversias inter eos componendas ac definiendas eligunt, res definiunt» (63).

Un aspetto particolare della costruzione del de Molina, e che certamente non può essere omissa, riguarda la distinzione tra *arbiter iuris* ed *arbiter compromissarius* operata nella *disputatio* 31. Tale distinzione risulta derivare non già dall'elemento della *iurisdictione* apparentemente attribuita all'*arbiter iuris*, benchè l'*arbiter compromissarius* fosse destinato a rispondere pacificamente solo in base a quanto pattuito dalle parti nel *compromissum*, ma dall'elemento della previsione contenuta negli *statuta* e nella legge del principe allorquando questi prescrivevano in modo perentorio, per determinate materie, il ricorso all'arbitro. Ci troviamo dinnanzi ad una singolare applicazione dell'istituto arbitrale che si spogliava del carattere contrattuale originario e per cui l'arbitro, non sempre scelto dalle parti, doveva agire secondo le regole del processo e dunque in forza di un potere prossimo a quello derivante dalla *iurisdictione*.

Ma se da un lato sembra che la figura del'*arbiter iuris* venisse coniata in ragione dell'esistenza di un potere giurisdizionale alternativo a quello spettante al giudice, è altrettanto vero che dall'altro lato, proprio in forza della tipicizzazione fin da subito operata dal giurista del Seicento, questa figura appare identificabile solo in virtù di una previsione normativa estranea alla volontà delle parti, talvolta caduta dall'alto (64). Infatti, tale distinzione, se attuabile in ragione della tipologia del potere spettante all'arbitro, non sempre apparirebbe così chiara in una lettura coerente del pensiero

(62) L. DE MOLINA, *De Iustitia et Iure*, Tomus sextus, *De iurisdictione et variis generibus potestatum publicarum iudicumque*, *Tractatus quintus*, Anteverpiae 1615, p. 4: «Initium explanationis ordinis iudiciorum, iustitiaeque; exequutionis per potestates publicas, non aliunde possumus commodius sumere, quam a potestatibus ipsis publicis, a quibus iudicium executioque iustitiae emanare debet. Ita enim fiet, ut a fonte nobilissimoque principio eius, de quo tota futura est disputatio, initium sumamus. Quia vero iurisdictione est id, a quo publicae potestates formaliter habent, ut publicae potestates sint, ab illius explanatione erit initium sumendum. Iurisdictione a Glossa l. I, ff., *de iurisdictione omnium iudicum* (C.3.13.1) quam sequuntur Bartolus, ibi, Panormitanus (Niccolò de' Tedeschi), c. *quod sedem de officio iudicis ordinarii* (X.1.31.10), Navarro (Martin de Azpilcueta, Dottor Navarro), *de datis et acceptis notabilia*, 32, num 47, Sylv. (Silvestro Aldobrandini), verbo *iurisdictione*, et communiter iurisperiti, in hunc modum definitur: *Est potestas de publico introducta cum necessitate iurisdictionis et aequitatis statuenda*, hoc est, statuendi quod aequum est». Inoltre l'A. aggiunge che «Alii vero rectius dicunt, iurisdictionem dici a dictione iuris: dicere vero ius esse non solum sententiam pronunciare et definire quid ius aequitasque continet, sed etiam legibus ac praeceptis gubernare, iustitiam administrare, atque universim publicam in alios, ut in sibi subditos potestatem habentem facere circa illos, quicquid pro potestate, qua sibi subduntur, efficere potest».

(63) L. DE MOLINA, *De Iustitia et Iure*, Tomus sextus, cit., p. 67.

(64) L. DE MOLINA, *De Iustitia et Iure*, Tomus sextus, cit., p. 71: «Arbitri vero iuris illi dicuntur, qui disponente ac obligante ad id lege, aut statuto, seu principis iussu, eliguntur ac sententiam proferunt, sicut ex dispositione legis statuti, aut principis eligantur a partibus, sive ab arbitris a partibus iam electis, quando non concordant, et una cum arbitris ab partibus electis sententiam proferant, sive lex illa talem arbitrum aut arbitros designet, vel aliquem alium eos designare praescribat. Huiusmodi autem arbitri iurisdictionem habent, non solum ad iudicandum, sed etiam ad ea, quae ad ita iudicandum necessaria sunt, ut ad testes vocandum, et ad eos cogendum ut testimonium dicant, et ad similia alia ad ita iudicandum necessaria; eo quod legis aut principis autoritate iudicent».

del de Molina che vede nel fenomeno arbitrale la realtà contrattuale e non già quella giurisdizionale. Quest'ultima impostazione è del resto ribadita nella successiva *disputatio 32 De compromisso in arbitrum aut in arbitratorem*, ove egli scrive, riconducendo ad una comune matrice contrattuale sia i poteri dell'arbitro sia quelli dell'arbitratore, «Si partes compromittant in aliquem aut aliquos et illi simul acceptent ac consentiant se esse arbitros aut arbitratores tunc contractus est perfectus ex parte compromittentium et compromissariorum, hoc est eorum in quos ut in arbitros aut in arbitratos compromittuntur, pro qualitate contractus, sive sit pactum nudum et sive stipulatione, additione poene aut iuramento in super firmetur, sive non» (65).

5. Gli approdi della dottrina olandese del Seicento: l'*arbiter* e l'*arbitrator* in una complessa rielaborazione dello *ius commune*.

Questo problema del rapporto tra la *potestas iurisdictionis* del giudice e la natura contrattuale dei poteri dell'arbitro, o meglio della possibile confusione dei poteri delle due figure in un terzo soggetto – che si tradubbe poi nella questione del riconoscimento o non di un diverso modo di risolvere la controversia rispetto al giudizio ed al *compromissum*, perché per consentire ad un terzo di disporre privatamente della *iurisdictio* su una determinata materia necessitava una previsione normativa (legislativa o statutaria) *ad hoc* – fu affrontato anche dalla dottrina olandese del Seicento che si è imbattuta nello studio dell'istituto arbitrale. Uno studio ispirato all'elaborazione sistematica di quanto affermato nelle fonti di diritto romano, così come riprese dalla dottrina medievale, ed alla lettura ordinata della tradizione e della prassi locale (66).

Il primo ad occuparsi di arbitrato tra coloro che seguirono l'indirizzo di studi inaugurato da Ugo Grozio fu Ulrich Huber il quale, nella sua *Praelectionum Iuris civilis*, dopo aver definito il compromesso «nihil est aliud, quam proximum reciprocum, quo utraque pars libero consensu promittit, servaturos se quod arbiter constituerit» e, sulla base della costruzione romana, aver riconosciuto alla parte la facoltà di esperire azione se era stato promesso l'adempimento del lodo mediante stipulazione o se il compromesso fosse stato concluso con giuramento o, addirittura, se le parti avessero sottoscritto la pronuncia degli arbitri o non avessero censurato la stessa entro i successivi dieci giorni (67), si è soffermato sui poteri dell'arbitro. Essi sono fatti derivare

(65) L. DE MOLINA, *De Iustitia et Iure*, Tomus sextus, cit., p. 73.

(66) Sull'impostazione della dottrina olandese in generale si veda: C.J.J. VAN DEN BERGH, *Die holländische elegante Schule: Ein Betrag zur Geschichte von Humanismus und Rechtswissenschaft in den Niederlanden 1500–1800*, Frankfurt 2002; C. BERGFELD, *Staat und Gesetz, Naturrecht und Vertrag bei Grotius und Heineccius*, in *Gesellschaftliche Freiheit und vertragliche Bindung in Rechtsgeschichte und Philosophie*, a cura di J.F. KERVÉGAN e H. MOHNHAUPT, in *Ius commune*, Frankfurt 1999, pp. 95-119; E.J.H. SCHRAGE, *La Scuola elegante olandese*, in *Studi Senesi*, CIV (III serie), XLI (1992), pp. 524-547, ora in ID., *Non quia romanum sed quia ius. Die Entstehen eines europäischen Rechtshewußtseins im Mittelalter*, Goldbach 1996, pp. 315-328.

(67) U. HUBERI, *Praelectionum Iuris civilis*, II, Napoli 1787, Lib. IV, tit. VIII, *De Receptis, qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant*, par. 2, p. 186: «Quae jusjurandum ab arbitris exigendum prohibere videtur. Sed ex

interamente dal compromesso e per questo devono essere esercitati nei termini e nei limiti in esso indicati: «Quod ad effectum arbitratorium attinet, primum oportet, ejusmodi esse arbitri sententiam, ut si conformis compromisso, a quo omnis eorum potestas pendet» (68).

Ma la costruzione teorizzata da Huber così uniforme e coerente, forse a seguito di quel fenomeno di raffinamento dell'analisi interpretativa delle fonti dello *ius commune* dovuto ad un acuirsi della sensibilità storica e filologica nella dottrina olandese di fine secolo (69), subì una "alterazione" quando Johan Voet, titolare dal 1680 della prima cattedra di *ius hodiernum*, nel suo *Commentarius ad Pandectas*, riprese la distinzione medievale tra *arbiter* ed *arbitrator* pur riconoscendone l'estraneità dal diritto olandese: «Est vero arbiter, qui compromisso partium electus est ut lites dirimat; diversus ab arbitratoribus, nomine quidem in jure nostro ignotis, re ipsa notis» (70).

Si tratta, con tutta evidenza, di una forzatura delle fonti medievali (71) in quanto la differenza tra le due figure che «ex negotii suscepti natura atque ipsa constitutionis formula adjudicandum sit» e, dunque, che venivano scelte per volontà delle parti espressa nella comune fonte contrattuale, è fatta risiedere dal maestro della Scuola elegante nell'essere l'*arbiter*, pur scelto nel compromesso, titolare di un potere simile alla *iurisdictio* del giudice e l'*arbitrator* un mero compositore della lite (72).

Ma la *distinctio* tra i poteri dell'*arbiter* e quelli dell'*arbitrator* operata nei generi letterari medievali, come si è detto, ha un significato diverso rispetto a quello assunto nella costruzione della dottrina olandese di fine Seicento. Basti pensare, come esempio, alla *Summa Codicis* del Piacentino che, a mo' di pietra miliare, non fa riferimento alla *potestas iudicandi* dell'*arbiter* ma al permanere di quei caratteri privatistici che facevano dell'arbitrato uno strumento di autotutela, libero nelle forme e schiettamente privatistico nella sostanza (73). Si pensi, inoltre, al *Tractatus de arbitris* del bresciano Lanfranco da Oriano, laddove questi affermò sì il carattere di giudizio che venne

Nov. 82, c. 11, unde Authentica desumpta est, patet, tam in compromisso partium, quam in arbitris, displicere jusjurandum. Cujus rei ratio praeter eam, quae Justiniano placuit, a vilitate imperitiaque arbitratorum quorundam, et contempta jurisjurandi, e vulgari et tratitio instituto haec esse videtur, quod vel periurium foret necessarium, vel sententia arbitri inevitabilis, quod natura compromissi, et publicae judiciorum auctoritati, adversum esse videtur. Pactum nudum hic adhibitum vires suas non excedit, quas alioqui semper habet, ut exceptionem nihilque ulterius pariat; dein[de] stipulatio concipiatur ad pactum illud confirmandum».

(68) U. HUBERI, *Praelectionum Iuris civilis*, cit., p. 187.

(69) Così come messo in evidenza in ultimo da M. CARVALE, *Storia del diritto nell'Europa moderna e contemporanea*, cit., p. 138.

(70) J. VOET, *Commentarius ad Pandectas*, I, Colonia 1769, p. 225.

(71) *Ut supra* par. 2, n. 26.

(72) J. VOET, *Commentarius ad Pandectas*, cit., p. 230. Tale ragionamento è seguito anche da altri esponenti della dottrina olandese quali: G. NOODT, *Commentaria ad Lib. IV, Tit. VIII, De receptis, qui arbitrium receperunt etc.*, in *Opera omnia*, Tomus III, Neapoli 1786, pp. 161-169; C. VAN BINKERSHOEK, *Observationum juris romani*, Lib. I, cap. XXIV, in *Opera omnia*, Tomus I, Colonia 1761, pp. 33-34.

(73) PIACENTINO, *Summa Codicis*, II, tit. LV, *de receptis arbitriis*, Mongutiae 1536 (rist. anast., Torino 1962), pp. 91 ss.

assumendo la pronuncia dell'arbitro nell'età dei commentatori e, dunque, il sorgere di una figura diversa da quella dell'*arbiter ex compromisso* propria dell'età dei glossatori, e che avrebbe costituito nel Seicento le basi per la teorizzazione dell'arbitrato necessario come *officium iudicis* (74), ma anche al puntuale richiamo al passo ed al ragionamento in cui Bartolo introduce per la prima volta nel pensiero giuridico del tempo una tipologia di arbitrato in cui le parti volevano non già il perfezionamento del contratto, appunto devoluto all'arbitro secondo il pacifico schema dell'arbitrato *ex compromissum* (75), ma la risoluzione dell'intera controversia non tenendo però conto degli schemi processuali propri del *iudicium* (76).

6. Le costruzioni teoriche della Scuola culta e della corrente sistematica.

La difficoltà di teorizzare entro la cornice dell'autonomia negoziale i poteri di un soggetto che è scelto dalle parti per definire una loro controversia e, dunque, è posto al di fuori del *iudicium* e della *potestas* del giudice, non può non avvertirsi nel pensiero giuridico francese del '500, secolo in cui il legislatore avrebbe avviato quel fenomeno irreversibile di irrigidimento processuale e di giurisdizionalizzazione dell'istituto arbitrale.

Un fenomeno, quello legislativo, che avrebbe avuto inizio con l'editto di Francesco II emanato a Fontainebleau nel 1560 e che, per opera del cancelliere e già vissuto uomo politico Michel de l'Hospital (77), avrebbe imposto l'arbitrato, sia per le liti tra commercianti, sia per quelle inerenti al diritto di famiglia, nell'ambito di regole e schemi processuali che non possono non rivelarne il tentativo estremo di attrazione entro la sfera del potere pubblico e del controllo giurisdizionale: «Et ce qui sera fait par eux aura force de chose jugée et sera mis à exécution par les juges des lieux nonobstant opposition ou appellation quelconques et sans préjudice d'icelles. (...) Et ne sera reçu l'appel que préalablement lesdits partages ne soient entièrement exécutés, le quel appel

(74) Cfr. G.B. ALFANI, *Tractatus de arbitris et compromisis*, lib. I, cap. II, § *Arbitri nomen in statutis qual iter assumendum*, n. 2, in *Tractatus Illustrium in utraque tam pontificii, tam caesarei iuris facultate iurisconsultorum*, Venetiis, 1584, t. III, pars I, fol. 225v: «Hinc admonemur, qual iter nomen arbitri assumendum sit in statutis, cum stricte intelligantur, a iure communi interpretationem recipiant, ut dictum est, procul dubio praedicto modo stricto et in iure usitato assumetur, nisi mens statuti ex aliis verbis collecta, vel consuetudo loquendi aliud inducerent, ut ex praedictis apparet».

(75) Cfr. B. DA SASSOFERRATO, *Tractatus de arbitris*, in *Tractatus Illustrium*, cit., § *Arbiter dicitur*, n. 2, fol. 146r: «*arbitrator est qui consilio suo tanquam fide, et bono motu, nulla iuris solemnitate servata et absque iudiciorum strepitu litem decedit*»; ID., *Tractatus de arbitris*, cit., § *Arbiter ab arbitratore in quibus differat*, n. 18, fol. 146v: «*arbiter tenetur noscere secundum formam iuris civilis, arbitrator vero ex equitate*»; ID., *Tractatus de arbitris*, cit., § *Clausola apposita in compromisso*, n. 19, fol. 146v: «Vel secundum Iac. But. [Iacomo Butrigario] potuit sustineri communis modus, quia arbiter potest assumi super lite, quia super lite potest transigi, intelligunt, ut de hoc in concordia non sunt, super tali transactione in contractu tamquam arbitrator assumitur, et sic diversis respectibus sit arbiter et arbitrator».

(76) L. DA ORIANO, *Tractatus de arbitris*, in *Tractatus Illustrium in utraque tam pontificii, tam caesarei iuris facultate iurisconsultorum*, Venetiis, 1584, pars I, § *Arbitrator in causa propria quis esse potest*, n. 8, fol. 207r.

(77) Michel de l'Hospital era già stato consigliere al Parlamento di Parigi e ambasciatore al Concilio di Trento quando alla fine della sua carriera – sarebbe morto di lì a poco – pose mano all'Editto sull'arbitrato (1560) e all'editto sulla transazione (1561).

ressortira immédiatement à la cour de Parlement où les parties sont demeurantes» (78). Tale posizione avrebbe avuto ancor più vigore nelle *ordonnances royales* ovvero in quelle composizioni di leggi suddivise per settori al fine di riorganizzare sistematicamente le fonti legislative ancora fondate sul diritto comune: si pensi all'*ordonnance de Moulins* del 1566 sulla riforma della giustizia che riprende alla lettera quanto scritto nell'editto di Fontainebleau (79).

Ma la corrente sistematica del *mos gallicus iura docendi* che, al fine di rappresentare la materia giuridica in maniera semplice, chiara e razionale, diede attuazione all'ideale ciceroniano dello «*ius in artem redigere*», ossia alla proposta, formulata nel *de Oratore* (1,42,187-189), di realizzare un'opera giuridica isagogica con il fine di organizzare il sapere attraverso la classificazione delle nozioni particolari di una disciplina in categorie, seppe mantenere il punto e si dimostrò ben consapevole della distinzione tra *arbiter* e *iudex*. L'affermazione metodologica dell'oratore infatti costituisce un *principium* di sicura rilevanza nella rappresentazione del sistema giuridico romano e nella enucleazione in sistemi da esso derivati di specifici valori-verità che, attraverso le suddette operazioni di logica, vengono «dommaticamente configurati, fissati in termini, concetti, categorie, e, in questa loro specifica e compatta stabilizzazione in cui i profili politico-ideologici si delineano maggiormente, proiettati con una carica storicamente dinamica oltre le concrete realizzazioni di essi in norme che variano» (80).

Così la spinta dottrinale a rappresentare il fenomeno giuridico dell'arbitrato in maniera semplice, chiara e razionale, come non era stato fatto dall'indirizzo tradizionale della dottrina medievale che aveva seguito la frammentarietà delle Pandette, avvenne allora su impulso di François Connan e Jean de Coras (81). François Connan, nel suo *Commentarium Juris Civilis*, sotto

(78) Cfr. *Traité de la réformation de la justice cinquième partie*, in *Oeuvres inédites de Michel L'Hospital, Chancelier de France, ornés de portraits et de vues dessinés et gravés par A. Tardiev, Suivies d'un Tableau de la législation française au seizième siècle, et accompagnées de notes historiques, par P.J.S. Duféy, avocat*, II, Paris, 1825, p. 321.

(79) Cfr. *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789, par MM. Isambert, Avocat aux Conseils du Roi et à la Cour de cassation; Decrusy, Avocat à la Cour royale de Paris; Taillandier, Avocat aux Conseils du Roi et à la Cour de cassation*, XIV, 1, Juillet 1599-Mai 1571, pp. 189 ss.

(80) S. SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune*, Torino 1999, p. 219.

(81) A ben vedere, già Jacques Cujas, nella prima metà del '500, aveva affrontato il problema sia evidenziando la differenza tra *arbitri compromissarii* e *judices*, sia mettendo in risalto le diverse modalità di definizione della controversia operate dall'uno e dall'altro. Cfr. J. CUJAS, *Commentaria*, Tit. VIII, *De receptis, qui arbitrium receperunt ut sententiam dicant*, in ID., *Opera*, Tomus tertius, Prati 1837, Pars tertia, p. 369: «Compromissarii arbitri, judices quidem sunt, etsi nec jurisdictionem, nec notionem habent: horum tamen proprie iudicium non est. Cum iudicium dicimus, ordinarium dicimus, de quo Constantinus Harmenopulos, lib. 1, Epitome [iuris civilis], lib. 4. et Novellae CXX et CXII, vide scripta ad initium tit. *inf. de iudic.*»; ID., *Commentaria*, Tit.I, *De rebus crediti set jurejurando*, Lib. IV, (C. 4.1), in ID., *Opera*, Tomus nonus, Prati 1839, Pars. Quarta, c. 288: «Differentia est inter iudicem et arbitrum. Uterque datur a praeside, vel alio magistratu: arbiter in actionibus bonae fidei: iudex in strictis. Arbiter aequitatem spectat; iudex jus et formulam. Aristotelis, I Rhetorum. Decreta sententiasque iudicum et arbitratorum, praesides, qui eos dederunt, exsequuntur, l. *A Divo Pio*, D, *de re iudicata* (D.42.1.15). Sciendum est etiam, causam status, et ingenuitatis pertinere ad cognitionem praesidis, nec posse delegari, l. pen. *sup. ubi causa status* (C.3.22.3), l. 2 *sup. de pedan. iudicibus* (C.3.3.2). Ceterum si in quaestione haereditatis, cui arbiter est datus, vel si in actione familiae

il titolo *De societate*, individua come *principium iuris* alla base del fenomeno arbitrale la possibilità per ciascuno di risolvere la lite attraverso un atto di natura privata quale il *compromissum*:

«Societatem mecum coisti ea conditione, ut Nerva amicus communis partes societatis constitueret. Nerva autem constituit, ut tu ex triente socius esses, ego ex besse. Quaeritur utrum ratum id jure societatis sit, an nihilominus ex aequis partibus socij simus? Existimo autem melius te quaesitum fuisse, utrum ex iis partibus socij essemus, quas is constitueret, an ex iis quas virum bonum constituere oporteret» (82).

Di maggiore prospettiva appaiono le conclusioni cui giunge Jean de Coras che nelle sue *Miscellaneorum iuris civilis*, definisce il compromesso come «simultanea illa partium promissio, quem sua sponte, ad alicuius boni viri arbitrium, suam remittunt controversiam» e riconosce come unica specie di arbitro l'«arbiter qui proprie» ossia l'«arbitrum eum proprie existimo dici, quem ex compromisso partes consentientes adeunt, dirimendae litis gratia» (83).

7. Le elaborazioni teoriche francesi del XVII e XVIII secolo.

Tali approdi della corrente sistematica influenzarono senza dubbio la cultura giuridica francese dei secoli XVII e XVIII. Ed un segnale evidente lo si riscontra nel pensiero di Jean Domat. Quando, infatti, egli pubblicò le *Lois civiles dans leur ordre naturel*, le *ordonnances* finalizzate alla riforma della giustizia, erano vigenti e, sotto un profilo legislativo, avevano configurato un istituto arbitrale nuovo o quantomeno slegato dal modello di arbitrato individuato da Cujas, Connan e Coras. Infatti nel 1629 l'*ordonnance* di Luigi XIII, nota come *code Michaud*, dopo aver ripreso l'editto del 1560 stabilì che:

«conformément à icelle les exécutions des sentences arbitrales renvoyées aux juges ordinaires et les appellations desdites sentences arbitrales aux jugesprésidiaux pour ce est de leur pouvoir et pour ce qui excèdera aux cours de parlement, si ce n'est que par le compromis les parties se soient soumises pour l'appel à nos parlements. Et ne pourront lesdites appellations être reçues que le jugement arbitral ne soit entièrement exécuté et la peine payée si elle stipulée, à peine de nullité des arrêt donnés au contraire de la disposition présente» (84).

Nel 1673 l'importante *ordonnance sur le commerce* di Luigi XIV, detta *code Marchand*, sotto il Titolo IV «*Des sociétés*» all'art. 9 aveva imposto che «Toute le Société contiendra la clause de se soumettre aux Arbitres, pour les contestations qui surviendront entre les Associés: et encore que la clause fut omise, un des Associés en pourra nommer, ce que les autres seront tenus de faire; sinon

erciscundae, cui addictus est arbiter, quaestio status et ingenuitatis inciderit, tum arbiter delegatus etiam de ea cognoscet, quod incidat quaestio, non etiam principaliter».

(82) F. CONNAN, *Commentariorum Juris Civilis*, Tomus posterior quinque libros complectens, Neapoli 1724., c. 158.

(83) J. DE CORAS, *Miscellaneorum iuris civilis libri sex*, Lugdun 1552, Lib. IV, cap. XVIII, pp. 375-376.

(84) Il testo citato è ripreso da *Traité de l'arbitrage en matière civile et commerciale, par M. Mongalvy ancien avocat aux conseils du Roi et a la Cour de Cassation. Edition augmentée en Belgique*, Bruxelles 1837, p. 85. V. anche *Dictionnaire historique des Institutions mœurs et coutumes de la France par A. Cheruel*, II, Paris 1855, pp. 89 ss.

en sera nommé par le Jugé pour ceux qui en feront refus» (85). L'*ordonnance de la marine* del 1681, la cui realizzazione si deve a Jean-Baptiste Colbert, sotto il *Livre Troisième «Des Contrats Marittimes»*, Titolo VI «*De Assurances*», con l'art. 3 (contemplante l'ipotesi di contestazione di «*sentence arbitraile*» avente ad oggetto il valore della polizza di assicurazione) fissò rigidi criteri processuali di formulazione dell'appello (86). Ad ogni modo l'evidenza del confluire dell'*arbitrage* nell'assetto giurisdizionale dell'ordinamento raggiunse vette più alte con il *code Louis* del 1667 che, ispirato a statuire, esplicitamente e per la prima volta in un testo legislativo, il principio «de l'obéissance que doit le Magistrat aux lois», finì per ridurre il rito civile nella legislazione processuale e questa nella volontà del sovrano (87). Del resto, la tassativa regolamentazione tanto della «forme de procéder par-devant les juges» (88), quanto alla «forme de procéder aux jugemens, et des pronunciations» (89), pur in mancanza di qualsivoglia riferimento normativo all'arbitrato che così parrebbe rimasto indenne all'intervento legislativo, fanno presumere una posizione del legislatore francese che intendesse sempre più costringere la figura dell'arbitro entro i confini dell'esercizio di una giurisdizione regolamentata e scandita dalla legge.

Ma Jean Domat, così attento alla coerenza del sistema giuridico e altresì convinto dei limiti del legislatore, giacché questi non poteva esercitare la sua autorità laddove il diritto naturale non lo consentisse in quanto esistevano delle *loix immuables* (90), non si limita ad illustrare la disciplina del fenomeno arbitrale secondo la disciplina legislativa in materia. Egli impronta la propria analisi nella consapevolezza di trovarsi dinnanzi ad un istituto saldamente legato alla tradizione previgente, una tradizione divisa tra il *droit coutumier* e il diritto romano elaborato dai giuristi medievali (91).

Un taglio originale, quello dato da Domat, che gli ha consentito di mettere a nudo la naturale conformazione negoziale dell'istituto, pur rispettando l'impronta pubblicistica impressagli dal legislatore.

(85) Cfr. *Ordonnance de Louis XIV sur le commerce, enrichie d'annotations et de Décisions importantes, par Monsieur Philippe Bornier, Lieutenant particulier en la Sénéchaussée de Montpellier. Nouvelle édition. Augmentée des Édits, Déclarations et Ordonnances, donnés par Louis XV, en interprétation de celles de Louis XIV; et d'un très-grand nombre de Notes*, Paris 1757, p. 70.

(86) Cfr. *Ordonnance de la Marine Du mois d'Aust 1681. Commentée et Conferée sur les anciennes Ordonnances, le Droit Romain, et les nouveaux Règlements*, Paris 1714, pp. 250 ss.

(87) N. PICARDI, *Code Louis, I, Ordonnance Civile (1667)*, in *Testi e documenti per la storia del processo*, a cura di N. PICARDI e A. GIULIANI, Milano 1996, pp. XVI ss.

(88) Cfr. *Titre XXXV («De requêtes civiles»)* dell'*ordonnance civile touchant la reformation de la justice*, in PICARDI, *Code Louis, I, cit.*, p. 59 ss. V. anche *Procez verbal des Conférences tenus par ordre du Roi, entre Messieurs les Commissaires du Conseil et Messieurs les Députés du Parlement de Paris, pur l'examen des Articles de l'Ordonnance Civile, du mois d'Avril, 1667*, in N. PICARDI, *Code Louis, I, cit.*, pp. 60 ss.

(89) Cfr. *Titre XXVI dell'ordonnance civile touchant la reformation de la justice*, in N. PICARDI, *Code Louis, I, cit.*, pp. 43 ss.

(90) Cfr. *Pourquay on a fait un Traité de Loix*, in *Preface*, in *Le loix civiles dans leur ordre naturel par J. Domat*, Paris 1777, I, pp. 5 ss.

(91) Sul punto si rinvia al significativo contributo monografico di M. CARVALE, *Alle origini del diritto europeo: ius commune, droit commun, common law nella dottrina giuridica della prima età moderna*, Bologna 2005, *passim*.

Infatti, il giurista francese se, proprio in forza della nuova disciplina normativa, tende a disegnare una figura unitaria di arbitro che svolge le medesime funzioni attribuite al giudice dall'ordinamento, in quanto «comme les arbitres sont choisis pour accomoder autant que pour juger les affaires qu'on met en leurs mains, et que par cette raion ils sont comme des médiateurs, à qui les ordonnances donnent les noms d'arbitres, arbitrateurs et amiables compositeurs, leurs fonctions ne sont par bornées à la même sévérité, ni à la même exactitude que celles de juges» (92), non può contestualmente negare la diversa natura dei due poteri, l'uno prettamente giudiziario, e dunque volto a definire in punto di diritto ed entro rigidi criteri processuali la controversia, l'altro inscindibilmente legato alla *voluntas* delle parti:

«cette disposition des personnes, qui, au lieu des juges ordinaires, prennent des arbitres, donne pouvoir à ceux qu'ils choisissent, de préférer les considération du bien de la paix à l'exactitude de la justice, qui pourroient laisser des occasions de division. Ainsi on voit quelquefois que dans des questions douteuses, que les juges sont obligés de décider en faveur d l'une ou de l'autre des parties sans aucun milieu, les arbitres prennent des tempéramens et des moyens tels que les parties les prendroient elles- même, si au lieu d'un jugement elles prenoient la voie d'une transaction» (93).

Una *volonté de negociabilité*, perché questo richiede la *transaction*, che si riflette inevitabilmente nei criteri e nei parametri di giudizio degli arbitri in quanto chiamati a sanare la tensione tra le parti attraverso un equilibrato temperamento degli interessi contrapposti, temperamento che lascia presumere non già necessariamente la ferma applicazione della norma giuridica, quanto piuttosto un accomodamento, forse anche in via equitativa, delle posizioni assunte dalle parti: di particolare rilievo, a mio avviso, risulta essere tanto la valutazione adottata (94), quanto il legame, che Domat evidenzia, tra la predisposizione delle parti a transigere e il diverso atteggiamento che, proprio per questo rapporto, verrebbe ad assumere l'arbitro rispetto al giudice.

La costruzione di Domat ebbe certamente eco nella dottrina del Settecento anche se non trovò alcun riscontro nella grande opera del giurista d'Orléans Rober Joseph Pothier, che, tra il 1748 ed il 1752, diede alle stampe le *Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae*, generalizzando e collocando secondo un nuovo ordine le fonti del diritto romano raccolte da

(92) Cfr. *Le loix civiles dans leur ordre naturel par J. Domat*, II, cit., sect. I, *De fonctions des arbitres, et de leur pouvoir*, p. 186.

(93) Cfr. *Le loix civiles dans leur ordre naturel par J. Domat*, II, cit., sect. I, *De fonctions des arbitres, et de leur pouvoir*, p. 187.

(94) I criteri di valutazione adottati dal giudice come interprete del diritto nella Francia di fine Seicento escludevano, nella rigidità dell'ordinamento giudiziario, il ricorso all'equità. I poteri del giudice erano fortemente limitati basti pensare che nel ventennio tra il 1653 ed il 1673 vi furono numerosi provvedimenti del re a riguardo: cfr. OLIVER-MARTIN, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, Paris 1948, (rist. anast. del *Centre National de la Recherche scientifique*, Paris 1988), n. 405, pp. 547 ss. Sull'argomento si rimanda ad un recentissimo e originale contributo monografico di P. ALVAZZI DEL FRATE, *Giustizia e garanzie giurisdizionali. Appunti di storia degli ordinamenti giudiziari*, Torino 2011, pp. 5 ss.

Giustiniano (95). Egli, infatti, sulla scia delle *ordonnances* si allontanò dalla concezione negoziale che i romani avevano dell'arbitrato (96) e sovrappose la figura dell'arbitro a quella del giudice (97).

Un primo timido riferimento a Domat forse lo si coglie, nella prima metà del secolo, nel pensiero del giurista francese Claude-Joseph De Ferrière che se nel suo *Dictionnaire de droit et de pratique* dopo una definizione generica di *arbitrage* intesa come «une espèce de Jurisdiction que les Avocats ou autres Particuliers exercent en vertu du pouvoir qui leur est donné par les Parties de décider leurs contestations», distingue l'«arbitrateur ou amiable compositeur», che «est celui qui est élu par les parties pour terminer leur différend à l'amiable, selon l'équité, sans être tenu de garder exactement les formalités de Justice, à la rigueur du Droit», dall'«arbitre», che, sebbene «est appelé Arbitre de droit, parce qu'il doit suivre le Droit à la rigueur» e dunque tenuto a seguire le regole dell'ordinamento giudiziario, «provienne uniquement du consentement que les Parties ont donné de s'en tenir à la décision» (98).

La funzione del *compromissum* come elemento di comunione tra le due figure di arbitro (l'arbitro chiamato ad interpretare ed applicare norme di diritto e l'arbitro con attribuzione di poteri equitativi) è messa in luce anche nel *Traité de l'administration de la justice* di Jousse che, più condizionato dalla posizione di Domat, ripercorrendone il ragionamento, arriva a dichiarare che «a partir du compromis qui les avait nommés les arbitres pouvaient aussi bien proposer formellement aux parties de clore l'affaire par une transaction dont ils établissaient les éléments» (99).

7.1 La costruzione di Condorcet e quella di Robespierre.

Le costruzioni dottrinali francesi del Seicento e del Settecento, tese a sintetizzare o forse meglio a sposare la tradizione con l'impegno legislativo verso una composizione architettonica

(95) Cfr. I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino 2002, p. 143 ss. Per la descrizione dell'opera si rinvia anche a S. SCHIPANI, *Premessa*, in *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Testo e traduzione*, I, Milano 2005, p. XXII.

(96) Cfr. M. TALAMANCA, *Ricerche in tema di compromissum*, Milano 1958, *passim*.

(97) Cfr. *Pandectes de Justinien, mises dans un nouvel ordre, avec les lois du code et les nouvelles qui confirment, expliquent ou abrogent le droit des pandectes. Par R. J. Pothier traduites Par M. de Bréard-Neuville; Revues et corrigés, pour le Texte et la Traduction, par M. Moreau de Montalin, Avocat. Tome Troisième, Contenant les livres III et IV, qui terminent la première partie du Digeste, et le livre V, qui commence la seconde partie*, Paris 1819, p. 429: «Le compromis a beaucoup d'affinité avec les jugemens, et son objet comme celui des jugemens, est de terminer les procès».

(98) Cfr. *Dictionnaire de droit et de pratique, contenant l'explication des termes de Droit, d'Ordonnances, de Coutume et de Pratique. Avec les jurisdictions de France. Par M. Claude-Joseph de Ferrière, Doyen des Docteurs-Regens de la Faculté de Droit de Paris, et ancien Avocat en Parlement. Troisième Édition. Revue, corrigée et augmentée, par M. Claude-Joseph de Ferrière*, I, Paris 1754, p. 113.

(99) Cfr. *Traité des arbitrages et compromis, in Traité de l'administration de la justice, ou l'on examine tout ce qui regarde la Jurisdiction en général; la Compétence, les Fonctions, Devoirs, Rangs, Séances et Prerogatives des Officiers de Judicature, et principalement des Présidiaux, Bailliages, Sénéchaussées, Prévôtés, et autres Justices ordinaires, tant royales que subalternes; ainsi que ce qui concerne les Greffiers, Notaires, Avocats, Procureurs, Huissiers, et autres Personnes employées pour l'exercice de la Justice. Par M. Jousse, Conseiller au Présidial d'Orléans*, II, Paris 1771, p. 683. Per quanto concerne gli effetti del *compromis*, v. la descrizione offerta dall'A. nelle p. 688 s.

della giurisdizione, assunsero rilievo proprio nella riflessione sul «*processo di radicalizzazione della rivoluzione*» (100) e nelle argomentazioni sulle prime costituzioni.

Una testimonianza in tal senso viene dal filosofo Marie Jean Antoine Nicolas de Caritat, marchese di Condorcet che, nel suo forte impegno politico nell'età rivoluzionaria, ebbe anche modo di occuparsi delle riforme della giustizia (101).

Sulla base e sulla spinta del suo saggio, scritto poco prima della morte avvenuta nel 1794, è possibile ricostruire come abbia classificato i poteri dell'arbitro e quale natura abbia inteso attribuirgli (102). L'art. 5 della Costituzione del 3 settembre 1791 – che riprende solo in parte quanto disposto dall'art. 1 del suindicato *Décret sur l'organisation judiciaire* del 16-24 agosto 1790, che vedeva nell'*arbitrage* «le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens» e che riteneva inammissibile qualsivoglia regolamentazione processuale dell'istituto in quanto nessuna normativa avrebbe potuto «tendraient à diminuer la faveur ou l'efficacité des compromis» – statuiva che «le droit des citoyens de terminer définitivement leurs contestations par la voie de l'arbitrage ne peut recevoir aucune atteinte par les actes du pouvoir législatif». Dunque, il compromesso rendeva ancora omaggio all'arbitrato considerato dal legislatore costituzionale come istituto unitario, privo di differenze o deviazioni interne dalla originaria natura negoziale e che poteva essere qualificato tranquillamente come un semplice e naturale «recours à l'équité, à la sagesse des hommes impartiaux» (103).

Sullo stesso ragionamento poggia la tesi del deputato Maximilien Robespierre (104), i cui occhi videro – all'indomani della costituzionalizzazione del principio per cui ciascun cittadino, in virtù dell'autonomia privata che gli era riconosciuta per forza di natura, poteva dirimere una controversia senza passare per la via della giurisdizione – la promulgazione di leggi volte a rendere obbligatorio, e per ciò stesso contrario alla sua natura, l'istituto dell'arbitrato. Lo sguardo

(100) Sul punto, v. U. PETRONIO, *Il futuro ha un cuore antico. Considerazioni sul codice di procedura civile del 1806*, in *I codici napoleonici*, I, *Codice di procedura civile (1806), Testi e documenti per la storia del processo*, a cura di N. PICARDI e A. GIULIANI, Milano 2000, pp. IX ss.

(101) In tal senso, v. J.-P. ROYER, *Histoire de la justice en France de la monarchie absolue à la République*, Paris 1995, pp. 330 ss. Per l'impegno politico di Condorcet, v. il volume, facente parte della *Collection de documents relatifs à l'histoire de Paris pendant la Révolution Française. Publiée sous le patronage du Conseil municipal, La Société des Jacobins. Recueil de documents pour l'histoire du club des jacobins de Paris par F.-A. Aulord*, VI, mars a novembre 1794, Paris 1897.

(102) Cfr. M.J.A.N. DE CONDORCET, *Essai sur la constitution et les fonctions des Assemblées Provinciales*, I, Paris, 1788, *passim*; ID., *Exposé des principes et des motifs du plan de Constitution*, Paris, 1793, in *Oeuvres de Condorcet publiées par A. Condorcet O'Connor*, XII, Paris 1847.

(103) M.J.A.N. DE CONDORCET, *Exposé des principes et des motifs du plan de Constitution*, Paris, 1793, in *Oeuvres de Condorcet publiées par A. Condorcet O'Connor*, XII, cit., pp. 379 ss.

(104) Sull'impegno politico di Robespierre, v. *Vie secrète, politique et curieuse de M. J. Robespierre, Député à l'Assemblée constituante en 1789, et à la convention nationale jusqu'au Thermidor l'an denxième de la République*, par I. Duperron, Paris 1794, *passim*.

dell'«avvocato del popolo» (105) si pose critico su quello che è stato un vero e proprio giro di boa del legislatore francese che, ad esempio, ha devoluto ad arbitri, attraverso i suindicati provvedimenti legislativi del 1790 e del 1793, le controversie familiari al *Tribunaux de famille* e le controversie fra Comuni e privati relative a beni comunali e patrimoniali ad arbitri istituzionalizzati, senza facoltà di scegliere per le parti, e spingendosi addirittura, nei relativi testi normativi, a distinguere gli arbitri privati dagli arbitri pubblici dotati di *iurisdictio*.

Egli nel suo *Discours sur l'institution de l'arbitrage* (106) in seno all'assemblea, ritenne traditi l'*esprit de loi constitutionnelle* e la tradizione giuridica francese che, nutrita del diritto naturale, aveva configurato i poteri dell'arbitro come investiti esclusivamente dalla volontà dei cittadini (107).

7.2 L'École du code ed il nouveau cadre législatif.

L'idea che la disciplina legislativa sull'*arbitrage* avesse configurato, sulla base delle spinte costituzionali precedenti e su impulso di quella tendenza a sposare la tradizione con il «nuovo

(105) In tal senso v. P. CATALANO, *Tribunato e resistenza*, Torino 1971, pp. 9 ss.; v. inoltre, ad esempio, ID., *Romanité ressuscitée et Constitution de 1793*, in *L'An I et l'apprentissage de la démocratie. Actes du Colloque organisé à Saint-Ouen les 21, 22, 23, 24 juin 1993*, a cura di Bourderon, Saint-Denis, 1995.

(106) Cfr. *I^{re} intervention: Sur l'institution de l'arbitrage, Séance du 17 juin 1793, Discussion de la Constitution (suite)*, in *Gazette nationale ou le Moniteur universel*, n. 171, p. 736, *Journal universel*, t. XXVII, n. 1306, p. 5027, in *Oeuvres de Maximilien Robespierre*, IX, *Discours (4a Partie) Septembre 1792-27 Juillet 1793. Edition prepare sous la direction de Marc Bouloiseau, Georges Lefebvre, Jean Dautry, Albert Soboui (avec le concours du Centre National de la Recherche scientifique, Publication de la VI Section de l'École des Hautes Etudes Sciences économiques et sociales et de la Société des Etudes Robespierriistes)*, Paris, 1958, p. 574 s.: «Citoyens, l'institution de l'arbitrage est sublime, sans doute, mais elle est faite pour un peuple dont les moeurs et les institutions sont simples. Nous faisons, au contraire, des lois pour un peuple dont les moeurs sont loin de cette simplicité qui rapproche l'homme de la nature, son code-civil ne peut être que très-complicqué; par consequent l'institution de l'arbitrage force ne peut lui convenir. Remarquez, au reste, que tous ses avantages sont réservés aux citoyens qui voudront s'y soumettre. Mais il faut que l'exercice en soit libre, autrement, il tournerait au profit du riche contre le pauvre. En effet, le citoyen peu fortuné aura besoin de choisir, pour un arbitre, un homme désintéressé, qui veuille bien s'occuper de son affaire; il sera donc d'abord obligé de demander la justice comme l'aumône, et ces hommes bienfaisants seront encore trop rares; car la plupart des hommes accoutumés à vendre leur tems, refuseront sans doute de le donner gratuitement; et s'ils le font, l'homme riche emploiera son or, nonseulement à payer son arbitre, mais encore à corrompre celui du pauvre. Qu'on ne me dise pas que les mêmes inconvéniens se trouvent dans l'ordre actuel; car maintenant le pauvre obtient justice sans payer son juge. La Nation lui en a nommé; et s'il craint ses prevarications, n'a-t-il pas contre lui la publicité des jugemens? On peut, dit-on, entourer l'arbitre de l'oeil public. L'arbitrage est, par sa nature, un ouvrage de cabinet; et quand vous forceriez les arbitres à prononcer publiquement, qui se rendrait de pareilles séances? Je demande que l'on corrige les abus qui se trouvent dans l'ordre judiciaire actuel; mais qu'on ne décrète point l'arbitrage forcé. Personne n'a discuté le véritable point de la question; il ne s'agit pas de savoir quels seront les tribunaux, mais quelle sera l'espèce de juges. Nous demandons qu'ils soient nommés par le peuple, et c'est ce qu'on appelle juges; d'autres veulent qu'ils soient choisis par les parties, et c'est ce qu'on appelle arbitres; il ne s'agit donc pas de discuter les avantages ou les inconvéniens de chaque genre de choix. Je conclus, attendu l'importance de la discussion, que vous chargiez le Comité de salut public de murir ces idées, et de vous en présenter demain le résultat».

(107) Benché Robespierre non ebbe modo di conoscerne gli effetti, dato che fu ghigliottinato il 28 luglio del 1794, il *Conseil des Cinq-Cents*, assemblea legislativa introdotta solo nel 1795 con la nuova Costituzione voluta dalla borghesia moderata, ben presto dichiarò l'*arbitrage forcé* contrario al testo costituzionale e, dunque, ne decise l'abolizione con il conseguente annullamento di tutti i provvedimenti in materia già emessi dai Tribunali, come testimonia il *Répertoire Général «Journal du Palais»* nella ricostruzione della storia dell'arbitrato attraverso la giurisprudenza francese a partire dal 1791. Cfr. *Journal du Palais. Répertoire Général contenant la jurisprudence de 1791 à 1857, l'histoire du droit, la législation et la doctrine des auteurs par une société de jurisconsultes et de magistrats. Édition complétée jusqu'en 1857 par un Supplément*, I, Paris 1858, pp. 411 ss.

diritto», un istituto apparentemente, e solo apparentemente, animato dalle due diverse figure dell'*arbiter* e dell'*arbitrator* – in quanto entrambe facenti capo al *compromis* e caratterizzate da poteri predeterminati per volontà concorde delle parti – risulta in tutta la sua consistenza nel pensiero di Eustache-Nicolas Pigeau, un giurista francese che, vissuto a cavallo dell'*Ancien Régime* e del periodo rivoluzionario e napoleonico, ha partecipato ai lavori preparatori del *code de procédure civile* e ha dato vita ad una significativa produzione dottrinale di diritto processuale civile che ha avuto senza dubbio un'ampia diffusione nella cultura giuridica francese della prima metà dell'Ottocento (108).

In una delle sue prime opere, *Procédure civile du Châtelet de Paris* (109), dopo aver definito il compromesso – collocato non a caso nel *Livre Premier* «*Des moyens de prévenir les procès*», a seguito delle sue riflessioni sul soddisfacimento della pretesa altrui e sulla transazione – come un contratto volto ad evitare alle parti il rito ordinario del processo (110) e dopo aver ricordato agli arbitri, al fine di consentire loro un migliore temperamento degli interessi delle

(108) V., ad esempio, anche per tematiche diverse dall'arbitrato (le cui citazioni saranno evidenziate successivamente nello studio del pensiero di altri autori): *Traité des faillites et banqueroutes dan l'ordre judiciaire, D'après les Lois, Ordonnances et Déclarations, la Jurisprudence ancienne et moderne, sur-tout celle de la Cour de Cassation, et les articles du Code civil qui ont rapport à cette matière. Par M. Jean-Louis Laurens, Avocat*, Paris, 1806, p. 53; *Jurisprudence de la Cour Royale de Lyon et décisions remarquables des Tribunaux du Ressort. Par MM. Allard, Boissieu et Serizi, Avocats*, I, Lyon 1823, p. 394; *Les lois de la procédure civile, Ouvrage dans lequel l'auteur a refondu son analyse raisonnée, son traité et ses questions sur la procédure civile, Par G.L.J. Carré, professeur en la Faculté de Droit de Rennes*, II, Paris 1827, p. 88; *Traité Élémentaire de la procédure civile, contenant: 1° Les Règles de la Compétence des Jurisdictions civiles et des Officiers qui y sont attachés; 2° les Éléments de la Procédure civile, avec des définitions tirées des meilleurs Commentaires du Code; 3° des Notes nombreuses, dans lesquelles on donne l'explication de la loi par ses motifs et des exemples, et la solution de toutes le difficultés que son texte présente et des questions de Procédure les plus importantes, d'après les auteurs et les décisions judiciaires. Par L.-F. Auger, Ouvrage utile aux jeunes praticiens, aux étudiants en droit, et généralement a toutes les personnes qui se livrent a l'étude de la procedure*, I, Paris 1828, p. 12; *Traité du bénéfice d'inventaire et de l'acceptation des successions, Par M. Bilhard, Avocat a la Cour Royale de Toulouse; Auteur du Traité des Référés, en matière civile et de commerce, ancien directeur de la Tribune Provinciale, Journal de la science du droit et des débats judiciaires. Dédié à M. Blondeau, Officier de la Légion d'Honneur, Doyen de la Faculté de Droit de Paris. Ouvrage spécial, présenté sous des aperçus tout nouveaux, et dans le quel on s'occupe: 1° de l'origine de l'acceptation bénéficiaire; 2° de l'état de l'ancienne jurisprudence sur ce point important de notre droit civil; 3° des personnes qui peuvent invoquer aujourd'hui le bénéfice d'inventaire; 4° des formes de ce genre d'acceptation; 5° du délai pendant le quel elle est reçue; 6° de la gestion à la quelle elle soumet l'héritier; 7° des effets qu'elle produit; 8° de la déchéance qui peut être encourue; 9° de la faculté d'abandonner les biens héréditaires, et 10° des droits d'enregistrement qui s'appliquent à ces divers objets*, Paris, 1838, p. 79; *Le Droit Civil expliqué suivant l'ordre du code. De la Prescription, ou Commentaire du Titre XX, Livre III du code civil; Par M. Troplong, Conseiller a la Cour de Cassation, Ancien Président de la Cour Royale de Nancy. Édition augmentée, en Belgique, de la législation et de la jurisprudence belges et mise en rapport avec les éditions du pays*, Bruxelles, 1846, p. 526; *Traité des Scellés en matière civile, commerciale et criminelle, des inventaires et des prisées. Deuxième édition revue avec soin et augmentée des lois, des circulaires ministérielles et du texte des arrêts. Par M. J.-L. Jay, Auteur du Répertoire général des justices de paix; du Traité de la Compétence judiciaire des juges de paix; Du Formulaire et Manuel de procédure des justices de paix*, Paris 1854, p. 162.

(109) Risalente al 1778 (le altre due edizioni, sempre precedenti alla codificazione, sono del 1780 e del 1787).

(110) Cfr. *La procédure civile du Châtelet de Paris, et de toutes les juridictions ordinaires du royaume, Démontrée par principes, et mise en action par des formules. Nouvelle édition, revue, corrigée et augmentée de plusieurs observations sur l'Edit du mois de juin 1771, concernant les lettres de ratification. Par M. Pigeau, Avocat*, I, Paris 1787, p. 16: «*Le compromise est une convention par laquelle des parties qui sont en procès, ou près d'y entrer, nomment des arbitres pour les juger, et promettent de s'en rapporter à leur décision*».

parti, il discorso di d'Aguesseau *sur l'indépendance de l'avocat* (111), sottolinea che «pour exercer la fonction d'arbitre, beaucoup de sagesse, de pénétration et de prudence, et sur-tout un désir sincère de concilier les parties» e aggiunge che «il est rare qu'avec ces qualités, on ne vienne à bout de les réunir, et de leur faire sentir qu'il vaut mieux faire un sacrifice, que d'essayer les maux qui résultent des procès» (112).

Nella seconda edizione del 1811 della sua *Procédure civile des tribunaux de France* (113), curiosamente non fa riferimento alla già vigente disposizione normativa di cui all'art. 1019, ma, soffermandosi sull'art. 1003 (114), arricchisce la definizione di compromesso come unica fonte dell'*arbitrage*, sulla base di una critica all'editto di Francesco II emanato a Fontainebleau nel 1560 e all'*ordonnance de Moulins* del 1566, comportanti la trasformazione dell'istituto arbitrale da volontario ad obbligatorio e, di conseguenza, la trasformazione dell'arbitro da attore che agisce sulla base di un potere attribuitogli dalle parti a ministro di un ufficio pubblico. Egli infatti dichiara che «les compromis est absolument libre, et l'on ne peut forcer personne à le souscrire. Cette règle est générale, et ne souffre aujourd'hui qu'une exception», ossia nella ipotesi dei contratti di società che, nonostante l'entrata in vigore del *code de procédure civile*, soggiacciono ancora alla disciplina dell'*ordonnance du commerce* di antico regime la quale prescrive (art. 4) la nomina preventiva di arbitri al fine di sanare tempestivamente l'insorgenza di eventuali conflitti societari (115).

Di particolare rilievo sembra anche la posizione assunta dal giurista nel *Commentaire sur le code de procédure civile*, pubblicato dopo nove anni dalla sua scomparsa per opera dell'allievo Poncelet, in quanto non solo sintetizza il pensiero dell'autore sulle singole disposizioni contenute nel codice di rito – ed è forse allo stesso Poncelet che si deve il merito di tale operazione come già per la nuova edizione delle *Notions élémentaires sur le droit civil* del 1804 pubblicata nel 1918,

(111) Cfr. *La procédure civile du Châtelet de Paris, et de toutes les juridictions ordinaires du royaume*, I, cit., p. 24: «oubliez cette ardeur qui vous animoit, lorsqu'il s'agissoit de combattre et non pas de décider du prix; et, quoique votre autorité ne soit fondée que sur un choix purement volontaire, ne croyez pas que votre suffrage soit dû à celui qui vous a choisi; et soyez persuades que votre ministère n'est distinguée de celui des juges».

(112) Cfr. *La procédure civile du Châtelet de Paris, et de toutes les juridictions ordinaires du royaume*, I, cit., p. 25.

(113) La prima apparve tra il 1808 e il 1809, la terza nel 1814, mentre la quarta postuma nel 1824.

(114) Sebbene il legislatore francese avesse riassunto tutte le disposizioni normative sul fenomeno arbitrale nell'ultimo libro del codice sotto il titolo unico «*Des Arbitrages*», poi sintomaticamente tradotto nella versione ufficiale italiana con l'espressione «*Dei Compromessi*», e avesse previsto addirittura, nella norma d'apertura (art. 1013), che «toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition», con l'art. 1019 finisce per imporre all'arbitro di decidere secondo le regole di diritto «à moins que le compromis ne leur donne pouvoir de prononcer comme amiables compositeurs». Una norma quest'ultima che pone e pose all'interprete interrogativi di merito e di coerenza non solo in ragione dell'obbligo di decidere in via rituale secondo le *règles du droit* e solo in via eccezionale secondo poteri, non meglio specificati, attribuibili all'*amiables compositeurs*, ma anche e soprattutto in virtù del fatto preliminare di aver introdotto per la prima volta in un testo di legge, seppur velatamente, la contrapposizione tra arbitro di diritto e amichevole compositore.

(115) Cfr. *La procédure civile des tribunaux de France, démontrée par principes, et mise en action par des formules. Par M. Pigeau, Ancien avocat et professeur de la Faculté de droit de Paris. Édition, corrigée et augmentée*, I, Paris 1811, pp. 18 ss.

anno della morte di Pigeau, con il titolo *Cours élémentaire de Code civil* – ma anche perché riproduce il suo *Projet* di codice. Sul punto, almeno per quanto concerne il contenuto delle disposizioni interessate, al di là della differente numerazione degli articoli, non si riscontrano significative differenze tra le proposte di Pigeau e le norme contenute nel codice, come, del resto, sembra conforme la collocazione della disciplina dell'istituto nell'ultimo libro, sotto il titolo unico «*Des Arbitrages*» (116). Per quanto riguarda il suo commento all'art. 1019, appare molto sintomatica l'interpretazione delle ragioni che hanno spinto il legislatore a distinguere – peraltro in piena conformità al punto di vista e al volere del giurista che nel suo progetto propose lo stesso identico testo normativo – l'arbitro di diritto dall'amichevole compositore: egli ritiene, anche sulla base di quanto sostenuto da Domat, che non si tratti di un involuto sconfessamento della natura negoziale dell'istituto arbitrale ancora percepito come unitario, ma di una sottolineatura della funzione della volontà delle parti che possono preventivamente scegliere nel compromesso se attribuire all'arbitro il potere di pronunciarsi secondo le norme di diritto o secondo l'equità. Si tratta con tutta evidenza di poteri derivanti comunque dalla *volonté de negociabilité* delle parti, *volonté* che, per definizione, escluderebbe l'identificazione del ruolo dell'arbitro a quello del giudice. Peraltro, Pigeau, ancor più sulla base del pensiero del giurista secentesco, ritiene che gli arbitri, vuoi quando astretti alle norme di diritto, vuoi quando liberi dai criteri fissati dal codice e liberi di valutare secondo equità, sono sempre chiamati a sanare la tensione tra le parti attraverso un equilibrato temperamento degli interessi contrapposti, temperamento che lascia presumere non già necessariamente la rigida applicazione della norma giuridica quanto piuttosto un accomodamento degli interessi vantati (117).

Sullo stesso solco di pensiero, nell'ambito della dottrina che si è imbattuta nello studio del codice di rito civile (118), si pongono i lavori di Guillaume Louis Julien Carré che, pur avendo coperto pressappoco la stessa spanna di vita di Pigeau, ne riprende, talvolta citandolo, i contributi.

Al giurista di Rennes si deve, nella sua *Analyse raisonnée et conférences des opinions des commentateurs et des arrêts des cours, sur le code de procédure civile*, la cui prima edizione è del

(116) Cfr. *Commentaire sur le code de procédure civile, par M. Pigeau, Ancien Avocat, et Professeur de la Faculté de Droit de Paris; revu et publié par MM. Poncelet, docteur en droit, professeur suppléant a la Faculté de Droit de Paris, et Lucas-Championnière, avocat a la Cour royale de la meme ville; précède d'une notice historique sur M. Pigeau*, I, Paris 1827, p. CLXIV.

(117) Cfr. *Commentaire sur le code de procédure civile, par M. Pigeau*, II, cit., p. 732.

(118) V. anche *Traité général de l'arbitrage en matière civile et commerciale ou Recueil complet des règles a suivre tant par les parties que par les arbitres. Ce Manuel indispensable contient en outre toutes les Décisions judiciaires intervenues depuis la publication de nos Codes, ainsi que les Formules d'Actes qui sont d'obligation en ces matières, Ouvrage utile à tous les Français, Particulièrement aux Magistrats, aux Avocats, Avoués, Notaires, Huissiers, Propriétaires, Négocians, Fabricaus, Machands, Hommes d'Affaires, par M. Goubeau de la Bilennerie, Président du Tribunal civil de Marennnes, Croisième Edition*, I, Paris 1829, p. 15 ss. Per una ricostruzione della storia legislativa dell'arbitrato, v. *Commentaire sur l'arbitrage volontaire et forcé, par M. Bellot des Minières, Avocat*, I, Paris 1838, p. 7 ss.

1811, la particolare interpretazione della disposizione contenuta nell'art. 1003, in quanto, soffermandosi sulla natura negoziale dell'*arbitrage*, fa un esplicito riferimento al *Titre XV «Des transactions»* del *code civil* del 1804 (119), ribadendo con maggior vigore che i poteri degli arbitri, siano essi di diritto, siano essi *amiables compositeurs*, trovano la loro fonte nella stessa volontà che spingerebbe le parti a transigere onde evitare il giudizio ordinario (120).

Particolare attenzione richiede anche la posizione assunta da Carré in merito all'art. 1019, allorquando, nella sua opera *Lois de la procédure civile et administrative*, la cui prima edizione risale al 1824 (se ne contano almeno altre due postume del 1844 e del 1862, aggiornate da Adolphe Chauveau), dopo essersi soffermato sulla distinzione tra le due figure di arbitro, che ad ogni modo troverebbero nella *ratio* della disposizione normativa in questione «un guide unique et sûr qui ne leur permet pas de s'écarter de la voie qui leur aurait été indiquée par les parties intéressées», riprende la formula di Seneca nota al legislatore (121) per descrivere la facoltà di risolvere la causa arbitrale attraverso una elastica applicazione della legge ed un equo temperamento delle posizioni contrapposte (122).

Per delineare – seppur nella inevitabile tendenza all'approssimazione – un quadro ancor più chiaro o completo sulla natura dei poteri riconosciuti alle due figure d'arbitro, potrebbe tornare utile guardare alle soluzioni offerte dalla giurisprudenza successiva all'entrata in vigore del *code de procédure civile* anche al fine di comprendere quanto e come venisse in concreto applicato ciò che il legislatore aveva voluto disporre con l'art. 1019, a prescindere da qualsivoglia interpretazione letterale della norma, e quanto peso fosse riconosciuto alle argomentazioni dottrinali suindicate.

Un riferimento significativo (123) in tal senso si potrebbe avere dal *Répertoire méthodique et alphabétique de législation de doctrine et de jurisprudence* di Victor-Alexis-Désiré Dalloz che, con

(119) Cfr. *Code Napoleon. Édition originale et seule officielle*, Paris 1807, p. 524 ss.

(120) Cfr. *Analyse raisonnée et conférences des opinions des commentateurs et des arrêts des cours, sur le code de procédure civile, par G. L. J. Carré, Professeur de procédure civile et de droit criminel en la Faculté de droit de Rennes*, II, Rennes 1812, p. 746.

(121) L. A. SENECA, *Opera. Volumen secundum. De Beneficiis Libri VII, recognovit F. Haase*, Lipsiae 1853, p. 40. Si guardi inoltre i *Synonymes Latins, et leurs différentes significations, avec des exemples des synonymes français. Par Feu M. Gardin Dumesnil, Professeur Emérite de Rhétorique en l'Université de Paris, au Collège d'Harcourt, et ancien Principal au Collège de Louis-le-Grand. Troisième Édition, Revue, corrigée et augmentée par M. Jannet*, Paris 1813, p. 62 (la prima edizione è del 1777); ed il *Commentaire sur la loi des Douze Tables, dédié au premier consul; Par le C. Bouchaud, De l'Institut national, l'un des quarante de la Classe d'histoire et de littérature ancienne; Professeur du Droit de la nature et des gens, au Collège national de France; de la Société des observateurs de l'homme; de l'Académie de jurisprudence et d'économie politique, Seconde Édition, Revue, corrigée et considérablement augmentée*, II, Paris 1803, p. 90

(122) Cfr. *Les Lois de la procédure civile, par G.-L.-J. Carré, Ancien doyen de la Faculté de droit de Rennes, Membre de la Légion d'honneur; Ouvrage dans le quel l'auteur a refondu son analyse raisonnée, son traité et ses questions sur la procédure. Nouvelle édition, dans la quelle ont été examinées et discutées: 1° les opinions de Carré; 2° les décisions rendues jusqu'à 1840; 3° les questions prévues par MM. Thomine-Desmazures, Pigeau, Dalloz, Boitard, Boncenne, etc.; par Chauveau Adolphe, professeur a la Faculté de droit de Toulouse, et membre de la Légion d'Honneur*, V, Bruxelles 1844, p. 492.

(123) Non riporto quanto espresso nell'opera di Philippe Antoine Merlin, personaggio molto importante nel panorama politico che ha fatto da sfondo alla preparazione dei codici, tanto che divenne Ministro della Giustizia durante

la collaborazione del fratello Armand, noto per essere l'autore del *Dictionnaire général et raisonné de Législation, de Doctrine et de Jurisprudence*, tra il 1845 ed il 1865 pubblicò l'opera divisa in quarantaquattro volumi. Nella sezione riservata all'*arbitrage* e, più segnatamente, alle pronunce giurisprudenziali sull'art. 1019, viene citato un *arrêt de Cassation* del 30 agosto 1813, in cui è messa in evidenza la «différence entre les arbitres et le juge-public»: mentre il giudice è definito come «celui-ci ne peut appliquer que la loi» e che «ne peut recourir à l'équité qu'au défaut de la loi», l'arbitro «au contraire, peut être dispensé de suivre les règles du droit, soint dans le forme, soit au fond, in quanto assume le vesti, consacrate dal testo di legge, di amichevole compositore. Inoltre, tale arrêt viene a pronunciarsi anche sulla differenza tra l'arbitro e il juge de paix, che, pur essendogli più assimilabile del giudice ordinario perchè è «par sa nature juge de conciliation», ne differisce in quanto non può esercitare le sue funzioni «que dans les limites de sa compétence, et toujours suivant le droit».

L'arbitro, percepito come figura unitaria che può agire, per mandato delle parti, o in conformità alle norme di diritto o libero da esse, differisce dal giudice in quanto privo di «puissance publique» (124) e dunque di iurisdictio in senso proprio (125).

il Direttorio, poi Consigliere di Stato a vita e Procuratore generale imperiale presso la Corte di Cassazione, in quanto il suo *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, benchè pubblicato in Francia per la prima volta nel 1807, riprende i contenuti di un famoso repertorio dell'antico regime, il *Répertoire de jurisprudence* di Guyot, di cui Merlin acquistò i diritti e aggiornò i riferimenti giurisprudenziali senza tuttavia intaccare il corpo centrale dell'opera settecentesca costituito dal diritto romano, dal diritto consuetudinario e dalle pronunce della Cassazione.

(124) Cfr. *Répertoire méthodique et alphabétique de législation de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public; Nouvelle édition, considérablement augmentée et précédée d'un essai sur l'histoire générale du droit français; Par M. D. Dalloz, Député du Jura, Avocat à la Cour royale de Paris, ancien Président de l'Ordre des Avocats aux Conseils du Roi et à la Cour de Cassation, avec la collaboration de M. Armand Dalloz, Avocat à la Cour royale de Paris*, V, Paris 1846, p. 54.

(125) Sulla nozione di giurisdizione nella Francia ottocentesca si rimanda a N. PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano 2007, pp. 147 ss. L'A. peraltro sottolinea che la percezione di una giurisdizione statutale nell'età napoleonica si evidenzia anche dal portato dell'art 1020 del *code de procédure civile* laddove prescrive la necessità dell'ordinanza del presidente del tribunale perchè la pronuncia arbitrale assuma forza esecutiva.