

Cultura giuridica e diritto vivente

Rivista on line del Dipartimento di Giurisprudenza
Università di Urbino Carlo Bo

Saggi



SUL FENOMENO ARBITRALE NELL'ESPERIENZA OLANDESE: DA PROCULO ALLA CORTE PERMANENTE DI ARBITRATO

Darjn Costa

Abstract

[On the Arbitral Phenomenon in the Dutch Experience: from Proculus to the Permanent Court of Arbitration] The contributions of the Roman Law in the field of arbitration are well known, as regards the creation and evolution of doctrinal and legislative bodies of most of the European States. The Elegant Dutch School found interesting solutions with regard to the difference between *arbiter* and *arbitrator* and to the framing of the *transactio*. These theories were based on the principles of the Roman Law which were adapted to the practice and local uses of that period of time. The result was a smart combination of *ius Romanum* and *ius proprium* in order to strengthen relationships. All this was aimed at favouring freedom for the parties and short trials.

Key Words

Arbiter, Arbitration, Dutch Elegant School, Roman-Dutch law, *Transactio*.

Vol. 1 (2014)





Sul fenomeno arbitrale nell'esperienza olandese: da Proculo alla Corte Permanente di Arbitrato

Darjn Costa*

1. L'arbitrato: radici romanistiche nella comune esperienza europea

Sono ben noti gli apporti forniti dal diritto romano alla costruzione degli orditi dottrinali e legislativi di larga parte degli stati europei, con notevoli influenze anche in ambito transcontinentale. È sempre più attuale l'esigenza di rinvenire i fondamenti comuni del diritto europeo, viste le numerose iniziative da parte dell'Unione rivolte alla realizzazione di un unico *corpus* normativo¹, riguardo soprattutto agli sviluppi a cui i diversi ordinamenti sono pervenuti (talora con risultati omogenei) circa fenomeni che ne hanno coinvolto unitariamente i tessuti sociali e legislativi. Uno di tali fenomeni, forse il più antico, ma sicuramente uno tra i più discussi e controversi, è quello della risoluzione delle controversie tra privati ricorrendo ad un terzo loro pari, rifuggendo dagli organi di giurisdizione statale: il ricorso all'arbitrato. Tale costume (o meglio atavica propensione) trova probabilmente le proprie origini, ma sicuramente il proprio sviluppo, in seno alle controversie nate in ambito mercantile, già in epoca romana². È proprio nell'ambito dei

* Darjn Costa è dottore in Giurisprudenza, Università degli Studi di Urbino Carlo Bo.

¹ Si ricordi il progetto di Costituzione Europea (*rectius* Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa) firmato dagli allora rappresentanti di 25 Paesi membri, il 29 ottobre del 2004 a Roma, e definitivamente abbandonato nel 2007 a seguito dell'esito negativo dei referendum di ratifica svoltisi in Francia e Olanda nel 2005. Sul punto si vedano tra gli altri L. Daniele, *Diritto dell'Unione Europea. Sistema istituzionale, ordinamento, tutela giurisdizionale, competenze*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 150; S. Gambino, *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, costituzioni nazionali, diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2006, *passim* ed *infra* A. Mazzitelli, *Costituzione europea e procedure referendarie di ratifica. Problemi aperti*, p. 687 ss.; F. Sucameli, *L'Europa e il dilemma della costituzione. Norme, strategie e crisi del processo di integrazione*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 233 ss.

² Va però ricordato come già nella cultura greca si rinviene un favore nei confronti dell'arbitrato rispetto al giudizio ordinario. Nel dialogo XI (§ 65) de *Le leggi*, Platone riferisce quali siano le due regole da osservare nei contratti privati: dare a ciascuno il suo e non offendere gli altri. Qualora fossero sorte delle controversie inerenti il possesso dei beni, o il comportamento di uno schiavo affrancato, Platone afferma che: «i processi per questi fatti siano di competenza dei tribunali e delle tribù, a meno che le parti non pongano fine alle imputazioni reciproche presso dei vicini o dei giudici da loro scelti»; nello stesso dialogo in relazione ai patti, viene specificato che: «per tutte le cose che uno concordi di realizzare che non faccia secondo gli accordi, eccetto quelle che le leggi o un decreto impediscano, o che egli concordi costretto da una qualche ingiusta necessità, e qualora uno sia impedito suo malgrado da un inatteso evento fortuito, per gli altri casi di accordo non mantenuto vi siano processi nei tribunali delle tribù, se non può esserci prima una riconciliazione presso arbitri o vicini». Secondo Aristotele è meglio «... preferire un arbitrato piuttosto che una lite in tribunale, infatti l'arbitro bada all'equità, il giudice alla legge; e l'arbitrato è stato inventato proprio per questo, per dar forza all'equità» (Aristotele, *Rhetorica*, 1.13.13). Seneca sostiene che l'arbitro, a differenza del giudice, può decidere, secondoché gli detta coscienza, umanità e misericordia², e non solo *prout lex aut iustitia* (Seneca, *De beneficiis*, 3.7.5). Non è pertanto inverosimile ritenere che il popolo romano

rapporti commerciali tra genti di diversa origine, infatti, che le pratiche arbitrali trovano la propria genesi³. A tutt'oggi la procedura applicata in casi di controversie internazionali, in ambito commerciale, rispecchia la tutela già predisposta dal diritto romano in ordine a rapporti litigiosi nei quali almeno una delle parti fosse stata uno straniero: «stabiliti i criteri in base ai quali impostare la controversia facendo riferimento al diritto romano, a quello straniero, o più genericamente all'equità e al rispetto della buona fede⁴ veniva insediato un collegio arbitrale di *reciperatores*, composto da persone di entrambe le comunità e presieduto da un cittadino di uno stato terzo. Il loro compito era quello di “recuperare” quanto dovuto a vantaggio degli aventi diritto»⁵.

Le ragioni di un'analisi incentrata sul fenomeno arbitrale nell'esperienza olandese sono molteplici, ed insite non soltanto nell'essere oggi l'Olanda un importante centro di europeizzazione (data la presenza di numerosi organi istituzionali dell'Unione Europea, oltre che già luogo di firma del Trattato di Maastricht che a tale Unione ha dato i natali), ma soprattutto nell'importante ruolo che tale paese oggi ricopre in campo arbitrale europeo ed extra europeo, essendo sede della Corte Permanente d'Arbitrato (ente di deferimento di gran parte delle richieste di risoluzione delle controversie sottoposte ad arbitrato internazionale), e negli apporti che la dottrina olandese ha fornito riguardo ad un aspetto cruciale del fenomeno arbitrale sin dai primi riconoscimenti dello stesso ad opera del diritto romano: la distinzione tra arbitrato ed arbitraggio (e figure affini), indi tra *arbiter* ed *arbitrator*.

L'evoluzione dell'arbitrato in Olanda si presenta singolarmente interessante, giacché essa risentì dell'influenza del diritto romano ma giungendo, a causa delle vicende storiche e dei contributi della Scuola Elegante Olandese, a soluzioni innovative rispetto al panorama italiano (fortemente influenzato dalle interpretazioni sul punto da parte di Glossatori e Commentatori), ma a cui il nostro moderno legislatore ha voluto avvicinarsi⁶.

(da sempre in contatto con la cultura ellenica, viste le colonie di questa presenti in territorio italico ed i frequenti rapporti commerciali tra le due popolazioni) abbia preso ad esempio pratiche già attuate dal popolo greco, dato che come ci riferisce Sallustio «*Maiores nostra quod ubique apud socios aut hostis idoneum videbatur, cum summo studio domi exsequebantur; imitari quam invidere bonis malebant*» (Sallustio, *Catil.* 51.37-38 nell'orazione di Cesare).

³ Secondo il Marotta già prima della *procedura per formulas*, dispute e dissensi insorgenti dalle attività commerciali concentrate a Roma dovevano essere composte o mediate sulla base di sistemi di tipo arbitrale (V. Marotta, *Tutela dello scambio e commerci mediterranei in età arcaica e repubblicana*, in *Ostraka – Rivista di antichità*, n. 5/2006, pp. 63-138, cit. p. 89). Sul fenomeno arbitrale in epoca romana: G. Brogginì, *Iudex Arbitræ. Prologomena zum Officium des römischen Privatrichters*, Böhlau, Köln-Graz, 1957; G. Crifò, *Arbitrato – Diritto Romano*, in *ED*, vol. II Ali-Are, Giuffrè, Milano, 1958, p. 893; G. I. Luzzatto, *Procedura civile romana*, Zuffi, Bologna, 1946, p. 219 ss.; M. Marrone, *Sull'arbitrato privato nell'esperienza giuridica romana*, in *Riv. arbitrato*, n. 1/1996, e su http://www.unipa.it/dipstdir/pub/marrone/arbitrato_privato.htm; G. Scherillo, *La legis actio per iudicis arbitrive postulationem e le origini del processo formulare*, in *Iura*, vol. XX, Jovene, Napoli, 1969 (secondo il quale l'arbitrato fu per giudicare su questioni di cui il diritto non si occupava o che investivano genti straniere alle quali il diritto romano non poteva applicarsi); M. Talamanca, *L'arbitrato romano dai 'veteres' a Giustiniano*, in *Labeo*, vol. XX, 1974, Jovene, Napoli, pp. 83-104; L. Wenger, *Istituzioni di procedura civile romana*, traduzione italiana di R. Orestano Giuffrè, Milano, 1938; M. Wlassak, *Römische Prozessgesetze: Ein Beitrag zur geschichte des Formularverfahrens*, Verlag Von Duncker & Humblot, Leipzig, 1888.

⁴ Requisiti oggi necessari all'omologazione del lodo arbitrale.

⁵ Cit. G. Giliberti, *Elementi di Storia del Diritto Romano*, terza edizione, Giappichelli, Torino, 2001, p. 161. Per Marotta «un dato, in grado di avvalorare l'esistenza di prassi arbitrali tra *cives* e *peregrini*, emerge dall'esame dell'istituto della *reciperatio*» (V. Marotta, *ult. op. cit.* p. 92).

⁶ V. *infra*, p. 9, nt. 45.

2. La Scuola Elegante Olandese e la distinzione tra *arbiter* e *arbitrator*

Nel XIX secolo il diritto europeo non vide un drastico abbandono della tradizione romanistica, quanto piuttosto una frammentazione dello *ius civile*, i cui primi segni furono già tangibili in periodo di *usus modernus Pandectarum* nei secoli XVII e XVIII, quando si cominciò a discutere non più di diritto romano *strictu sensu*, ma di diritto Romano-Scozzese, Romano-Sassone, Romano-Olandese⁷. In età di diritto comune gli studi della dottrina olandese affrontarono, tra l'altro, le problematiche inerenti al fenomeno dell'arbitrato, apportando preziosissimi contributi e concentrandosi sull'individuazione di caratteri tali da poter demarcare una linea di distinzione tra la figura dell'*arbiter* e quella dell'*arbitrator*. *Punctum dolens* fu il conferire valido riconoscimento ad una figura che potesse dirimere le controversie tra privati con modalità distinte rispetto al "giudizio" (spettante agli organi pubblici detentori del potere giurisdizionale) ed al "*compromissum*" (da cui l'arbitro riceve il proprio potere e riconoscimento ad iniziativa delle parti in contesa)⁸. La disputa intorno a tale terza figura, l'*arbitrator*, nacque dal tentativo di chiarire il rapporto tra la *potestas iurisdictionis* del giudice e la natura contrattuale dei poteri all'*arbiter* derivanti dal *compromissum*, stipulato dalle parti in contenzioso. La necessità fu quella di consentire all'*arbitrator* di poter disporre della *iurisdictio* necessaria a giudicare; vi era pertanto, a tal fine, bisogno di una normativa *ad hoc* che riconoscesse tale terza figura ed i poteri a lui spettanti. Motivo, questo, che diede vita ad una rielaborazione sistematica delle fonti di diritto romano, secondo gli usi e le prassi locali del tempo⁹, all'interno dell'alveo giuridico culturale predisposto dagli esponenti della Scuola Elegante Olandese¹⁰.

⁷ Si veda a proposito R. Zimmermann, *Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today*, vol. I, Oxford University Press, Oxford, 2001.

⁸ Cfr. G. Ferri, *La costruzione teorica dei poteri dell'arbitro nell'età moderna*, in *Historia et Ius*, n. 2/2012, su <http://www.historiaetius.eu/uploads/5/9/4/8/5948821/ferri2.pdf>, § 5, p. 23.

⁹ Per un'analisi della dottrina olandese si veda C. J. J. Van der Bergh, *Die holländische elegante Schule: Ein Beitrag zur Geschichte von Humanismus und Rechtswissenschaft in den Niederlanden 1500–1800*, Klostermann, Frankfurt, 2002; C. Bergfeld, *Staat und Gesetz, Naturrecht und Vertrag bei Grotius und Heineccius* in J. F. Kervégan - H. Mohnhaupt, *Gesellschaftliche Freiheit und vertragliche Bindung in Rechtsgeschichte und Philosophie: zweites deutsch-französisches Symposium vom 12. bis 15. März 1997*, in *der Herzog August Bibliothek Wolfenbüttel*, Klostermann, Frankfurt, 1999, pp. 95-119; E. J. H. Schrage, *La scuola elegante olandese*, in *Studi Senesi*, vol. CIV, III serie, XLI, fascicolo 3, 1992, Il Leccio, Siena, pp. 534-547. Anche in G. Ferri, *ult. op. cit.*, p. 23.

¹⁰ Non esiste una definizione univoca di Scuola Elegante. Si tratta di un'espressione tradizionalmente riferita a quella larga parte della riflessione giurisprudenziale romano-olandese del XVII-XVIII secolo che nutrì spiccati interessi umanistici. Essa intendeva ritornare al diritto pre-giustiniano, non rifuggendo dal recupero dei diritti greci e dalla contestualizzazione delle norme romane nei differenti periodi storici in cui vennero introdotte. Nello stesso tempo, molti avevano ben chiara la funzione professionalizzante degli studi romanistici. Per questo, esigevano una riforma dell'insegnamento nelle facoltà giuridiche, che continuasse a fare appello alla storia, alla filosofia e alla retorica, al pari dell'umanesimo giuridico francese, ma che non respingesse l'uso di manuali di diritto romano con ampi ragguagli di diritto vigente. In particolare, Huber ammoniva che lo studio del diritto romano doveva seguire una via mediana fra un'impostazione inutilmente antiquaria e la rinuncia ad una vasta formazione umanistica del futuro giurista. In merito alle polemiche sui manuali e sulla riforma dell'insegnamento giuridico, cfr. M. Hewett, *Introduction a Ulrich Huber (1636-1694) De Ratione Juris docendi & discendi diatribe*, Gerard Noodt Instituut, Nijmegen, 2010 (tesi dottorale), p. 73 ss. Sul punto Schrage riferisce che «nei campi dei problemi studiati questi giuristi si sono serviti dei metodi filologici e storici, che erano sconosciuti ai Glossatori e ai Postglossatori. Per i giuristi della Scuola Elegante Olandese la dimensione storica del testo studiato ha un valore specifico, perché mette meglio in rilievo il vero significato del testo. Per loro la vera comprensione

È indubbio che prima di ogni analisi, circa le considerazioni avanzate dagli esponenti della Scuola Elegante in materia, è d'uopo ricordare che la prima teoria distintiva, tra *arbiter* e *arbitrator*, fu quella proposta da Ugo Grozio¹¹ il quale, sulla base di quanto già asserito da Proculo¹², affermava che:

Arbitratorum Proculus nos docet, duo esse genera: unum ejusmodi, ut sive aequum, sive iniquum parere debeamus; quod observatur, ait cum ex compromisso ad arbitrum itum est: alterum ejusmodi, ut ad boni viri arbitrium redigi debeat ... Illud tamen verum manet trovi modo arbitrum sumi posse, aut ut conciliatores tantum ...

È sul notissimo passo proculiano, infatti, che parte della dottrina ha ritenuto di ravvisare la presunta differenziazione tra arbitrato e arbitraggio¹³:

Societatem mecum coisti ea condicione, ut nerva amicus communis partes societatis constitueret: nerva constituit, ut tu ex triente socius esses, ego ex besse: quaeris, utrum ratum id iure societatis sit an nibilo minus ex aequis partibus socii simus. existimo autem melius te quaesitum fuisse, utrum ex his partibus socii essemus quas is constitueret, an ex his quas virum bonum constituere oportuisset. arbitratorum enim genera sunt duo, unum ejusmodi, ut sive aequum sit sive iniquum, parere debeamus (quod observatur, cum ex compromisso ad arbitrum itum est), alterum ejusmodi,

è il fine ultimo della scienza e serve la pratica giuridica. Chi comprende meglio, sarà un giurista migliore e servirà meglio i bisogni della società in cui vive. Sotto questo aspetto gli aderenti alla Scuola Elegante Olandese non sono sostanzialmente diversi, né dai giuristi che si chiamano Bartolisti, né dai giuristi dell'*usus modernus Pandectarum*, né dai giuristi in generale» (cit. E. J. H. Schrage, *ult. op. cit.*, pp. 546-547). Secondo Van den Bergh, infatti, gli aderenti alla Scuola Elegante Olandese hanno affinato lo strumento dei giuristi, ed il loro scopo è analogo a quello dei Bartolisti, ossia comprendere il testo autoritativo del *Corpus Iuris civilis* (cfr. C. J. J. van den Bergh, *The Life and Work of Gerard Noodt (1647-1725) Dutch Legal Scholarship Between Humanism and Enlightenment*, Clarendon Press, Oxford, 1988; nell'opera l'Autore accentua la continuità storica fra Bartolisti, umanisti ed aderenti alla Scuola Elegante Olandese). Riguardo all'atteggiamento dei Glossatori (che dell'istituto dell'arbitrato formarono l'intelaiatura su cui operò l'esperienza giuridica successiva, con nuovi e determinanti apporti sino all'Illuminismo e alle soglie delle codificazioni) «è comprensibile che le attività di giustizia privata apparissero contrastanti con l'esigenza di trovare uno statuto unico e certo contro la varietà ed estrema frammentazione dei centri e dei punti di riferimento normativi: le forme arbitrali, potenzialmente libere, non incontravano il favore di chi era teso ad affermare la centralità ed il valore esclusivo del *Corpus Iuris* quale sede e fonte di ogni diritto» (cit. L. Martone, *Arbiter – Arbitrator, Forme di giustizia privata nell'età del diritto comune*, Jovene, Napoli, 1984, p. XII-XIV).

¹¹ Hugonis Grotii, *De jure belli ac pacis*, Janssonio-Wasbergios & Wetstenios, Amstelaedami, 1704, vol. III, cap. XX, § XLVI, p. 253.

¹² D. 17.2.76 (Proc. 5 *ad epist.*).

¹³ Il brano viene inteso da dottrina moderna in tal senso: «... infatti gli arbitrati sono di due generi, l'uno è tale che, sia equo ovvero iniquo, dobbiamo attenerci ad esso (così si procede quando si passa da un compromesso ad un arbitrato), l'altro è tale che ci si debba (possa anche) rivolgere ad un altro arbitro bonus vir, anche se è stato stabilito il nome, di chi sarebbe chiamato all'arbitraggio» (cfr. A. M., Giomaro, *Nuovi percorsi guidati 1 – Problematiche contrattuali*, Aras, Fano, 2012, p. 181); secondo G. Bugliani (*Arbitrato ed arbitraggio nel diritto romano classico tra diritto ed equità*, in *Riv. arbitrato*, n. 3/2007, p. 379, nt. 5) al termine *arbitratorum* deve preferirsi quello di *arbitr(i)orum*, secondo un'opinione risalente all'edizione di Holoander. Tale corrente maggioritaria afferma che il frammento (l'arbitrato societario di *Nerva*) sia riferito alla distinzione che *Proculo* intende fare circa l'arbitrato e l'arbitraggio, secondo cui ne deriverebbe che all'*arbitrium merum* (arbitrato, secondo *compromissum*) si debba sottostare sia che la decisione prodotta dal terzo sia equa che iniqua, ed invece all'*arbitrium boni viri* (basato sull'equità, sulla qualità di *vir bonus* del terzo scelto dalle parti) possa anche non obbedirsi in caso di decisione iniqua, quindi ricorrendo a nuovo arbitraggio (cfr. G. Triani, *Nota sull'arbitrium boni viri*, in *Studi Serafini*, Firenze, 1892, pp. 165 ss.; M. Talamanca, *Ricerche in tema di compromissum*, Giuffrè, Milano, 1958, p. 24, nt. 58).

ut ad boni viri arbitrium redigi debeat, etsi nominatim persona sit comprehensa, cuius arbitratu fiat.

La *quaestio* trae origine (così ci viene riferito da Gaio nelle sue *Institutiones*) dalla discussione tra Proculiani e Sabiniani, circa la possibilità o meno di deferire ad un terzo la valutazione del prezzo della compravendita (Gai, *Inst.* 3.140¹⁴) e la mercede nella locazione (3.143¹⁵); ammesse entrambe dalla scuola proculiana e negate da quella sabiniana.

Giustiniano risolse la controversia con una Costituzione nel 531 d.C., stabilendo la validità della stima del terzo «*quanti ille aestimaverit*», l'inoppugnabilità della stessa («*omnimodo secundum eius aestimationem et pretia persolvi et venditionem ad effectum pervenire*»), la nullità della vendita allorquando l'«arbitratore» «*vel non voluerit vel non potuerit pretium definire*», ed infine disponendo la sospensione del negozio alla condizione della determinazione da parte del terzo¹⁶. Non è chiaro quanto tale costrutto dogmatico derivi dalla impostazione proculiana piuttosto che dalla commissione giustiniana.

Ulrich Huber, seguendo una linea già tracciata da Ugo Grozio, definì così il *compromissum*, facendone derivare i poteri dell'arbitro:

Nihil est aliud, quam proximum reciprocum, quo utraque pars libero consensu promittit, servaturos se quod arbiter constituerit,¹⁷

attribuendo in tal guisa, sulla base della costruzione dell'istituto *de quo* ad opera del diritto romano¹⁸, il riconoscimento alla parte vittoriosa della legittimazione attiva per inadempimento, rinvenendone la causa legittimante nella *stipulatio* convenuta tra le parti, nel giuramento prestato per la conclusione del *compromissum*, nella sottoscrizione del lodo arbitrale di entrambe le parti, ovvero nella mancata contestazione di quest'ultimo nel termine di dieci giorni¹⁹. Tali poteri spettanti all'arbitro dovevano essere esercitati nei limiti e nei tempi in esso stabiliti dalle parti:

*Quod ad effectum arbitratorium attinet, primum oportet, ejusmodi esse arbitri sententiam, ut si conformis compromisso, a quo omnis eorum potestas pende*²⁰.

¹⁴ Gai, *Inst.*, 3.140: «*Pretium autem certum esse debet. nam alioquin si ita inter nos convenerit, ut quanti Titius rem aestimaverit, tanti sit empta, Labeo negavit ullam vim hoc negotium habere; cuius opinionem Cassius probat. Ofilius et eam emptionem et venditionem esse putavit; cuius opinionem Proculus secutus est.*»

¹⁵ Gai, *Inst.*, 3.143: «*Unde si alieno arbitrio merces permessa sit, velut quanti Titius aestimaverit, quaeritur, an locatio et conductio contrahatur. qua de causa si fulloni polienda curandave, sarcinatori sarcienda vestimenta dederim nulla statim mercede constituta, postea tantum daturus, quanti inter nos convenerit, quaeritur, an locatio et conductio contrahatur.*»

¹⁶ Così F. Bonifacio, *Arbitro e Arbitratore – Diritto romano*, in *NNDI*, vol. I², AQ-AY, pp. 925-928, Utet, Torino, 1957, p. 927.

¹⁷ U. Huberi, *Praelectionum juris civilis*, tom. II, lib. IV, tit. VIII, *De Receptis, qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant*, Josephi et Joannis Roland, Neapoli, 1784, par. 2, p. 186.

¹⁸ Cfr. G. Ferri, *ult. op. cit.*, p. 24.

¹⁹ «*Quae jusjurandum ab arbitris exigendum prohibere videtur. Sed ex 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 arbitrorum quorundam, et contempta jurisjurandi, e vulgari et tralatitio instituto haec esse videtur, quod vel perjurium foret necessarium, vel sententia arbitri inevitabilis, quod natura compromissi, et publicae judiciorum auctoritati, adversum esse videtur. Pactum nudum heic adhibitum vires suas non excedit, quas alioqui semper habet, ut exceptionem nihilque ulterius, pariat; dein stipulatio concipiatur ad pactum illud confirmandum.*» Cit. U. Huberi, *Praelectionum juris civilis*, tom. II, lib. IV, tit. VIII, Jo. Friderici Gleditschii B. Filii, Lipsiae, 1735, par. 2, pp. 695-696; U. Huberi, *Praelectionum juris civilis*, Josephi et Joannis Roland, Neapoli, 1784, p. 186.

²⁰ *Ivi*, cit. p. 187.

Alla teoria dello Huber fece seguito²¹ quella di Johan Voet²², riproponendo una distinzione delle due figure²³, di *arbiter* e di *arbitrator*²⁴, basata sul compromesso ad opera delle parti:

Est vero arbiter, qui compromisso partium electus est ut lites dirimat; diversus ab arbitratoribus, nomine quidem in jure nostro ignotis, re ipsa notis; quippe qui absque ullâ judicii formâ ex æquo & bono lites componere suo consilio suâque auctoritate²⁵ allaborant²⁶.

A tal proposito il Ferri²⁷ sostiene che lo stesso Voet «riprese la distinzione medievale tra *arbiter* e *arbitrator*, pur riconoscendone l'estraneità dal diritto olandese».

Bisogna, invero, dar specificità a tale affermazione. Secondo quanto riportato dal passo testé menzionato²⁸ viene sì detto che «*arbitroribus, nomine quidem in jure nostro ignotis*» ma «*re ipsa notis*»; trattasi quindi di una realtà, quella degli arbitratori «ignota di nome, sebbene nota di fatto nel diritto olandese²⁹». Proseguendo infatti nella lettura del passo si legge «*quippe qui absque ullâ judicii formâ ex æquo & bono lites componere suo consilio suâque auctoritate allaborant*»; «oppure conducono a buon fine le convenzioni ed altre cose, intervenendo nei contratti, nelle doti ed in altri casi ove occorra l'arbitramento *boni viri*, ossia di persona proba, per definire i prezzi delle cose, le mercedi dell'uso o delle opere, le parti del guadagno o della perdita fra soci, la quantità delle doti da darsi e simili cose»³⁰.

Il Voet conclude con quella che può dirsi la chiarificatoria definizione, e precipua distinzione, tra *arbiter* ed *arbitrator*, secondo la dottrina del tempo, «daonde la natura dell'affare assuntosi e dalla formola stessa con cui viene costituito, deesi distinguere se

²¹ È possibile che dubbi riguardo al costruito teorico dello Huber furono avanzati dalla stessa dottrina olandese di fine secolo, più attenta all'analisi storica e filologica delle fonti dello *ius commune* e precipuamente di quelle romane. Sui mutamenti della dottrina olandese di fine 1600 si veda M. Caravale, *Storia del diritto nell'Europa moderna e contemporanea*, Laterza, Roma, 2012.

²² Professore di quella che fu la prima cattedra di *ius hodiernum*.

²³ Cfr. G. Ferri, *ult. op. cit.*, p. 24.

²⁴ J. Voet, *Commentarius ad Pandectas*, tom. I, lib. IV, tit. VIII, Johannem Verbessel, Lugduni Batavorum, 1698, p. 290.

²⁵ Nella versione del 1829 vi compare il termine "*auctoritate*" al posto di "*autoritate*" come invece risulta dai testi delle edizioni del 1698, 1776 e 1778.

²⁶ J. Voet, *ult. op. cit.*, cit. p. 290, § 2.

²⁷ G. Ferri, *ult. op. cit.*, p. 24.

²⁸ È citato dal Ferri stesso in *ult. op. cit.*, p. 24.

²⁹ J. Voet, *Commento alle Pandette*, vol. I, Bazzarini, Venezia, 1837, p. 812.

³⁰ J. Voet, *ult. op. cit.*, p. 812. Si ritiene sia da richiamare all'attenzione la nota del traduttore, riguardo al commento citato ed in particolare in riferimento agli arbitratori, ove si legge «Quelli appunto che a un dipresso noi usiamo sotto il nome di arbitri». Tale avvertimento dell'Autore è indice di quella che è l'influenza del momento storico e legislativo, nello studio di chi si appresta ad analizzare il fenomeno arbitrale nei suoi caratteri distintivi tra arbitrato ed arbitraggio. Non di rado, infatti, ci si imbatte in differenze terminologiche, causa di non poco appannamento nel lettore moderno, in testi del passato che, pur appartenenti al medesimo panorama legislativo, sono frutto di considerazioni avanzate da autori vissuti in epoche diverse, ed ovviamente influenzati dal sistema normativo vigente in materia processuale e arbitrale. Come infatti rileva il Martone «si è indagato intorno alle figure di *arbiter* e di *arbitrator* con un metro estraneo ai momenti determinati della storia sociale ed economica nei quali queste attività vennero manifestandosi nell'età del diritto comune. In effetti, per definire queste due figure giuridiche, e le corrispondenti distinte facoltà – *in iure* ed *in procedendo* – per la risoluzione delle controversie loro affidate, sono stati utilizzati elementi eterogenei presi in modo indiscriminato dalle opere di Tancredi, Bartolo, Paolo di Castro e successivamente collegati in maniera unitaria» (cit. L. Martone, *Arbiter – arbitrator. Forme di giustizia privata nell'età del diritto comune*, Jovene, Napoli, 1984, p. 16).

sia un arbitro o piuttosto un arbitratore»³¹, con chiaro riferimento all' "affare" da cui se ne conviene la comune radice privatistica (secondo il Voet) delle due figure in esame.

Difatti il Voet, proprio a conferma di quanto esposto afferma che «secondo il Gius nuovo, comechè non nasca l'azione e la eccezione della cosa giudicata, non essendovi stato giudizio propriamente detto; nulladimeno è data l'azione e la eccezione *in factum* per la sentenza dell'arbitro dalle parti approvata o con la sottoscrizione o col silenzio dei 10 giorni: della quale azione ed eccezione l'oggetto è che venga la sentenza posta ad esecuzione non già dall'arbitro, non avendo egli giurisdizione e quindi minima potestà di eseguire il giudicato, ma dal giudice competente al reo: cosa che trovasi stabilita anche prima riguardo agli arbitramenti de' Giudei»³². Il Ferri sostiene che il Voet giunge a tale distinzione³³ operando una forzatura delle fonti medievali³⁴, in quanto la differenza tra le due figure per cui

sic ut, an arbiter quis, an magis arbitrator sit, ex negotii suscepti natura atque ipsa constitutionis formula dijudicandum sit,

dunque entrambe scelte per volontà delle parti, stava nell'essere l'*arbiter*, individuato attraverso compromesso, titolare di un potere avvicabile alla *iurisdictio* del giudice, e l'*arbitrator* un mero compositore della lite³⁵. Così facendo, invero, veniva presa a prestito e riproposta una distinzione già operata dagli studiosi del medioevo, ma adattandola a quelle che erano le esigenze del tempo, di una società socio-giuridica del tutto permeata da principi e atti di natura mercantile, per cui l'esigenza primaria era la risoluzione delle controversie nascenti da tali rapporti, in tempi e modalità più celeri e meno invasive rispetto alla giurisdizione ordinaria; non potevasi, allo stesso tempo, mettere in discussione la primazia del pubblico potere giurisdizionale, onde il comune inquadramento delle due tipologie di risoluzione privata (arbitrato e arbitraggio) entro un comune ambito privatistico.

L'Olanda, comunque, non si fermò alla mera teorizzazione delle figure arbitrali, mostrando nel concreto una propensione alle forme di risoluzione privata delle controversie.

Sappiamo, infatti, come una delle più recenti espressioni "di fuga" dal processo giurisdizionale verso metodi alternativi di risoluzione delle controversie private, a cui si diede ufficiale riconoscimento, fu quella della Camera di Commercio di New York,

³¹ J. Voet, *ult. op. cit., ibidem*.

³² *Ivi*, p. 832. Sin dagli albori la comunità giudaica ricorse all'arbitrato, e se ne trova traccia persino nel libro della *Genesi* nell'Antico Testamento della Bibbia. Giacobbe, irritato per la perquisizione che gli aveva fatto Labano a cagione degli idoli trafugati da *Rachele* all'insaputa di tutti, rimproverò aspramente Labano e gli disse: «Se nelle cose mie ne hai trovata alcuna che sia tua, sottoponi le tue denunce al giudizio dei tuoi fratelli e dei miei, affinché loro decidano fra te e me» («pone hanc coram meis et fratribus tuis et iudicent inter nos») (Antico Testamento, *Genesi*, 31.37). Mosè era inoltre l'arbitro scelto a dirimere le controversie sorte tra capi di famiglie: «cumque acciderit eis aliqua disceptatio, veniant ad me, ut iudicem inter eos» (Antico Testamento, *Esodo*, 18.16). Cfr. P. S. Mancini, *Arbitramento*, in *EGI*, vol. I, parte III, Società Editrice Libreria, Milano, 1893, p. 576.

³³ J. Voet, *Commentarius ad Pandectas*, tom. I, lib. IV, tit. VIII, Johannem Verbessel, Lugduni Batavorum, 1698, p. 290.

³⁴ Secondo cui l'*arbiter* doveva giudicare *de iure* e procedere nel suo giudizio "*secundum iudiciorum ordinem*" (pertanto osservando o principi di diritto sostanziale e di rito come se si trattasse di giudizio pubblico), e l'*arbitrator*, invece, giudicare *ex bono et aequo* (secondo principi di equità) e senza osservanza alcuna delle formalità proprie del giudizio ordinario. Cfr. V. Piano Mortari, *Arbitrato – Diritto intermedio*, in *ED*, vol. II Ali-Are, pp. 895-899, Giuffrè, Milano, p. 897.

³⁵ J. Voet, *ult. op. cit.*, ed. 1693, *ibidem*; ed. 1769, cit. p. 230; così pure G. Noodt, *Commentaria ad Lib. IV, Tit. VIII*, in *Oper Omnia*, Fratelli Terrese, Napoli, 1786, pp. 161-169.

quando nel 1786 si decise di instaurare un tribunale arbitrale, cui erano riservate, per gran parte, le controversie mercantili. Tale creazione avvenne dietro la spinta dei coloni olandesi, i quali predilessero la forma arbitrale, in luogo della forma giurisdizionale tipica, per la sua rapidità ed i bassi costi³⁶.

Lo Schizzerotto, procedendo nell'analisi, prima della riforma, riguardo all'arbitrato nell'ordinamento italiano, fa cenno alla pratica "irrituale" attuata nell'ordinamento olandese, definendo il fenomeno come «un notevole esempio³⁷ di arbitrato improprio³⁸».

La riforma a cui ci riferiamo è quella avutasi in ambito Italiano con il D.Lgs. 40/2006, ma si consideri che al tempo in cui l'Autore procedeva alla sua analisi non vi era stata neppure la riforma olandese con l'*Arbitration Act* del 1986. Prima del 1986, infatti, questioni riguardanti importanti ambiti civili³⁹ erano devolute, secondo espressa previsione legislativa, soltanto a *binded advies* (pareri vincolanti⁴⁰), attraverso il conferimento attuato per mezzo di sola clausola compromissoria e non di compromesso⁴¹. L'arbitrato olandese è definito dall'Autore come una sorta di *arbitrium merum*, con la particolarità del necessario esame da parte del tribunale affinché la pronuncia acquisti efficacia; in ciò si rinviene il *trait d'union* con quello improprio italiano⁴².

Con l'anzidetta riforma, il legislatore olandese ha allargato il campo delle controversie suscettibili di compromettibilità ad arbitrato ritualizzato, operando in tal modo una scelta «conforme ad un sempre più diffuso orientamento volto a ricomprendere nella nozione di arbitrato ogni forma d'intervento di un terzo diretta a risolvere i conflitti intercorrenti tra le parti di un contratto, a prescindere dal fatto che si tratti della decisione di una controversia giuridica, della eliminazione di incertezza in ordine ad un elemento costitutivo del contratto o finanche della mera integrazione di un negozio»⁴³.

Rispetto alle considerazioni dello Schizzerotto, infatti, la situazione olandese è andata incontro a taluni cambiamenti, prevedendo anche forme più o meno "ritualizzate" di arbitrato, ma non stravolgendo la natura sostanzialmente volontaristica

³⁶ T. E. Frosini, *Un diverso paradigma di giustizia: le "Alternative Dispute Resolution"*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, vol. I, il Mulino, Bologna, 2011, *passim*.

³⁷ G. Schizzerotto, *Arbitrato irrituale e Arbitraggio*, Giuffrè, Milano, 1963, cit. p. 5.

³⁸ Arbitrato improprio così come inteso nella dottrina italiana ai tempi in cui procede alla disamina lo Schizzerotto (1963), ossia della normativa prima della riforma del 2006.

³⁹ Qualità e/o condizioni della merce compravenduta, determinazione del *quantum* del danno da risarcire, determinazione dell'ammontare di un debito, o concernenti determinazione dell'oggetto del contratto e modifica delle condizioni contrattuali. M. Marinelli, *La natura dell'arbitrato irrituale. Profili comparatistici e processuali*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 39 nt. 78.

⁴⁰ Nella procedura olandese, a seguito di una decisione della Suprema Corte Olandese del 1924 (a vent'anni dalla sentenza di legittimità italiana della Cass. Torino, 27 dicembre 1904, in cui, in un clima fortemente statocentrico, si riproponeva la differenziazione tra arbitrato e arbitraggio, v. *infra*, p. 9 nt. 45) viene riconosciuto da dottrina e giurisprudenza, a fianco dell'arbitrato secondo rito, il *binded advies* (parere vincolante), un contratto atipico con cui le parti pervengono ad una risoluzione negoziale della controversia, in base al parere (*advies*) dettato da un terzo nominato di comune accordo, e cui preventivamente si sono impregnate ad accettare come vincolante (v. *infra*, p. 10). Su tale ed altre figure "atipiche" presenti nelle realtà di Olanda, Germania, Spagna, Belgio, Francia, si rinvia alle fonti dottrinali e giurisprudenziali raccolte da M. Marinelli, *La natura dell'arbitrato irrituale. Profili comparatistici e processuali*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 30 ss.; cfr. C. Tenella Sillani, *L'arbitrato di equità: modelli, regole, prassi*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 259, nt. 1.

⁴¹ G. Schizzerotto, *ult. op. cit.*, *ibidem*.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ M. Marinelli, *ult. op. cit.*, *ibidem*.

e liberale dello stesso, quindi non discostandosi di molto dal quadro disegnato dall'autore. Vi è, ad oggi, una forma di arbitrato che predilige l'uso della cd. clausola compromissoria, ma, in mancanza di questa, le parti potrebbero devolvere la controversia, a una convenzione d'arbitrato. Infatti il *NAI (Nederlands Arbitrage Instituut)* dichiara quanto segue:

*In order to be able to submit a dispute to arbitrators for settlement, an arbitration agreement is required. This arbitration agreement can be included in an arbitration clause of a contract that stipulates that future disputes shall be submitted to arbitration. The Netherlands Arbitration Institute has created a recommended clause for this purpose. This is a formulation that, in practice, proves to cause the fewest problems. If a dispute arises and the parties have not yet arranged for arbitration, they are still able to do so. The arbitration agreement is then laid down in a dispute resolution agreement*⁴⁴.

Fatto di notevole rilievo è che, essendo riconosciuta la natura negoziale dell'arbitrato, e indi la natura contrattuale dell' *arbitrage* (pronuncia dell'arbitro) o del *binded advies*, prima della sua esecuzione questa deve essere soggetta al controllo del tribunale⁴⁵.

Difatti nell'ordinamento olandese, oltre all'arbitrato "rituale" (giurisdizionalizzato nelle forme del procedimento), si prevede, come anzidetto, il *binded advies* come autonoma forma di arbitrato negoziale; un contratto atipico che determina la rinuncia delle parti alla giurisdizione statale, in base all'autonomia ad essi conferita dall'art. 1374

⁴⁴ Su <http://www.nai-nl.org/en/info.asp?id=326>.

⁴⁵ Essendo previsto l'obbligo di deposito del lodo presso l'autorità giudiziaria, normalmente nella sede dell'arbitrato, così come stabilito dalla L. del 1986 – *Arbitration Act* – art. 1058 1) b) (cfr. P. Bernardini, *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 222, nt. 60). Ciò non è previsto in caso di arbitrato rituale (cd. proprio) nell'ordinamento italiano, a seguito della riforma operata dal D.Lgs. n. 40/2006, in cui il lodo pronunciato in sede di arbitrato rituale ha valore di sentenza (così come disposto dall'art. 824 *bis* c.p.c. – *Efficacia del lodo*: "Salvo quanto disposto dall'articolo 825, il lodo ha dalla data della sua ultima sottoscrizione gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria") e l'arbitro (rituale) funzione di giudice ordinario (cfr. da ultimo Cass. Sez. Un. Civ. Ordinanza 25 ottobre 2013, n. 24153, *Sezioni Unite Civili*, Presidente L. A. Rovelli, Relatore A. Segreto, ove le Sezioni Unite, innovando la propria giurisprudenza, hanno affermato la natura giurisdizionale e sostitutiva della funzione del giudice ordinario, dell'attività degli arbitri rituali, sicché, mentre lo stabilire se una controversia spetti alla cognizione del giudice ordinario o degli arbitri si configura come questione di competenza, il sancire se una lite appartenga alla competenza giurisdizionale del giudice ordinario e, in tale ambito, a quella sostitutiva degli arbitri rituali, ovvero a quella del giudice amministrativo o contabile, dà luogo, invece, ad una questione di giurisdizione). Il riferimento all'art. 825 c.p.c., invero, nonostante l'attribuzione di equipollenza del lodo rituale alla sentenza dell'autorità giudiziaria, conferma anche nell'ordinamento italiano la necessità di omologazione dello stesso, da parte del Tribunale competente, affinché questo possa acquistare valore esecutivo; ma il controllo da parte del Tribunale sul lodo deve limitarsi alla valutazione dei requisiti formali dello stesso, non potendo ingerirsi nel merito della decisione assunta dal collegio arbitrale. Tale previsione, va sottolineato, è valevole soltanto per i casi di arbitrato "rituale" e non anche per l' "irrituale" da cui ne discendono obblighi, per le parti, di natura sostanzialmente contrattuale (così come confermato dall'art. 808 *ter* c.p.c. – *Arbitrato irrituale*: "Le parti possono, con disposizione espressa per iscritto, stabilire che, in deroga a quanto disposto dall'articolo 824-bis, la controversia sia definita dagli arbitri mediante determinazione contrattuale. Altrimenti si applicano le disposizioni del presente titolo"). Una previsione, questa, introdotta dalla novella del D.Lgs. 40/2006 in materia, che deve le sue origini a una decisione della Corte di Cassazione di Torino (Cass. Torino, 27 dicembre 1904, in *Riv. dir. commerc.*, 2/1905, p. 45).

Da tale breve disamina possono scorgersi quelli che sono i caratteri del fenomeno arbitrale italiano, con le complicità che derivano dalla precipua distinzione delle figure di *arbiter* (arbitrato rituale) con poteri e funzioni eguali al giudice ordinario (il cui lodo, pur essendo equiparato a sentenza, deve essere sempre vagliato da quest'ultimo per avere efficacia esecutiva), e l'*arbitrator* (arbitrato irrituale) con funzioni e poteri di natura strettamente privatistica-contrattuale.

del codice civile olandese; con tale ultima disposizione normativa viene permesso alle parti di inserire, in un contratto, una clausola attraverso la quale esse si obbligano reciprocamente a deferire ogni eventuale controversia, sorta dal rapporto nascente dallo stesso contratto, a degli arbitri (*aviseurs*) il cui parere (*binded advies*) le vincola in base alla clausola stipulata, ma non assume valore esecutivo se prima il tribunale non abbia dichiarato lo stesso contratto conforme alla buona fede (principio di particolare rilievo), al buon senso ed all'equità⁴⁶. Il terzo (o i terzi), chiamati a dirimere, plasmeranno il loro parere su principi di diritto o d'equità⁴⁷, ma la procedura non sottostarà alle norme del codice di rito olandese in tema d'arbitrato; in ciò sta la differenza con l'arbitrato olandese che noi potremmo definire "proprio" o "rituale" (*arbitrage*). È da precisare che l'*exequator*, comunque, può essere rifiutato in caso di contrarietà della pronuncia all'ordine pubblico⁴⁸. Inoltre, si prevede espressamente che le parti non possano nominare arbitro diverso da una persona fisica⁴⁹, che procedimenti arbitrali connessi siano riuniti (anche d'ufficio)⁵⁰, e che il sistema normativo per la disciplina dell'arbitrato internazionale sia la medesima di quella adottata per il domestico⁵¹.

Tale tipologia di arbitrato è estesa praticamente alla quasi totalità delle controversie devolute in Olanda.

⁴⁶ Cfr. G. Schizzerotto, *ult. op. cit.*, p. 5.

⁴⁷ Cfr. M. Marinelli, *ult. op. cit.*, p. 39.

⁴⁸ Cfr. P. Bernardini, *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, seconda edizione, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 232 ss. Si veda a tal proposito il caso *Benetton vs Eco Swiss*, in cui a seguito di esperimento di due procedimenti arbitrali, per la risoluzione del contratto stipulato tra le due società (le quali avevano inserito clausola compromissoria con deferimento delle controversie al *NAI*, da dirimersi secondo le regole dello stesso), la Benetton (soccombente) portò la questione dinanzi ai giudici olandesi, al fine di ottenere la nullità dei lodi arbitrali. Venne adottata la contrarietà dei lodi all'ordine pubblico in quanto il contratto, a parere della Benetton, risultava contrario al diritto di concorrenza ex art. 85 (oggi art. 81) TCE e, di conseguenza, viziato da nullità (cfr. F. Angelini, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea. I principi fondamentali nelle relazioni interordinamentali*, Wolters Kluwer Italia, 2007, p. 193, nt. 55). Nel caso in esame rileva l'importanza dell'applicazione del diritto comunitario ed internazionale nei procedimenti arbitrali; la questione venne allora posta (da parte della *Hoge Raad* – l'ultimo e più alto grado della giurisdizione olandese) al vaglio della Corte di Giustizia, la quale accolse la domanda, deducendo che l'art. 81 costituisce «una disposizione fondamentale indispensabile per l'adempimento dei compiti affidati alla Comunità e, in particolare, per il funzionamento del mercato interno», non trattandosi, dunque, di una semplice norma imperativa, ma di una norma il cui rispetto è indispensabile per garantire il raggiungimento dei fini stessi del Trattato CE, assumendo, in tal modo, carattere di ordine pubblico comunitario (v. D. Liakopoulos, *Forme ed evoluzione dell'arbitrato in diritto comunitario ed internazionale*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 78; L. Kjolbye, *The New Commission Guidelines on the Application of Article 81(3): An Economic Approach to Article 81 EC*, in *Eur. Comp. L. R.*, 9/2004, p. 566 (rec. di N. Petit in *Working Paper Institut d'Etudes Juridiques Europeennes (IEJE)*, 4/2009, su <http://local.droit.ulg.ac.be/sa/ieje/fileadmin/IEJE/WP/working-paper-4-2009.pdf>; V. Korah, *An introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, Hart publishing, Oxford, 2004).

⁴⁹ Ex art. 1023 del Codice di Procedura Civile olandese.

⁵⁰ Secondo quanto stabilito dalla L. del 1986 art. 104 – *Arbitration Act* (cfr. M. R. Sammartano, *Il diritto dell'arbitrato: disciplina comune e regimi speciali*, Wolter Kluwer Italia, 2010, p. 398, nt. 91).

⁵¹ Come rileva Marinelli, la differenza più marcata che permane in capo all'arbitrato olandese, anche dopo la riforma del 1986, è che non vi è distinzione tra arbitrato interno ed internazionale (cfr. M. Marinelli, *ult. op. cit.*, p. 39, nt. 75). A tale orientamento, contrario alla "soluzione francese", ha cercato di allinearsi il legislatore italiano, cercando di estendere la disciplina dell'arbitrato internazionale all'arbitrato *tout court*, come già appunto previsto, tra i vari, da ordinamenti quale l'olandese (con legge del 1986), il tedesco (con legge del 1998), e lo spagnolo (con svariate riforme). Per approfondimenti sul tema si veda tra gli altri A. Briguglio, *La dimensione transnazionale dell'arbitrato*, in E. Fazzalari, *La Riforma della disciplina dell'arbitrato: L. n. 80/2005 e D.lgs. Edizioni 40-2006*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 21 ss.

Esistono due tipologie di centri e di istituti di arbitrato nel panorama mondiale: la prima tipologia offre assistenza per ogni genere di controversia (sia nazionale che internazionale), una sorta di “competenza generale”⁵²; la seconda tipologia è invece specializzata in un settore specifico. L’Istituto Olandese di Arbitrato appartiene alla prima categoria⁵³: una competenza generale, a cui si affiancano e in cui si innestano tutta una serie di centri specializzati. È dato certo, ad esempio, che le controversie nascenti dalla compravendita di derrate alimentari (grani, olii, caffè ed affini) sono risolte, in via pressoché unanime nel panorama commerciale, mediante ricorso ad arbitrato; in particolare, adendo le sedi dei centri arbitrali specializzati nei vari settori merceologici.

Ciò, è ovvio, porta all’instaurazione di una moltitudine estremamente variegata di arbitrati, per quanto attiene alla tipologia di controversia e alle sue modalità di risoluzione. In Olanda il numero di centri specializzati in arbitrato, ognuno con proprio regolamento arbitrale, ha superato il centinaio⁵⁴. Ecco che, quindi, ad oggi il diritto olandese, sul punto, rappresenta una delle più alte espressioni della libertà di composizione delle liti demandata ai privati, patria di quella che potremmo definire la specializzazione dei tipi di arbitrato, ognuno in base al tipo di rapporto incerto o controversia su cui viene instaurato; tale scelta implica il mantenimento di tutte le *species* entro il comune *genus* dell’arbitrato come fenomeno onnicomprensivo, risultando in tal modo blande le differenziazioni, così come invece da tempo nella dottrina italiana, tra arbitrato, arbitraggio e figure affini talvolta in essi ricomprese o invece ricondotte nell’ambito dei negozi giuridici⁵⁵, stante in ogni caso la natura essenzialmente privatistica riconosciuta a qualsivoglia strumento di risoluzione che non sia la giustizia ordinaria. Il terzo, secondo quanto stabilito dalle parti, potrà dirimere la lite seguendo i principi di diritto sia che trattasi di “arbitrato irrituale” (*bindend advies*) che “rituale” (*arbitrage*), sicché ciò che rileva è la *voluntas* delle parti a che il terzo segua o meno le linee guida del codice di rito olandese, essendovi tale possibilità esclusa solo in caso di *binded advies*.

Non rilevano peraltro problemi circa la possibile collisione di lodi pronunciati in tali sedi con i principi generali dell’ordinamento, visto che le stesse pronunce emesse (sia in caso di *binded advies* che di *arbitrage*) acquistano la loro efficacia cogente solo dopo l’approvazione (con omologa) da parte dei tribunali statali che ne vagliano preventivamente la compatibilità con l’ordinamento, l’ordine pubblico, l’equità (elemento centrale nel caso di ricorso a metodi alternativi di risoluzione delle controversie), e la buona fede.

⁵² P. Sanders, *Arbitrato*, in *Treccani*, su [http://www.treccani.it/enciclopedia/arbitrato_\(Enciclopedia_delle_scienze_sociali\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/arbitrato_(Enciclopedia_delle_scienze_sociali)/)

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ Si veda l’ancora acceso dibattito riguardo alla natura della transazione; in merito all’istituto testé considerato, infatti, la Giurisprudenza italiana di legittimità ha a più riprese affrontato il problema del suo inquadramento, stante che suo oggetto non è il rapporto o la situazione giuridica cui si riferisce la disaccordo valutazione delle parti, ma la “lite” cui questa ha dato luogo o può dar luogo, e che le parti stesse intendono eliminare mediante reciproche concessioni, che possono consistere anche in una bilaterale e congrua riduzione delle opposte pretese, in modo da realizzare un regolamento di interessi sulla base di un “*quid medium*” tra le prospettazioni iniziali; ma non ogni accordo che valga a comporre un conflitto giuridico fra le parti costituisce transazione, ma solo quello che ha ad oggetto una “*res dubia*” nel senso che cade su un rapporto che, almeno nell’opinione delle parti, presenta carattere di incertezza ed è contrassegnato appunto dalla reciprocità delle concessioni (Così Cass. Civ. sez. II, 25 ottobre 2013 n. 24164, Presidente Triola, Relatore Bursese; si veda anche Cass. Civ. sez. III, 1 aprile 2010 n. 7999; Cass. Civ. sez. II, 6 ottobre 1999 n. 11117).

3. Dottrina olandese del XVII secolo e caratteri comuni con il diritto canonico: la *transactio*

Ciò che trapela, dalle considerazioni sin qui proposte, è anche un vivido avvicinamento ai principi del diritto canonico, esito, questo, delle dominazioni politiche e culturali nei territori che stiamo considerando, nonostante la costituzionalizzazione del potere politico (con la deposizione di Filippo II nel luglio del 1581) che portò ad un abbandono della pregiudiziale cattolica⁵⁶. L'impronta fortemente liberale, peraltro, caratterizzante gli assetti socio-politici in Olanda, non portò ad un drastico abbandono e rifiuto degli apporti canonisti; ciò volle dire non soltanto libertà di credo⁵⁷, ma anche libertà, per le parti private in conflitto, di scelta del mezzo a loro più congeniale per risolvere la controversia, sia esso di tipo meramente arbitrale – di giudizio del terzo –, oppure transattivo quindi con partecipazione attiva delle parti al superamento del conflitto.

Ancor oggi al canone 1446 § 3 si legge infatti:

Che se la lite verte sul bene privato delle parti, il giudice veda se la transazione o il giudizio arbitrale a norma dei canoni 1713 – 1716, possa concludersi vantaggiosamente,

e canone 1713:

Per evitare le contese giudiziarie si può utilmente ricorrere alla transazione o riconciliazione oppure affidare la controversia al giudizio di uno o più arbitri.

Si può constatare come le disposizioni riportate non facciano cenno alle complicazioni dottrinarie, tipiche del ragionamento di età comune e ad oggi persistenti nell'ordinamento italiano, riguardo alla differenziazione tra l'ipotesi di arbitrato proprio

⁵⁶ Va ricordato come la Chiesa cattolica abbia, sin dalle sue origini, favorito il ricorso alla risoluzione delle controversie attraverso l'arbitrato (pratica già in uso presso la comunità ebraica; vedi *supra*, p. 7, nt. 32). Ricorrere all'arbitrato del vescovo per la risoluzione di controversie civili, sino all'età di diritto comune, era pratica non solo concessa (a cristiani e laici) ma anche favorita dalla Chiesa, giungendo, in talune realtà, alla necessità di un preventivo vaglio della stessa prima che le parti avessero potuto adire gli organi della giustizia ordinaria, o prima che le stesse si fossero adoperate per risolvere la controversia rivolgendosi ad un terzo privato nelle vesti di arbitro. Al riguardo C. M. A. Rinolfi, *Episcopalis audientia e arbitrato*, in *Diritto @ Storia*, n. 8, 2009, http://dirittoestoria.it/8/Tradizione-Romana/Rinolfi-Episcopalis-audientia-arbitrato.htm#_ftn3.

⁵⁷ «Verso il 1650, solo circa la metà della popolazione era ancora di fede cattolica. Ma nelle città d'Olanda e di Utrecht molti missionari svolgevano indisturbati il proprio apostolato nei confronti della popolazione rurale. Non deve quindi sorprendere che la civiltà olandese continuasse ad essere permeata da tradizioni romane: ciò non toglie che la posizione dei cattolici era, e rimase, sempre precaria. La repubblica, infatti, si qualificava ufficialmente come uno stato protestante e se i cattolici potevano praticare il culto, essi comunque incontravano difficoltà a mantenere le cariche nelle amministrazioni cittadine. Il calvinismo, dal canto suo, invece, non costituiva la sola alternativa: solo un terzo della popolazione abbracciava la sua versione ortodossa. Accanto ad esso, quindi, numerosi confessioni e piccole sette si spartivano la restante parte della popolazione e proprio queste persistenti e profonde divisioni religiose contribuirono a spiegare i frequenti mutamenti di governo senza, però, le particolari esplosioni di violenza che avevano contrapposto le fazioni in Francia. La frantumazione del panorama, ed un diffuso utilitarismo, insomma, consentirono avvicinamenti pacifici per il benessere di tutti, facendo della tolleranza un "marchio di fabbrica" locale.» (cit. S. P. Vincenti, *La transazione nello ius hollandicum*, in *Historia et Ius – Rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna*, n. 2, 2012, Roma, su <http://www.historiaetius.eu/uploads/5/9/4/8/5948821/parini.pdf>, cit. p. 3-4).

ed improprio (o rituale ed irrituale) e quindi tra arbitrato ed arbitraggio con le annesse figure di arbitro ed arbitratore. Si fa invece riferimento alla possibilità delle parti di poter liberamente scegliere di percorrere la strada della transazione o quella dell'arbitrato, entrambe comunque volte a evitare «le contese giudiziarie», quindi aventi come presupposto una lite. L'arbitrato, infatti, presentando come la transazione la figura di un cosiddetto "equivalente giurisdizionale", diretto alla risoluzione stragiudiziale e alla composizione delle controversie, costituisce un istituto classico dell'ordinamento canonico⁵⁸.

Si è fatto riferimento, nell'anzi citato canone 1713, al concetto di transazione, discutendosi ancora oggi su quelle ipotesi in cui nel rapporto transattivo insorto tra le parti venga ad ingerirsi (per esplicita richiesta delle stesse) un terzo che valuti un aspetto controverso della *res dubia*, e appronti le migliori condizioni alle quali i contendenti dispongano le reciproche concessioni, necessarie al superamento dell'alterco. Già i Commentatori, nel procedere all'analisi delle differenze tra *arbiter* e *arbitrator*, si riferiscono a quest'ultimo come a colui il cui fine era quello di comporre amichevolmente la lite, senza però impegnarsi nel suo esame in diritto ed in fatto; di modo che la giurisprudenza insisteva sul carattere equitativo della *compositio amicabile* e sui tratti comuni tra questa e la transazione⁵⁹. Tali figure non erano, e non lo sono a tutt'oggi, infrequenti nei rapporti commerciali, ed invero l'Olanda fu importante crocevia di scambi economico-commerciali: durante il XVII secolo si arrivò a conclusioni innovative riguardo al concetto di *transactio*⁶⁰ rispetto alle soluzioni del *ius commune*⁶¹.

Ulpiano aveva definito la *transactio* in questi termini:

*Qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit. Qui vero paciscitur donationis causa rem certam et indubitam liberalitate remittit*⁶².

Ma tale generica definizione lasciava aperti troppi spazi all'interpretazione, contrastando con quelle che erano le esigenze applicative del tempo, riferendosi sia a rapporti in contestazione che incerti, indicando quali requisiti essenziali, sia la *res dubia* che la *lis incerta*.

Vinnius procedette ad un restauro filologico con il quale (secondo il giurista) si sarebbe arrivati ad una lettura unitaria della transazione.

⁵⁸ Cit. P. A. d' Avack, *Arbitrato – Diritto canonico*, in ED vol. II Ali-Are, Giuffrè, Milano, 1958, p. 958.

⁵⁹ Cfr. V. Piano Mortari, *Arbitrato – Diritto Intermedio*, in ED, vol. II Ali-Are, Giuffrè, Milano, 1958, p. 897. Per parte della dottrina italiana del XV e XVI secolo, ed in molti statuti italiani, l'*arbitrator* è inteso quale "*amicabilis compositor*" con il compito di ottenere che le parti addivengano ad una transazione; ad esempio lo Statuto di Fano del 1450, II, § 49 disponeva che: «... *arbitratores et amicabile compositores ... ad concordiam inducere studeant dictas lites et concordias conoscere, et terminare possint et voleant de iure et de facto, et omnimodo quo melis ei videbitur fore factum pro bono pacis et concordiae ...*». Cit. L. Garretto, *Arbitrato e Arbitratore – Diritto Intermedio*, in NNDI, vol. I² AQ-AY, pp. 928-930, Utet, Torino, 1957, p. 929; l'Autrice, riguardo al citato statuto di Fano, nota «però che poco più avanti nella stessa rubrica è detto: "... (*arbitratores*) ... *intelligitur habere et habeant ordinariam iurisdictionem in dictis causis*", il che offre un esempio della confusione terminologica tipica del tempo» (sulla inesistenza di una netta di una netta differenziazione terminologica si veda, oltre al presente lavoro *passim*, G. Triani, *Nota sull' Arbitrium Boni Viri*, in *Studi Serafini*, Firenze, 1892, p. 169; riguardo ai problemi interpretativi ingenerati da tale confusione v. L. Martone, *ult. op. cit.*, p. 63 ss.).

⁶⁰ Al riguardo si veda in particolare l'ampia trattazione di S. P. Vincenti, *La transazione nello ius hollanicum*, in *Historia et Ius – Rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna*, n. 2, 2012, Roma, su <http://www.historiaetius.eu/uploads/5/9/4/8/5948821/parini.pdf>.

⁶¹ *Ivi*, p. 1.

⁶² D. 2.15.1 (Ulp. 50 *ad ed.*).

Ecco la soluzione a cui arrivò:

*Verbum transigere [...] idem significat quod ultra agere, sive transadigere [...] atque translatum [...] ut idem sit transigere quod negotium conficere, expedire, finire*⁶³.

*Et non gratuita rei dubiae decisio facta conventionem partium accipitur pro transigere*⁶⁴.

Si noti come assume peso e dignità l'elemento della *voluntas* delle parti, al pari della *incertitudo* e dell'onerosità, elementi con i quali concorre a differenziare la transazione dalla sentenza e dallo *ius iurandum*. Ma restava ancora da superare l'*impasse* della causa contrattuale dell'istituto *de quo*. Per il Vinnius, infatti, patto e contratto non erano dei *genera transactionis*, ma solo specifici *modi transigendi*⁶⁵, e l'incertezza della dottrina a riguardo, protrattasi nel tempo, era dovuta al fatto che «*moribus nostris fere confusa sint pactionum et transactionum nomina*»⁶⁶. Fu il Noodt che indicò le cause di tanta incertezza riguardo all'interpretazione del termine *transactio* nel disordine che imperava nelle discipline medievali, proponendo un uso alternativo dell'interpunzione e della posizione assegnata alla virgola (a seconda che questa fosse stata inserita dopo il termine *paciscitur*, o piuttosto dopo *donationis causa*⁶⁷), arrivandosi, così, a suo giudizio, ad intendere correttamente il pensiero ulpiano.

Tale metodo interpretativo andava, ovviamente, utilizzato soprattutto per dipanare la *quaestio* intorno all'uso del termine *transactio* nel passo, i cui punti controversi erano sostanzialmente due ed erano attinenti a «*quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit*»⁶⁸ (ove l'uso fuori dall'inciso della reiterazione del verbo *transigit* causò l'incertezza circa il suo valore) e l'incomprensibile uso della punteggiatura⁶⁹. Noodt allora propose un compromesso: l'uso di una litote («*utitor figura, quae Litotes vocatur*») con la quale Ulpiano «*minus dicitur, et plus significatur*»⁷⁰.

La teoria doveva essere piegata alle esigenze della pratica e viceversa, pertanto anche la definizione di ogni singolo negozio giuridico doveva essere ricavata dal *genus* di partenza, individuando le proprietà che potevano essere adattate o meno alla *transactio*; solo in questo modo sarebbe stato possibile cogliere i caratteri di ogni *conventio* a seconda della propria causa espressa⁷¹, conferendovi una giusta sistemazione. Anche Voet⁷² era dell'idea che la qualificazione di “patto” o “contratto” non dipendeva dalle parole o dalla formula usata per la loro conclusione, quanto piuttosto dalla reale intenzione delle parti contraenti:

⁶³ A. Vinnii, *Tractatus varii, nempe de pactis, jurisdictione, collationibus, et transactionibus*, Baglioni, Venezia, 1801, *Tractatus de transactionibus*, cit. cap. I, nn. 1-2, p. 117.

⁶⁴ *Ivi*, n. 3, p. 118.

⁶⁵ *Ivi*, n. 5, p. 118.

⁶⁶ Cit. S. à Groenewegen van der Made, *Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisque regionibus*, Joannem Janssonium à Waesberge, Amstelaedami, 1669, lib. II, tit. XV, *De Transactionibus*, l. 7, post. § 1 *si fideiussor*, p. 97.

⁶⁷ Secondo F. Duaren, *Opera Omnia*, Lucae, 1765, tom. I, *De iudiciis, et ubi quis agere*, cap. VIII, *De foro competenti, ubi quisque agere vel conveniri debeat*, p. 306.

⁶⁸ D. 2.15.1 (Ulp. 50 *ad ed.*).

⁶⁹ Così A. Corbino – B. Santalucia, *Justiniani Augusti Pandectarum. Codex florentinus*, vol. I, Olschki, Firenze, 1988; S. P. Vincenti, *ult. op. cit.*, p. 8, nt. 41.

⁷⁰ G. Noodt, *Opera omnia*, tom. II, cap. III, *De Pactis et Transactionibus*, Fratres Terres, Neapoli, 1786, p. 231. Cfr. S. P. Vincenti, *La transazione nello ius hollanicum*, op. cit., p. 9.

⁷¹ Cfr. S. P. Vincenti, *ult. op. cit.*, *ibidem*.

⁷² J. Voet, *Commentarius ad Pandectas*, Venetiis, 1804, vol. I, *passim*.

*Dicitur hodie ex pactis nudis, serio ac deliberato animo interpositis, aequae ac ex contractibus, actionem nasci*⁷³.

Lo Huber concordava con Voet che «*de rebus certis non recte transigitur*»⁷⁴, e che pertanto l'incertezza, elemento cardine della *transactio*, era insita nella stessa natura aleatoria del giudizio a cui le parti sarebbero state eventualmente sottoposte nelle vie ordinarie⁷⁵. Egli precisava che il fulcro della struttura transattiva fosse da rinvenirsi nel soggetto *qui transigit*, colui che compie la decisione di prevenire o chiudere anticipatamente la lite, dato che

*effectus transactionis est, quod litem dirimat, habeat vim rei iudicatae ac iusiurandi inter transigentes*⁷⁶.

La “causa finale” andava oltre il corrispettivo reciproco tra le parti, ed era da individuare nel comportamento di colui che «rimettendo l'azione, non intraprendendola o abbandonandola se già intrapresa, soddisfaceva il vantaggio concreto ed effettivo che ogni transigente sempre si prefigge: sottrarsi all'alea di un giudizio e delle relative spese, evitare un'eventuale soccombenza ed, infine, le preoccupazioni ed i patemi d'animo, solo in parte ricompensabili da una completa riuscita giudiziale»⁷⁷. Argomentazioni tutte tese a dare solidità e stabilità al momento compositivo dell'accordo. Lo stesso Voet, considerato uno dei padri dell'*usus modernus Pandectarum*, ricercò la *substantia transactionibus*, individuandola nella disamina della causa e degli effetti del “contratto” transattivo, ossia porre fine alla controversia e impedire il reiterarsi della disputa⁷⁸:

*Effectus transactionis est quod litem dirimat, habeatque vim rei iudicatae ac iusiurandi inter transigentes [...] Ut tamen stricta recipiat interpretationem, sic ut non excedat negotia ac causas, de quibus nominatim concepta est, nec quantitatem pecuniariam de qua disputatum fuit*⁷⁹;

*Est etiam alius transactionis effectus, quod litium sopitarum favore tantam firmitatem habeat ut neque imperiali rescripto risuscitandae sint causae ita finitae [...] neque propter instrumenta noviter reperta retractari debeant, nec res iudicatae ex ea causa infirmandae sint*⁸⁰.

L'idea era quella di inserire tutta la varietà di fattispecie entro un unico schema dai forti connotati romanistici. Ed è appunto questo quello che emerge dagli studi del *Roman-Dutch Law*, partire dal caso in presenza badando alla ricerca di una «*reasonable cause for the benefit for one's self or for another*»⁸¹, e relegando ad un piano secondario l'accertamento della natura del contratto. La comparatistica romano-olandese pervenne, in altri termini, a

⁷³ *Ivi*, vol. I, cit. lib. II, tit. XIV, *De pactis*, n. 9, p. 94.

⁷⁴ J. Voet, *Commentarius ad Pandectas*, tom. I, Fratres De Tournes, Lugduno-Batava, 1778, cit. lib. II, tit. XV, § 11, p. 140.

⁷⁵ H. Huberi, *Praelectionum juris civilis*, tom. III, Josephi et Joannis Roland, Neapoli, 1788, lib. III, tit. XVI, §. 2, p. 293.

⁷⁶ J. Voet, *Commentarius ad Pandectas*, Venetiis, 1804, vol. I, cit. lib. II, tit. XV, *De Transactionibus*, n. 21, p. 109.

⁷⁷ S. P. Vincenti, *La transazione nello ius hollandicum*, op. cit., cit. p. 10.

⁷⁸ *Ivi*, p. 14.

⁷⁹ J. Voet, *ult. op. cit.*, *ibidem*.

⁸⁰ J. Voet, *Commentarius ad Pandectas*, Venetiis, 1804, cit. vol. I, D. 2.14, *De pactis*, n. 23, p. 110.

⁸¹ R. Van Leeuwen, *Commentaries on the Roman-Dutch Law*, Clarendon Press, Oxford, 1946, cit. cap. I, §§ 6-7, p. 314.

ricostruire la *transactio* riconoscendovi una prevalente funzione “giudiziale”⁸², in accordo con la *simplicitas* del *ius gentium* e la franchezza costruttiva tipica della tradizione germanica⁸³.

È a tutt’oggi, in dottrina italiana, aperto il dibattito non solo sulla natura della transazione e sul risultato da questa prodotto, ma anche sul presupposto da cui questa trae origine, cioè se vi sia alla base una *lis certa* o se le parti abbiano già superato tale stadio adoperandosi per la via transattiva, e pertanto il frutto di tale scelta sia un mero contratto piuttosto che un metodo alternativo di risoluzione dei conflitti che sfoci in una “decisione”. Ciò che quindi traspare dalla dottrina commentatrice olandese è anche ciò che ha portato a non sentire, oggi, il bisogno di secoli di analisi sulla differenza tra *arbitrium merum* e *boni viri*, puntando, come si è visto, ad un unico *genus* in cui si innestano varie tipologie specializzate di arbitrato, le quali tuttavia necessitano, sempre, affinché le pronunce ivi emanate acquisiscano efficacia cogente nei confronti del resto dei consociati, dell’approvazione da parte dei tribunali statali.

4. Libertà quale sinonimo di economicità processuale

Non può sfuggire che la libertà di forme, e di accesso alle pratiche alternative di risoluzione delle controversie, sia il riflesso della situazione giudiziaria di un paese che vanta costi per la giustizia tra i più bassi in Europa. Ogni italiano spende in media 70 euro l’anno per l’amministrazione della giustizia, i francesi 53, gli spagnoli 68, i tedeschi 106, gli inglesi 99. Una controversia commerciale in Italia si conclude mediamente in 1.210 giorni, mentre la media europea (in cui si possono far rientrare Francia e Spagna) è di 472 giorni⁸⁴. Non v’è da meravigliarsi, allora, che in un paese come l’Olanda si propenda per affidare le controversie private, scaturenti per lo più da rapporti contrattuali, a metodi alternativi di risoluzione, evitando di gravare oltremodo sul carico della giustizia ordinaria. L’ordinamento olandese è il prodotto di secoli di esperienza giuridica tesa all’individuazione di criteri comuni miranti al raggiungimento della stabilità dei rapporti⁸⁵: si ricordino gli scritti del già citato Ugo Grozio che gettarono le basi del moderno diritto internazionale⁸⁶.

Si può comunque ipotizzare che una soluzione liberale di questo tipo, in merito alla scelta e alle forme di ricorso all’arbitrato, in Olanda, sia frutto di un passato storico che vide la nazione degli Orange vicina all’influenza del diritto romano, ma da cui riuscì a separarsi prima delle divisioni che portarono quest’ultimo a snaturarsi del tutto e a

⁸² Si veda S. P. Vincenti, *La transazione nello ius hollandicum*, op. cit., p. 16.

⁸³ «*Ingenious mixture*» fra *ius romanum* e *ius proprium*. P. Dibon, *Regards sur la Hollande du siècle d’or*, Vivarium, Milano, 1990, p. 69.

⁸⁴ I dati provengono da rapporti quali il *Doing Business* della Banca Mondiale, e il *CEPEJ* della speciale commissione costituita in ambito U.E. per confrontare il livello di giustizia dei paesi europei (cfr. M. Guadalupi, *La lentezza della giustizia ordinaria, i costi per le imprese italiane e la mediazione civile*, in D. Marinelli, *Temi di Mediazione, Arbitrato e Risoluzione Alternativa*, in *Quaderni di Giurisprudenza*, Università degli Studi e-Campus, Nuova Primos, Città di Castello, 2010, cit. p. 31).

⁸⁵ «*A reasonable cause for the benefit for one’s self or for another*» (v. *supra*, p. 15).

⁸⁶ L’Olanda del XVII sec. fu anche un centro nevralgico di rapporti e scambi culturali, di libri (grazie alle maglie censorie meno fitte rispetto agli altri paesi d’Europa) e di idee (a tal proposito: R. Savelli, *Il libro giuridico tra mercato, censure e contraffazioni. Su alcune vicende cinque-seicentesche*, in R. Braccia – R. Ferrante – M. Fortunati – L. Sinisi, *Itinerari in comune. Ricerche di storia del diritto per Vito Piergiovanni*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 205-211).

decretarne la fine, sottomettendo il diritto classico a secoli di interpretazioni interpolazionistiche; ed è proprio grazie a tale separazione che l'Olanda ha potuto mantenere inalterata la libertà arbitrale, tipica dei costumi classici romani, ove era già presente il problema della congestione degli organi giudiziari e delle spese di lite⁸⁷, ma in cui la sola natura che veniva riconosciuta a pronunce promanate da soggetti privati nel componimento delle liti, era di tipo negoziale, a prescindere da qualsivoglia forma procedurale l'arbitro avesse dovuto seguire per ordine delle parti. Unica disposizione cogente in materia fu il riconoscimento della validità del compromesso stipulato dalle parti (*compromissum*), prevedendo il risarcimento ad opera della parte che non avesse ottemperato alla pronuncia dell'arbitro, sulla base della *stipulatio poenae* inserita quale clausola del compromesso, a tutela della quale si riconobbe *un'actio ex stipulatu*⁸⁸. Oltre a tale disposizione (e alla previsione di responsabilità dell'arbitro per inadempimento a seguito di accettazione dell'incarico, riconosciuta dall'*edictum de receptis*⁸⁹) per secoli non vi fu orientamento diverso, stante la non esecutività delle pronunce arbitrali.

⁸⁷ Fu questo uno dei motivi (insieme alla solenne formalità verbale richiesta) per cui le *legis actiones* vennero in odio al popolo romano, come ci ricorda Gai, *Inst.*, 4.13: «*Sacramenti actio generalis erat. de quibus enim rebus ut aliter ageretur, lege cautum non erat, de his sacramento ageretur: eaque actio proinde periculosa erat falsi nam qui victus erat, summam sacramenti praestabat poenae nomine*» (Gai, *Inst.*, 4.13). Sul punto G. Bassanelli Sommariva, *Le legis actiones nel Liber Singularis Enchiridii*, in *Studi in onore di Remo Martini*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2008, p. 186; C. A. Cannata, *Scritti scelti di diritto romano*, vol. II, Giappichelli, Torino, 2012, p. 78 ss.; G. Sabbatini, *Appunti di preistoria del diritto romano*, Giappichelli Torino, 2014, p. 249 ss. A ciò si aggiungano le spese che le parti avrebbero dovuto affrontare, qualora avessero voluto far ricorso al responso di un giusperito, da produrre in giudizio a consolidamento delle proprie pretese, favorendo il convincimento del magistrato (sull'analisi della professione di avvocato e giusperito, ed i costi inerenti, si veda da ultimo M. Frunzio, *Lavorare ai tempi di Vitruvio*, Carocci, Roma, 2014, pp. 24 ss.

⁸⁸ Al riguardo F. Bonifacio, *Compromesso – Diritto Romano*, in *NNDI*, vol. III, Cat-Cond, Utet, Torino, 1958; G. La Pira, '*Compromissum*' e '*litis contestatio*' formulare, in *Studi in onore di S. Riccobono nel XL anno del suo insegnamento*, vol. II, Palermo, 1936; M. Talamanca, *Ricerche in tema di compromissum*, Giuffrè, Milano, 1958;

⁸⁹ Cfr. F. Bonifacio, *Arbitro e Arbitratore – Diritto romano*, in *NNDI*, vol. I², AQ-AY, Utet, Torino, 1958 p. 926; G. Crifò, *Arbitrato – Diritto Romano*, in *ED*, vol. II Ali-Are, Giuffrè, Milano, 1958, p. 895; P. Frezza, *Receptum*, in *NNDI*, vol. XIV, Prod-Ref, Utet, Torino, p. 1026; O. Lenel, *Das Edictum Perpetuum*, Tauchnitz, Leipzig, 1907, p. 130; E. Stolfi, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio. II. Contesti e pensiero*, LED Edizioni Universitarie, Milano, 2001, p. 150.

Cultura giuridica e diritto vivente

Direttivo

Direzione scientifica

Direttore: Lanfranco Ferroni

Co-direttori: Giuseppe Giliberti, Luigi Mari, Lucio Monaco.

Direttore responsabile

Valerio Varesi

Consiglio scientifico

Luigi Alfieri, Franco Angeloni, Andrea Azzaro, Antonio Blanc Altemir, Alessandro Bondi, Licia Califano, Maria Aránzazu Calzada Gonzáles, Piera Campanella, Antonio Cantaro, Maria Grazia Coppetta, Lucio De Giovanni, Laura Di Bona, Carla Faralli, Vincenzo Ferrari, Andrea Giussani, Matteo Gnes, Guido Guidi, Guido Maggioni, Paolo Morozzo Della Rocca, Paolo Pascucci, Paolo Polidori, Eduardo Rozo Acuña, Elisabetta Righini, Thomas Tassani, Patrick Vlacic, Umberto Vincenti.

Coordinamento editoriale

Marina Frunzio, M. Paola Mittica.

redazioneculturagiuridica@uniurb.it

Redazione

Luciano Angelini, Chiara Lazzari, Enrico Moroni, Massimo Rubechi.

Collaborano con *Cultura giuridica e diritto vivente*

Giovanni Adezati, Athanasia Andriopoulou, Cecilia Ascani, Chiara Battaglini, Chiara Bigotti, Roberta Bonini, Alberto Clini, Darjn Costa, Elisa De Mattia, Luca Di Majo, Alberto Fabbri, Francesca Ferroni, Valentina Fiorillo, Chiara Gabrielli, Federico Losurdo, Matteo Marchini, Marilisa Mazza, Maria Morello, Valeria Pierfelici, Iliaria Pretelli, Edoardo A. Rossi, Francesca Stradini, Desirée Teobaldelli, Matteo Timiani, Giulio Vanacore.

Cultura giuridica e diritto vivente è espressione del Dipartimento di Giurisprudenza (DiGiur) dell'Università di Urbino. Lo sviluppo e la manutenzione di questa installazione di OJS sono forniti da UniURB Open Journals, gestito dal Servizio Sistema Bibliotecario di Ateneo. **ISSN 2384-8901**



Eccetto dove diversamente specificato, i contenuti di questo sito sono rilasciati con Licenza [Creative Commons Attribuzione 4.0 Internazionale](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).
