

MEMORIA STORICA DELL'ARBITRATO

Francesco Zappalá*

L'arbitrato ha origini e precedenti storici che si confondono con la storia del diritto, ma anche dell'umanità.

La mitologia greca e posteriormente la latina attribuiscono al Giudizio di Paride¹ la prima rappresentazione illustre e rinomata di forma di arbitrato, nell'attribuzione del pomo d'oro alla più bella dea dell'Olimpo. Durante il matrimonio di Peleo e Teti, futuri genitori di Achille, Eris, la dea della discordia, offesa per non essere stata invitata, gettò nel mezzo della tavolata attorno alla quale si svolgeva il banchetto, una mela d'oro con su scritta la frase 'alla più bella'. Le tre dee che la pretesero furono Era, Atena e Afrodite. Zeus stabilì che a decidere chi fosse la più bella non potesse essere che l'uomo più bello, ovvero Paride principe di Troia. Ermes fu incaricato di portare le tre dee dal giovane troiano, ed ognuna di loro gli promise una ricompensa in cambio della mela: Atena, grazie al dono della sapienza, lo avrebbe reso capace di modificare eventi e materia a suo piacimento, finanche a superare le leggi della natura; Era lo avrebbe reso così ricco che i suoi forzieri non sarebbero bastati a contenere le sue gemme e il suo oro, così potente che a un suo gesto interi popoli si sarebbero sottomessi e così glorioso che il suo nome avrebbe riecheggiato fino alle stelle; Afrodite avrebbe appagato i suoi desideri amorosi concedendogli in sposa la donna più bella, Elena. Paride favorì quest'ultima scatenando l'ira delle altre due. La dea dell'amore aiutò Paride a rapire Elena, moglie di Menelao, re di Sparta. Questo, successivamente, portò alla Guerra di Troia ragione per cui il pomo d'oro fu chiamato anche pomo della discordia.

* Francesco Zappalá avvocato consulente e professore universitario. Avvocato dell'*Universidad de San Buenaventura* Cali, Colombia. Docente dei quadri fissi della *Pontificia Universidad Javeriana* Cali, Colombia. Specialista in Diritto Commerciale dell'*Universidad Pontificia Bolivariana* Medellín, Colombia. Specialista in Arbitrato della Camera di Commercio di Cali Colombia. Specialista in *Alternative Dispute Resolution* della *Law School of Fordham University* New York, EEUU. Magíster in Diritto Privato Europeo dell'Università degli Studi La Sapienza Roma, Italia. Dottorando secondo anno in Diritto dell'Economía e dell'Impresa del Collegio del Dottorato di Diritto Commerciale dell'Università degli Studi La Sapienza Roma, Italia. Professore Visitante della Facoltà di Giurisprudenza della *Universidade Novos Horizontes* e della *Universidade Pontificia Catolica* di Belo Horizonte, Brasile in diritto comparato e arbitrato internazionale.

¹ G. GIAOCHINO BELLI, *Belli italiano*, pubblicato da C. Colombo, Roma, 1975, pag. 297 s.

É evidente che Zeus, nonostante la sua infallibilit  e legittimit  di giudizio, si astenne dal pronunciare il discernimento su chi fosse la pi  bella, incaricando Paride, forse per la sua competenza in termini di bellezza, e sicuramente per evitare collera e rivalsa delle due private dalla designazione.

Storicamente l'originaria forma di risoluzione dei conflitti fu la giustizia privata. L'umanit  nel superare l'era salvaggia verso la civilizzazione e progresso sociale, decide le prime regole di comportamento, stabilendo che designati individui autorevoli, come potettero essere i sacerdoti, gli anziani o i dotti, risolvessero le controversie fra cittadini, lasciando dietro l'epoca della vendetta personale, dosando la pena applicabile ad ogni infrazione in proporzione alla gravit , come ci insegna l'Esodo della Bibbia²:

“Se alcuni vengono a rissa e percuotono una donna incinta s  ch'ella si sgravi, ma senza che ne segua altro danno, il percuotitore sar  condannato all'ammenda che il marito della donna gl'imporr ; e la pagher  come determineranno i giudici; ma se ne segue danno, darai vita per vita, occhio per occhio, dente per dente, mano per mano, piede per piede, scottatura per scottatura, ferita per ferita, contusione per contusione.”

Nelle societ  primitive i contenziosi si decidevano con la forza e prevaleva il regime di vendetta privata. Nell'evoluzione storica ha origine l'arbitrato grazie al quale si avvia la rinuncia al diritto di fare giustizia da s , di replicare all'ingiustizia con ingiustizia, subentrando l'abbozzo del concetto di sottomettere le controversie ad una terza persona selezionata fra le persone pi  importanti della comunit  che si distinguevano per le loro virt , onest , ineccepibilit  e prudenza³. Offeso e aggressore ricorrono al individuo designato in comune accordo a scopo di regolare la loro disputa.⁴ Il conciliatore o arbitro, anche se non   il re, capo di trib  o non ha nessuna giurisdizione, interviene esclusivamente per volont  delle parti in conflitto e non pu  imporre coercitivamente il suo verdetto, la cui unica forza ha nutrimento nel compromesso dei contendenti, perch  se avesse preteso di imporsi in maniera coattiva, senza accordo fra gli interessati, non avrebbe trovato chi lo rispettassi⁵.

² G. BATTISTA GUZZETTI, *L'uomo e gli altri uomini*, pubblicato da Marietti, Roma, 1965.

³ E. DUQUE, *Del arbitrato mercantil*, pubblicato da Coleccion Juridica Bedout, Medellin, 1976, pagg. 12-13.

⁴ P. AYLWIN AZOCAR, *El juicio arbitral*, pubblicato da Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1958, pag. 67.

⁵ M. MONROY CABRA, *Arbitraje comercial*, pubblicato da Temis, Bogot  D.C., 1982, pag. 9.

Il comporre le liti per via d'arbitrato anziché con la forza non é alieno neppure dai costumi dei selvaggi. Ma non senza una lunga evoluzione l'arbitrato finí poi col sostituirsi normalmente al uso della forza⁶. Sorge cosí la giustizia arbitrale, come necessitá dell'uomo in convivenza con i suoi simili, in risposta alle comunitá dove la forza e prepotenza senza ponderazione del piú forte era l'unico strumento di giustizia che conosceva soltanto il limite di chi la esercitava, si impone una nuova idea che garantisca una soluzione equitativa alla contesa. Diventa doveroso una giustizia piú umana nella quale il conflitto sia sottoposto alla decisione finale di una terza persona con esperienza e abilitá, secondo le tradizioni millenarie giudaiche, indú, celte, amerindie e molte altre.

Attualmente i Bereberi o Amazigh⁷, abitanti autoctoni del Nordafrica, applicano l'arbitrato primitivo come forma arcaica di dirimere conflitti, secondo una giurisdizione speciale esercitata dal sacerdote del mercato⁸, la cui competenza, simile alla potestá della magistratura dell'*ædile curule* dell'epoca repubblica della Roma antica⁹, si centrava nella risoluzione dei conflitti commerciali fra e con gli stranieri.

L'arbitrato é cronologicamente anteriore alle forme statali di amministrazione giudiziaria. Somettere il conflitto ad un'altra persona accettando in anticipo e obbligatoriamente il verdetto fu una pratica anteriore all'organizzazione giudiziaria statale, in seguito il perfezionamento dell'organizzazione della societá consente la nascita dell'istituto giudiziario inteso come l'attivitá essenziale d'impartire la giustizia mediante un sistema permanente di origine pubblico come si conosce nell'attualitá. Sebbene lo Stato moderno avoca la funzione giudiziaria, non soppiantó l'arbitrato, il quale é rimasto in vigore e in piena attuazione nei sistemi giuridici odierni dal momento che é un istituto di gran qualitá, e in alcuni casi l'unico che renda possibile, dirimere conflitti giuridici, in special modo fra agenti di commercio in sede internazionale.

Fin da tempi preistorici la comunitá giudeocristiana ha avvertito la necessitá di ricorrere, anche se in una forma primitiva, al arbitrato secondo parole di Giacobbe a Labano nel libro Genesi della Bibbia:¹⁰

⁶ G. DE SANCTIS, *Storia dei romani: la conquista del primato in Italia*, Pubblicato da Fratelli Bocca, 1907, pag. 349.

⁷ G. CAPPONI, *Antologia: giornale di scienze, lettere e arti*, pubblicato da G. P. Vieusseux, 1830, pag. 128

⁸ M. MONROY CABRA, *Arbitraje comercial*, publicado da Temis, Bogotá D.C., 1982, pag. 51.

⁹ LIVIO, *History of Rome*, publicado da Bell, 1911, pag. 1759.

¹⁰ R. BERNAL GUTIÉRREZ, *Panorama y perspectivas de la legislación iberoamericana sobre arbitraje comercial*, publicado da El Centro, 1993, pag. 15.

“Sottoporti le tue denunce al giudizio dei tuoi fratelli e dei miei, affinché loro decidano fra te e me.”

La religione giudaica fece dell'arbitrato un meccanismo per ottenere un trattamento differenziale durante la loro traumatica e difficile storia, infatti già la costituzione dell'imperatore romano d'oriente Arcadio, sanciva la potestà del popolo giudaico a mantenere la propria giurisdizione nelle cause religiose e anche commerciali¹¹.

Il filosofo stagirita Aristotele annuncia che é meglio¹²:

“...preferire un arbitrato piuttosto che una lite in tribunale, infatti l'arbitro bada all'equità, il giudice alla legge; e l'arbitrato é stato inventato proprio per questo, per dar forza all'equità”.

La formula dell'arbitrato sorge nell'antica cultura greca verso l'anno 1520 a.C.¹³ nei consigli della lega di popoli e città vicine ad Atene, denominato arbitrato dell'anfizionia¹⁴ che fra i suoi obiettivi si trovava quello di risolvere i conflitti fra i diversi gruppi etnici da parte di dodici anziani rappresentanti delle diverse tribú. Nella Grecia classica esistettero anche arbitri di carattere pubblico eletti di maniera aleatoria fra quaranta quattro patriarchi che giudicavano le cause criminali e pubbliche. Si verificó, quindi, un parallelo fra l'arbitrato internazionale, sulle frontiere delle città-stato greche, denominato arbitrato interstatale¹⁵ e l'arbitrato interno. Infatti, da una parte, gli storiografi Tucidide¹⁶ e Plutarco¹⁷ affermano che con molta regolarità le città-stato subordinavano le loro dispute all'arbitrato di una città neutrale; e dall'altra, Solone narra che Demostene d'Atene emanó leggi sull'arbitrato fra cittadini¹⁸ nelle quali, oltre a permettere che le parti in conflitto privato potessero scegliere l'arbitro che volessero purché di comune accordo, concedeva al lodo arbitrale un carattere definitivo, non oggetto di ricorso.

¹¹ G. VISMARA, *Episcopalis audientia. L'attività giurisdizionale del vescovo per la risoluzione delle controversie private tra laici nel diritto romano e nella storia del diritto italiano fino al secolo nono*, Milano, 1937, pag. 32-34.

¹² ARISTOTELE, *Rhetorica*, 1.13.13.

¹³ J. CERÓN CORAL, *El arbitraje laboral*, pubblicato da Temis, Bogotá D.C., 2007, pag. 4.

¹⁴ VARI, *Rivista di filologia e di istruzione classica*, pubblicato da G. Chiantore, 1897, pag. 214.

¹⁵ L. PICCIRILLI e A. MAGNETTO, *Gli arbitrati interstatali greci*, pubblicato da Marlin, 1973, pag. 15.

¹⁶ L. PRANDI, *Platea*, pubblicato da Editoriale Programma, 1988, pag. 37.

¹⁷ P. FIORE, *Sul problema internazionale della società giuridica degli stati*, pubblicato da Stamperia Reali, Torino, 1878, pag. 87.

¹⁸ M. MORONE, *Il diritto marittimo del regno d'Italia*, 1889, pag. 150.

Nel diritto romano l'istituto dell'arbitrato trova un notevole sviluppo raggiungendo, dopo piú di due millenni, in gran parte l'attuale struttura, invero già nel 451 a.C., la Legge delle XII Tavole concedeva fermezza e obbligatorietà alle convenzioni fra le parti in contesa¹⁹:

"Eudo viam rem uti pactunt oratur.."

Il *magister epistolarum* del imperatore Adriano, lo storico *Gaius Suetonius Tranquillus*, rileva che per il popolo romano la concordia aveva il suo tempio non lontano dal Foro, in un monumento venusto innalzato in memoria del Cesare, ai piedi del quale i contendenti offrivano sacrifici in cerca di soluzione in nome del padre della patria²⁰.

Il sistema giuridico romano fu precursore, contribuendo in gran misura alla civilizzazione giuridica occidentale, istituendo la necessità, che é di qualsiasi collettività, di soggiogare le pretese dei cittadini alle forme stabilite e ai limiti segnalati previamente; tuttavia, concesse continuità alla tendenza storica di riconoscere un'inclinazione privata e volontaria alla giustizia, limitandosi a intervenire soltanto con funzioni di direzione, controllo e vigilanza.

Nell'epoca arcaica del diritto romano con il procedimento delle *legis actiones*, denominazione in onore alla fondamentale Legge delle XII Tavole, si intende l'insieme delle forme processuali che permisero la soluzione di controversie patrimoniali, quindi fra privati, attraverso la sacralizzazione di un atto *vis*, ovvero da una soluzione irrazionale ad una soluzione razionale²¹, costituirono un'ordinamento processuale in cui interviene il magistrato non per dirimere, ma per evitare, per ragioni di pace sociale, il libero esercizio della giustizia privata, stabilendo la celebrazione di patti fra le parti, fissando una pena pecuniaria sostitutiva alla vendetta e provocando l'arbitrato obbligatorio²².

La *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* creata dalla Legge delle XII Tavole per pretendere l'adempimento di un'obbligazione derivata dal contratto verbale di *sponsio*²³, rappresenta una promessa con castigo, al

¹⁹ C. LANDAZABAL BERNAL, *La conciliación nueva cultura en la solución de conflictos*, pubblicato da Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá D.C., 1993, pag. 5.

²⁰ R. VALDES SANCHEZ, *La transacción solución alternativa de conflictos*, pubblicato da Legis Bogotá D.C., 1997, pag. 26.

²¹ F. BETANCOURT, *Derecho romano clásico*, pubblicato da Universidad de Sevilla, Sevilla, 1995, pag. 34.

²² J. GONZÁLEZ SORIA, *La intervención judicial en el arbitraje. Recursos jurisdiccionales y ejecución judicial del laudo*, pubblicato da Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1988, pag. 21.

²³ G. MOUSOURAKIS, *A legal history of Rome*, pubblicato da Routledge, 2007, pag. 34.

inizio religioso, ma in seguito acquisisce contenuto patrimoniale giacché l'inadempiente della *sponsio* poteva essere riconducibile di fronte al magistrato, che negata l'esistenza del impegno, designava un *iudex* o *arbiter*, affinché decidesse la controversia patrimoniale.

Il magistrato disciplina e canalizza lo sviluppo dell'azione e precisa la materia del dibattimento, nella funzione *iurisdictio*, ossia nel indicare, per merito della *potestas* propria del magistrato, la norma giuridica applicabile²⁴; e il *iudex*, *arbiter* o *recuperatore*, autorizzato y designato dal magistrato che gli attribuisce *potestas* per il caso concreto, ma eletto dalle parti o dal magistrato, in caso di disaccordo, esamina i fatti e delibera la sentenza, nella funzione *iudicatio*, ovvero dichiara il diritto e decide conflitti giuridici concreti²⁵.

Verso l'anno 130 a.C. la *lex Æbutia*, deroga alcune *legis actiones*, introducendo il processo formulare²⁶, avviandosi una graduale sostituzione, finanche nel 17 a.C. l'imperatore Ottavio Augusto con la *lex Iuliae iudiciorum privatorum* e con la *lex Iuliae municipalis* generalizó il processo formulare, il cui cambio trova i motivi nella necessità di eludere le rigide e anacronistiche, per una Roma già cosmopolita e dominatrice dei commerci del Mediterraneo, *legis actiones*, per un rito nel quale i contendenti non pronunciano più determinate espressioni solenni, ma il magistrato compila uno scritto o, propriamente, formula che fissa la relazione giuridica, somministrando al *iudex* precisa informazione sulla materia oggetto della lite²⁷, offrendo elasticità e adattabilità alle necessità future.

L'origine del moderno arbitrato a Roma si trova nell'ambito della protezione che il pretore diede alle pratiche e usanze peculiari del traffico commerciale e del *ius gentium*, il cui fulcro non é ne il *ius* ne le *legges*, ma bensí la *fides* e la moralità.

Durante la Repubblica l'intensità delle attività commerciali, marittime e terrestri, rende inevitabile la tutela, da parte dei pretori, delle convenzioni e accordi sopranazionali caratteristici del *ius gentium* a fine di evitare l'assenza di protezione da parte del *ius civile*, superare l'impossibilità dei non romani

²⁴ F. SERRAO, *La iurisdictio del pretore peregrino*, pubblicato da Giuffré, Milano, 1954, pag. 30.

²⁵ F. SCHULZ, *Classical roman law*, pubblicato da Clarendon Press, 1951, pag. 50.

²⁶ UNIVERSITÀ DI CATANIA, *Ivra: Rivista internazionale di diritto romano e antico*, volume XX, pubblicato da Jovene, Napoli, 1961, pag. 470.

²⁷ A. BARREIRO, *Fundamentos de derecho patrimonial romano*, publicado da Editorial Ramon Areces, 1993, pag. 57.

all'accesso delle stipulazioni del *ius civile* e sottrarsi al rigoroso e assediante formalismo procurando formule processuali adatte alla realtà economica²⁸.

É sull'arbitrato privato praticato a Roma fra romani e stranieri o fra cittadini senza *ius actiones*, in cui giocava un ruolo di primo piano la *bona fides*, che il pretore romano modelló il processo formulare²⁹, ma che forse per considerarsi assorbito nel proceso formulare non ottenne tutela giudiziaria.

Nonostante l'assenza di tutela diretta giudiziaria dell'arbitrato privato, la giurisprudenza scogitó il complesso spediente di suggerire alle parti complesse reciproche *stipulationes* penali, per cui ciascuna parte prometteva all'altra il pagamento di una somma determinata qualora non avesse mantenuto l'impegno che a decidere la controversia fosse un arbitro dalle stesse parti concordemente scelto; si parló al riguardo di *compromettere* e *compromissum*³⁰.

La convenzione arbitrale ora lecita e con garanzia giudiziaria, diffusa nella prassi fra uomini di affari, che supporrebbe un rafforzamento dell'autonomia privata e libertà contrattuale, ebbe importanza e consuetudine rilevante visto che il pretore, sicuramente per l'insistenza e pressione della emergente classe di commerciante³¹, con il cosiddetto *edictum de receptis*, sancí³² fin dagli inizi del secolo II a.C.:

"Qui arbitrium pecunia compromissa receperit, eum sententiam dicere cogam".

É dunque una *coercitio* indiretta, mediante minaccia di irrogazione di una multa, nata per indurre l'arbitro designato dalle parti a svolgere il compito che doveva assumere, che in definitiva é pronunziare la sentenza.

Dopo il primo, si proposero formulari diversi e distintamente articolati che delinearono in gran parte il moderno arbitrato, prevedendo un termine per la pronunzia della sentenza³³; menzionando che con la morte dell'una o

²⁸ A. FERNÁNDEZ DE BUJAN, *Jurisdicción y arbitraje en el derecho romano*, pubblicato da Iustel, Madrid, 2006, pagg. 199-229.

²⁹ G. BROGGINI *Iudex arbiterve*, Köln Graz, 1957, pag. 189.

³⁰ R. ZIMMERMANN, *The law of obligations: roman foundations of the civilian tradition*, pubblicato da Oxford University Press, Oxford, 1996, pag. 526.

³¹ M. MORRONE, *Sull'arbitrato privato nell'esperienza giuridica romana*, in: *Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America latina*, volume 5, 1998, pagg. 57-73.

³² F. SCHULZ, *Classical roman law*, pubblicato da Clarendon, 1951, pag. 50.

³³ F. P. SABBAZIO GIUSTINIANO, *Digesto*, 4.8.14.

dell'altra parte l'arbitrato potesse continuare con i rispettivi eredi³⁴; escludendo l'arbitrato privato in materia di *crimina* e delitti infamanti³⁵, di azioni popolari e di questioni sullo *status libertatis*³⁶; stabilendo principi circa la capacità dell'arbitro³⁷, escludendo gli incapaci di agire³⁸ e in certe circostanze certuni magistrati³⁹; o ancora, fissando accurate regole di procedimento arbitrale⁴⁰; si precisò che sarebbe stata esposta a pena contrattuale non solo colui che avesse disatteso la sentenza arbitrale, ma pure chi, regolarmente convocato, senza giustificabili motivi fosse stato assente anche ad una sola delle udienze istruttorie⁴¹, ma anche la parte che avesse adito la giustizia ordinaria reclamando la stessa pretesa del *compromissum*⁴².

Contrariamente a quanto si potesse supporre, dal momento che fu immutabile il principio dell'inappellabilità della decisione arbitrale⁴³, che a differenza di quella del giudice formulare, non era esecutiva ed aveva una tutela indiretta perché la parte inadempiente era sposta soltanto all'azione derivata dalla stipulazione penale; l'arbitrato privato ebbe maggiore favore da parte della classe dei negozianti che preferirono godere di autonomia nella gestione della lite, nella scelta di un professionista esperto della realtà commerciale, nei criteri sulla base dei quali la decisione sarebbe presa, che non erano quelli del diritto ufficiale, e su questioni non previste o che non rientravano nei tipi edittali⁴⁴. Evidentemente furono decisive le aggregazioni sociali di commercianti nelle quali si fa affidamento ad un arbitro della lite pendente fra le parti, o anche di più liti⁴⁵. È possibile riscontrare, dallo studio dell'ampia casistica in materia arbitrale durante l'epoca imperiale⁴⁶, che l'arbitrato fu praticato anche dalla classe senatoria, media e dei possessori fondari, ma

³⁴ F. P. SABBAZIO GIUSTINIANO, *Digesto*, 4.8.27.1.

³⁵ F. P. SABBAZIO GIUSTINIANO, *Digesto*, 4.8.32.6.

³⁶ F. P. SABBAZIO GIUSTINIANO, *Digesto*, 4.8.27.7.

³⁷ F. P. SABBAZIO GIUSTINIANO, *Digesto*, 4.8.7.

³⁸ F. P. SABBAZIO GIUSTINIANO, *Digesto*, 4.8.9.1.

³⁹ F. P. SABBAZIO GIUSTINIANO, *Digesto*, 4.4.3.8.

⁴⁰ K.-H. ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht*, pubblicato da Beck, München, 1971, pag. 129.

⁴¹ R. KNÜTEL, *Stipulatio poena. Studien zur römischen VBertragsstrafe*, pubblicato da Beck, Köln, 1976, pag. 203 e segg.

⁴² F. P. SABBAZIO GIUSTINIANO, *Digesto*, 4.8.30.

⁴³ M. MORRONE, *Sull'arbitrato privato nell'esperienza giuridica romana*, in: *Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America latina*, volume 5, 1998, pagg. 57-73.

⁴⁴ M. TALAMANCA, *Ricerche in tema di 'compromissum'*, Milano, 1958, pag. 28.

⁴⁵ F. P. SABBAZIO GIUSTINIANO, *Digesto*, 4.8.43.

⁴⁶ F. P. SABBAZIO GIUSTINIANO, *Codex*, 1, 2 e 3 del 2.56(55).

anche fra persone di modesta condizione sociale; dimostrazione che l'arbitro non riceveva nessun corrispettivo.

Il regime dispotico ed assoluto consolidato nella Roma imperiale a partire dal secolo IV d.C., quando tutti i poteri si concentrarono nelle mani dell'imperatore, doveva incidere il regime del arbitrato classico, improntato ad una concezione privatistica che faceva dipendere l'esito dell'istituto dalla volontà e buona fede dei contendenti.

Con l'introduzione del procedimento cosiddetto *cognitio extra ordinem*⁴⁷ si profila pertanto una graduale regolamentazione statale dell'arbitrato, così come di tutte le fonti del diritto; ma l'arbitrato privato è così saldamente diffuso, soprattutto nello spirito dei commercianti per le sue caratteristiche favorevoli agli usi dei mercanti, che non solo sopravvive bensì tonifica la sua vitalità.

Una costituzione imperiale del 389⁴⁸ di Arcadio, Valentiniano e Teodosio impone ai giudici ed arbitri il rispetto del calendario festivo cristiano, menzionando tra le forme di processo ufficiale l'arbitrato; un'altra del 395⁴⁹ di Arcadio ed Onorio elenca le decisioni degli arbitri privati fra gli atti che conservano validità.

Gli imperatori Arcadio, Onorio e Teodosio nel 408 introducono le *episcopalis audientia*, stabilendo che le decisioni affidate dai fedeli cristiani, anche senza l'espedito delle reciproche stipulazioni, al loro arrivo erano dotate di efficacia esecutiva⁵⁰; analogo provvedimento era stato adottato dieci anni prima per favorire i fedeli di religione ebraica che avessero fatto ricorso alla loro autorità spirituale⁵¹.

Ma è l'artefice del *Corpus Iuris Civilis*, l'imperatore Flavio Pietro Sabbazio Giustiniano, che intervenne incisivamente in materia, trasformando l'arbitrato all'aspetto moderno, dotando la decisione, se la convenzione arbitrale fosse accompagnata da giuramento solenne e debitamente documentata, di forza vincolante ed esecutiva⁵². Purtroppo dieci anni dopo, visto i risultati negativi della prassi, lo stesso Giustiniano proibì l'arbitrato

⁴⁷ M. MORRONE, *Sull'arbitrato privato nell'esperienza giuridica romana*, in: *Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America latina*, volume 5, 1998, pagg. 57-73.

⁴⁸ F. P. SABBAZIO GIUSTINIANO, *Codex*, 3.12.7(6).

⁴⁹ TEODOSIO II, *Codex*, 15.14.9.

⁵⁰ F. P. SABBAZIO GIUSTINIANO, *Codex*, 1.4.8.

⁵¹ F. P. SABBAZIO GIUSTINIANO, *Codex*, 1.9.8.

⁵² F. P. SABBAZIO GIUSTINIANO, *Codex*, 1, 2 e 4 del 2.56(55).4; e pr. e 1 del 2.56(55).5.

giurato, revocando l'efficacia diretta della decisione arbitrale⁵³, ma fermo restando la necessità di convenzione scritta. In questo periodo, ma in generale durante la millenaria vigenza del diritto romano, si configurano le caratteristiche proprie dell'arbitrato che dopo quindici secoli sono distintive dell'istituto, fra tutte, la facoltà concessa alle parti di giovare nel giudizio ordinario delle prove testimoniali raccolte nel procedimento arbitrale⁵⁴ e l'effetto interruttivo della prescrizione nell'incoare l'arbitrato⁵⁵, entrambe dell'anno 530, la celerità relativa al processo ordinario⁵⁶, l'economia, la semplicità e chiarezza del procedimento⁵⁷, probità e perizia degli arbitri nominati direttamente dalla parti⁵⁸, riservatezza del dibattimento⁵⁹ e ammissione di tutela di relazioni non previste dalle fonti statali.

Nell'età postclassica e giustiniana venuto meno il processo formulare⁶⁰, l'arbitrato privato, anche se intaccato dalla necessità imperiale di accorpore anche le manifestazioni giuridiche sotto il suo potere e quindi oggetto di avversione, si affermò sul processo ordinario a causa dei costi, complessità e durata di quest'ultimo, ma soprattutto dall'autonomia lasciata ai contendenti dall'arbitrato⁶¹.

La causa del maggiore favore per l'arbitrato si trova nell'esistenza di formazioni sociali libere e spontanee, aggregazioni di artigiani, *collegia* o *sodalitates*⁶², nelle quali i cittadini commercianti si affidarono alla *bona fides* dell'altro contraente e alla solidarietà fra uomini d'affari romani e non romani, che gestivano i loro negozi sulla base di una prassi determinata e conosciuta, e interessati all'osservanza di essa, in cerca di affidabilità nel sentire che arbitro e parti appartengono alla stessa formazione sociale. Significa che l'arbitrato privato sopravvisse al controllo e manipolazione imperiale dell'epoca

⁵³ F. P. SABBAZIO GIUSTINIANO, *Novelæ*, 82.11.

⁵⁴ F. P. SABBAZIO GIUSTINIANO, *Codex*, 4.20.20.

⁵⁵ F. P. SABBAZIO GIUSTINIANO, *Codex*, 2.56(55).5.1.

⁵⁶ F. P. SABBAZIO GIUSTINIANO, *Codex*, 3.1.13.1.

⁵⁷ E. GONZÁLEZ DE CANCINO, *Arbitraje romano*, in: *El contrato de arbitraje* pubblicato da Legis, Bogotá D.C., 2005, pagg. 31-32.

⁵⁸ G. BUIGUES OLIVER, *La solución amistosa de los conflictos en el derecho romano: el arbitrer ex compromisso*, pubblicato da Montecorvo, Madrid, 1990, pag. 103.

⁵⁹ B. DE LOYNES DE FUMICHON e M. HUMBERTE, *L'arbitrage á Rome*, in: *Revue de l'arbitrage*, volume 2, 2003, pag. 327.

⁶⁰ E. PETIT, *Tratado elemental de derecho romano*, pubblicato da Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 1910, pag. 648.

⁶¹ M. MORRONE, *Sull'arbitrato privato nell'esperienza giuridica romana*, in: *Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America latina*, volume 5, 1998, pagg. 57-73.

⁶² C. BRENNAN, *The Praetorship in the roman republic*, pubblicato da Oxford University Press, Oxford, 2000, pag. 423.

postclassica, oltre che per un inadeguato processo ordinario, per l'irrigidimento della società in classi.

Assume forma la caratteristica, che perdurará durante tutto il Medioevo fino alla Rivoluzione Francese e addirittura presente nelle problematiche del diritto amministrativo, per cui l'arbitrato é espressione di gruppi economici, e comunque sociali, che si identificano nelle proprie ed escludenti manifestazioni piú che nelle istituzioni statali, al punto che ritengono piú sicuro e molto naturale risolvere fra essi le controversie affidandole ad uno di loro anziché ad un giudice di una struttura considerata estranea⁶³.

Nel diritto medievale sussistono le *episcopalis audientia* che durante la dominazione ostrogota in Italia, fino all'occupazione longobarda, ebbero una struttura giuridica edificata attorno alla facoltà delle parti di essere liberamente sottoposti al giudizio del tribunale del vescovo⁶⁴; l'uso dell'arbitrato invoglió i credenti della Chiesa Cattolica a rivolgersi alla giurisdizione del vescovo, in sostituzione delle magistrature dello Stato.

Il vuoto di potere lasciato dall'annientamento del impero romano fu assunto da popolazioni con debole, o addirittura mancante, organizzazione giudiziaria e autorità statale, ma che nel piano giuridico avevano adottato la tradizione romanistica, quindi é assioma la solida e consistente affermazione parallela dell'arbitrato incoraggiato della Chiesa Cattolica⁶⁵ e dell'arbitrato praticato mediante le aggregazioni professioniste a cui facevano capo gli artigiani e commercianti.

In epoca feudale, con la crisi del potere statale, fu un fenomeno naturale la sfiducia della struttura pubblica e tendenza a mezzi alternativi nella risoluzione di conflitti, risultando piú frequenti le definizioni arbitrali delle sentenze giudiziarie, anche quando le parti volevano che la controversia fosse decisa secondo le norme del diritto positivo.

Riferimenti a forme di giudizio arbitrale si rinvengono in molte fonti medioevali. La *lex visigothorum* prevede espressamente l'istituto⁶⁶, anche la *lex salica* la quale determinó che gli *apretictores pretti* determinassero il

⁶³ F. MAZZARELLA, *Arbitrato e processo*, pubblicato da CEDAM, Padova, 1968, pag. 181 e segg.

⁶⁴ P. DEL GIUDICE, *Storia del diritto italiano*, pubblicato da Saucer & Auvermann, 1969, pag. 30.

⁶⁵ L. GULIZIA, *L'anello spezzato della storia. Dal senso della vita nelle antiche civiltà alla devastazione della vita nell'era occidentale*, pubblicato da Caravaggio Editore, 2008, pag. 284.

⁶⁶ B. SAITTA, *L'antisemitismo nella Spagna visigotica*, pubblicato da L'Erma di Bretschneider, 1995, pag. 8.

valore delle cose che il debitore avrebbe dovuto corrispondere al suo creditore⁶⁷, nel caso di impossibilità di adempimento in denaro. Il *Breviarium de Alarico* nella zona d'influenza iberica e la prima opera giuridica ispanica *Liber Iudiciorum* dispongono di un arbitrato giustiniano con forza esecutiva e effetti in giudicato⁶⁸.

Nell'età del diritto comunale le regole contenute nel *Corpus Iuris*, sul *iudex, arbiter* y sul *compromissum*, furono ampiamente utilizzate dai giuristi. Il diritto canonico intervenne con disposizioni più adeguate alla funzione dell'arbitrato, concedendo alle parti ampie facoltà nella scelta del rito, della forma dei giudizi arbitrali e della nomina degli arbitri, si concesse, inoltre, anche alle donne la possibilità di essere nominate arbitro⁶⁹. Anche gli statuti cittadini prevedevano e disciplinavano le decisioni arbitrali. A Venezia il *Capitolare nauticum* del 1255 stabilì l'elezione di tre arbitri per decidere le controversie di diritto marittimo, Federico II di Sicilia, anche se proteso a concentrare anche il potere giudicante, permise, nella sua legislazione, la possibilità del ricorso all'arbitrato⁷⁰.

Il rinascimento giuridico medioevale del secolo XIII e le nuove esigenze della vita economica e sociale, maturate in Italia con la rivoluzione dei Comuni e in Spagna con le *Siete Partidas* di Alfonso X *El Sabio*⁷¹, fanno prosperare la divergenza fra l'*arbiter*, che decideva secondo le norme del diritto positivo *secundum iudiciorum ordinem* la cui decisione era appellabile, e l'*arbitrator* che definiva una causa civile *ex bono et æquo* senza possibilità d'impugnazione⁷², contrasto di speciale importanza nello svolgimento storico dell'arbitrato nella sua graduale metamorfosi da istituto di natura privatistica ad istituto processuale. In realtà il superamento della concezione privatistica dell'arbitrato, permette uniformare l'arbitrato al giudizio pubblico.

Il conferimento agli arbitri dell'esercizio degli stessi poteri e funzioni attribuiti ai magistrati pubblici, nei casi indicati nel compromesso, significa la stessa

⁶⁷ O. D'AGOSTINI, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro: aggiornato al decreto legislativo 40/2006*, pubblicato da Halley Editrice, 2006, pag. 17.

⁶⁸ J. M. CHILLÓN MEDINA e J. F. MERINO MERCHÁN, *Tratado de arbitraje privado nacional e internacional*, pubblicato da Editorial Civitas, Madrid, 1991, pag. 47.

⁶⁹ A. ROMANO, *La composizione dei conflitti fra privati nell'area italiana, tra medioevo ed età moderna*, in: *L'assistance dans la résolution des conflits: Assistance in conflict resolution*, pubblicato da De Boeck Université, Bruxelles, 1998, pag. 172.

⁷⁰ O. D'AGOSTINI, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro: aggiornato al decreto legislativo 40/2006*, pubblicato da Halley Editrice, 2006, pag. 17.

⁷¹ E. DUQUE, *Del arbitramento mercantile*, pubblicato da Colección Jurídica Bedout, Medellín, 1976, pag. 16.

⁷² L. MARTONE, *Arbiter-arbitrator. Forme di giustizia privata nell'età del diritto comune*, Napoli, 1984, pagg. 36-56.

attribuzione, negli effetti, al giudizio arbitrale della sentenza pronunciata da un magistrato pubblico, avendo come conseguenza l'esecutorietà della decisione dell'*arbiter*.

L'evoluzione verso l'esecutorietà del lodo arbitrale delle aggregazioni di mercanti e artigiani é una conquista fondamentale, che insieme alla carenza d'autorità statale inaugurano un periodo d'oro per l'autonomia e indipendenza della classe dei negozianti ed artigiani, favorendo all'interno delle corporazioni professionali la nascita del *ius mercatorum* come diritto creato direttamente dalla classe mercantile senza mediazione della società politica, come diritto imposto nel nome di una classe⁷³, e soprattutto creato dalla classe mercantile. Le istituzioni di classe e quelle politiche, quali distinti centri di organizzazione, creano diritto.

Il nuovo gruppo sociale si dà, con le corporazioni, proprie organizzazioni di classe, e fonda, con i comuni, proprie strutture politiche, con le quali sviluppano la propria condizione di classe ed esercitano funzioni dirigenti sulle altre classi sociali. All'interno del comune alla crescente potenza economica del capitale commerciale si accompagna l'ascesa politica della classe mercantile.

Le corporazioni professionali di tutte le città italiane comunali Milano, Venezia, Genova, Firenze, e alcune iberiche come le *Ordenanzas de Bilbao*, disponevano di statuti che contemplavano una assemblea generale che eleggeva un consiglio e uno o vari consoli o tribunali di commercio, con facoltà amministrative e disciplinari all'inizio, e con l'affidamento della risoluzione di conflitti fra i suoi soci, apprendisti e manovali acquisisce funzioni giurisdizionali, separati e diversi da quelli ordinari, caratterizzata da norme processuali sommarie, ricco di consuetudine mercantile e sgombro da formalismo⁷⁴, ideale terreno per lo sviluppo del *ius mercatorum* come diritto tendenzialmente universale, ultra-comunale che nel Cinquecento é definito da Benvenuto Stracca come europeo, quale nuovo *ius gentium*⁷⁵. Le fonti del *ius mercatorum* diventano gli statuti delle corporazioni mercantili, le consuetudini mercantili e la giurisprudenza del arbitrato della curia della circoscrizione dei mercanti.

⁷³ A. LATTES, *Il diritto commerciale nella legislazione statutaria delle città italiane*, Milano, 1884, pagg. 65.

⁷⁴ J. BENETTI SALGAR, *El arbitraje en el derecho colombiano*, pubblicato da Temis, Bogotá D.C., 1994, pagg. 4-5.

⁷⁵ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *Centenario del Código de Comercio*, pubblicato da Universidad Autónoma de México, México D.C., 1991, pag. 293.

I registri notarili ebraici fin dal secolo XVI richiamano il diritto degli ebrei di ricorrere a un cosiddetto lodo arbitrale giudaico⁷⁶, e addirittura nella seconda metà dello stesso secolo in Spagna l'arbitrato nelle controversie dove uno dei commercianti fosse di religione ebraica assume un carattere coattivo, trasformando la legge ebraica in statuto personale necessario⁷⁷.

Como risposta alla conquista delle Americhe in Spagna si promulgano disposizioni per il nuovo continente nelle quali si prevede l'istituto arbitrato: *Las leyes de Toro* del 1505 durante il regno di Juana La Loca⁷⁸, la *Recopilacion de las Leyes de los Reinos de las Indias*⁷⁹ del 18 maggio 1680 durante il reame di Carlos II, le *Ordenanzas de Bilbao* e la *Novísima Recopilacion* emesse da Carlos IV nel 1737 e 1805 rispettivamente⁸⁰.

Fino all'epoca comunale la classe commerciante fu in grado di evitare l'intervenzione della corona imperiale sui dibattiti corporativi e sulle sue forme di risoluzione di conflitti, ma l'arbitrato inizia a declinare con l'ascesa del potere monarchico e con il germogliare del potere dello Stato moderno, e la loro deduttiva necessità di sottomettere qualsiasi manifestazione di funzione giudiziaria alla volontà del regnante, soprattutto con l'assolutismo di Luigi XIV, il re sole che eclissò l'arbitrato e molte altre manifestazioni di spontaneità sociale a causa della sua onnipotenza *l'État c'est moi*.

La decadenza dell'arbitrato si avvertì in maggiore misura nelle città, anteriormente comuni, che avevano fatto delle attività commerciali il loro principale motivo di sviluppo e ricchezza, e che tolleravano o erano sottomesse a potestà politica o influsso geografico delle monarchie forti e con raggi d'azione su un vasto territorio. La classe mercantile cessa di essere artefice del proprio diritto, il diritto commerciale, che è l'unica fonte e fine del arbitrato, subisce una duplice trasformazione: non è più diritto di classe, ma diritto di Stato; e non è più diritto universale, ma diritto nazionale. La transizione si compie in Francia, con gli editti di Francesco II e di Carlo IX rispettivamente del 1560 e 1563, dalle magistrature mercantili ai tribunali di

⁷⁶ M. PERANI, *Materia giudaica. Rivista dell'Associazione italiana per lo studio del giudaismo*, 2004, pag. 58.

⁷⁷ V. COLORNI, *Legge ebraica e leggi locali, ricerche sull'ambito dell'applicazione del diritto ebraico in Italia*, pubblicato da Istituto di Diritto Romano dei Diritti dell'Oriente Mediterraneo e di Storia del Diritto, Milano, 1945, pag. 306.

⁷⁸ G. VALENCIA SALA, *El Mayorazgo en la audiencia de Quito*, pubblicato da Editorial Abya Yala, México D.C., 1994, pagg. 17 e segg.

⁷⁹ L. SUAREZ FERNANDEZ, *La crisis de la hegemonia española, siglo XVII*, pubblicato da Ediciones Rialp, México D.C., 1986, pag. 381 e segg.

⁸⁰ L. GAZQUEZ SERRANO, *El contrato de mediacion o corretaje*, pubblicato da La Ley, 2007, pagg. 14 e segg.

Stato, sebbene concepito come tribunali speciali, formati da giudici eletti da una assemblea di mercanti, ma nominati dal re e investiti di potere sovrano⁸¹.

La progressiva concentrazione di ogni funzione pubblica delinea la tendenza alla limitazione e addirittura alla volontà di eliminazione dei giudizi arbitrali. Nel settecento la costituzione piemontese fu nettamente contraria all'istituto, i codici parmense e sardo, così come il primo Codice di Procedura Civile del Regno d'Italia prevedono soltanto l'arbitrato volontario.

Ma le virtù dell'arbitrato lo fanno sopravvivere al totalitarismo politico, infatti alla perdita di potere politico della classe mercantile non corrisponde una diminuzione del ritmo di accumulazione del capitale commerciale, che insieme alla inutile e incapace realtà dei processi pubblici, resero l'arbitrato giovevole e incluso obbligatorio nei conflitti commerciali e familiari, in conformità con gli editti francesi del 1560 e 1673, e le *Ordenanzas de Bilbao* del 1737⁸².

La politica del diritto commerciale della monarchia assoluta francesca dà vita alla prima legislazione organica della materia, con le Ordenanze sul Commercio del 1673 e sulla Marina del 1681⁸³, che nonostante la ferrea disciplina imposta dall'alto ai mercanti-sudditi mantenuta dal dispotismo illuminato durante circa un secolo, che aveva sostituito la autodisciplina della classe dei mercanti, comprendono la tenace esistenza dell'arbitrato fino a fine secolo XVII.

La *Révolution* Francese replica contra l'assolutismo anche nel campo dell'arbitrato estendendo l'istituto in ambito volontario perché ritiene che sia un meccanismo o antidoto adeguato contra gli abusi, gli oneri e le lungaggini della giustizia dello Stato⁸⁴, e lo considera compatibile con i principi repubblicani e liberali, il cui nucleo è il contratto sociale, promovendo la libera e autonoma investitura dei quadri dello Stato da parte dei cittadini. L'Assamblea Generale lo dichiara quale miglior istituto per concludere i conflitti fra i cittadini, e lo erige a categoria di principio costituzionale della Costituzione del 1791, stabilendo che il diritto dei cittadini per concludere definitivamente le loro divergenze per mezzo dell'arbitrato non può soffrire

⁸¹ G. NAPODANO, *Del pubblico ministero nei popoli civili e delle sue condizioni in Italia*, pubblicato da Tipografia di Gabriele Argenio, 1880, pag. 19 e segg.

⁸² J. BENETTI SALGAR, *El arbitraje en el derecho colombiano*, pubblicato da Temis, Bogotá D.C., 1994, pag. 5.

⁸³ A. MARTÍN RODRÍGUEZ, *La unificación civil y mercantil en la contratación privada*, pubblicato da Editorial Ramon Areces, 2006, pag. 47.

⁸⁴ P. AYLWIN AZOCAR, *El juicio arbitral*, pubblicato da Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1958, pagg. 64 e 67.

nessuna restrizione da parte del potere esecutivo⁸⁵ né diminuzione dal potere legislativo, nozione derivata dal principio cardine della autonomia della volontà in materia contrattuale, ovvero si è dinanzi al moderno, e addirittura attuale, *compromissum* romano.

Di conseguenza Francia, ma non solo, vista l'evoluzione simile negli altri paesi europei, intraprende l'abilitazione del arbitrato volontario con decreto del agosto 1790⁸⁶, e posteriormente si arriva all'estremo di farlo obbligatorio, con decreto del giugno 1793, in parecchi soggetti relativi a controversie patrimoniali e di proprietà, tramite arbitri designati dalla Assambla Generale⁸⁷ affinché senza corrispettivo decidano in unica istanza. Esempio delle reazioni violente è il rozzo giuoco storico del andirivieni fra gli stremi i cui risultati sono spesso per niente propizi. Originale paradosso: nel momento in cui si riconosce politicamente il diritto al *compromissum*, si impone legislativamente l'arbitrato obbligatorio. L'eccesso in cui si era caduti provocò la reazione e si tentò di nuovo di abolire l'arbitrato coatto⁸⁸, mantenendosi soltanto per le liti fra soci in conformità con la legge 9 ventoso anno IV⁸⁹.

Pochi anni dopo il *Code de Commerce* oltre ad attribuire la condizione di commerciante spaccando durante tutto il secolo XVIII e parte del successivo l'unità di soggetto di diritto privato, nell'articolo 618 riserva la giurisdizione sugli atti di commercio ai tribunali di commercio eletti in una assemblea composta di commercianti notabili, e principalmente dai capi delle case più antiche e raccomandate per la probità, il senso dell'ordine e dell'economia, anche se la lista era formata dal prefetto ed approvata dal ministro dell'interno, secondo l'articolo 619, quindi giurisdizione speciale, e non arbitrato, ma gli articoli 51 e 52 dispongono che le controversie fra soci si sottraggono alla cognizione di questi tribunali, per essere rimesse ad arbitri designati dalle parti o dal tribunale di commercio, e il cui appello era sottoposto alla corte d'appello ordinaria.

Nella seconda metà dell'ottocento Georg Wilhelm Friedrich Hegel con il trionfo della sua concezione dello Stato, quale istituzione suprema che trova in se la

⁸⁵ H. MORALES, *Curso de derecho procesal civil*, pubblicato da Editorial A.B.C., Bogotá D.C., 1973, pag. 57.

⁸⁶ ISTITUTO PER LA STORIA DEL RISORGIMENTO ITALIANO, *Rassegna storica del risorgimento*, 1985, pag. 158.

⁸⁷ D. A. GALDI, *Commentario del codice di procedura civile del regno d'Italia*, pubblicato da Jovene, Napoli, 1887, pag. 91.

⁸⁸ D. CAVALLERI, *Diritto giudiziario civile, ordinamento giudiziario, principi generali della procedura civile*, pubblicato da U. Hoepli, 1906, pag. 305.

⁸⁹ A. ROCCO, *Le società commerciali in rapporto al giudizio civile*, pubblicato da Fratelli Bocca, 1898, pag. 178.

sua fonte di legittimazione, nel ottocento determina l'ultimo maggior allontanamento fra giurisdizione e arbitrato. Il Codice Civile italiano del 1865 porta in se l'opinione che la giustizia non può che essere una funzione dello Stato, e quindi la funzione arbitrale, intesa come giustizia privata, viene relegata nella sfera dell'autonomia privata, considerando che é irrelevante l'arbitrato se non é incanalato nella ufficialitá statale. Concezione questa, congeniale alla ideologia fascista, che fu ben volentieri adottata dal Legislatore del 1940. Il Codice di Procedura Civile italiano accentua la non rilevanza della decisione degli arbitri come atto di giustizia.

Con la conquista dei diritti dei lavoratori organizzati e la comparsa legittima dei primi sindacati, nell'ultima parte del secolo XVIII si diffuse l'arbitrato per conflitti dei contratti collettivi di lavoro, al inizio volontario, come lo preannunciano le leggi francesi del 27 dicembre 1892 che contempló per la prima volta un procedimento conciliatorio e d'arbitrato volontario per risolvere conflitti collettivi in materia di contratti di lavoro⁹⁰ e quella del 1936 che impone la conciliazione e l'arbitrato come indispensabili per la procedibilitá dello sciopero⁹¹; modello seguito in tutto il mondo occidentale e in attuazione già nella prima metà del secolo scorso. Sono Australia e Nuova Zelanda i paesi precursori nel imporre ammenda al inosservante della procedura di arbitrato come meccanismo previo di risoluzione di conflitti collettivi di lavoro⁹².

Dopo la rinascita economica seguita alla Seconda Guerra Mondiale i flussi commerciali e gli scambi, non solo mercantili, ma anche di diversa natura, come culturali e sociali, a livello transoceanico, generano l'avvento della società post-industriale. Resta inmutata la configurazione degli ordinamenti legali con una sola innovazione giuridica: il contratto. Il contratto fra i privati prende il posto della legge in molti settori della vita sociale e nel piano planetario supple il vuoto normativo e le difficoltà di sovranitá statale, problematiche queste, ma anche ostacoli, a cui la classe mercante dagli inizi del millenio scorso ha cercato soluzione.

Nella società del mercato globale l'intera organizzazione ha dimensioni planetarie, nella quale non circolano solo merci, ma contratti di *know-how*, di *joint venture* e tanti quanti sono le possibilità della creativitá

⁹⁰ A. CONTENTO, *La legislazione operaia: origini, sviluppo, stato attuale*, pubblicato da Roux e Viarengo, 1901, pag. 212.

⁹¹ A. MASSANDRO MAIELLO, *Sindacati in Europa: storia, modelli, culture a confronto*, pubblicato da Rubettino Editore, 2002, pag. 162.

⁹² O. J. LIMA, *Derecho colectivo del trabajo*, publicado da Ediciones Jurídicas Cuyo, 1989, pag. 81.

imprenditoriale⁹³. Di fronte a questa realtà il diritto, nel senso ampio e naturalistico, é frantumato dalla giurisdizione statale, che impedisce alle convenzioni internazionali di diritto uniforme, che di per se sono rare, avere un raggio d'azione adeguato e moderno.

La scena giuridica della seconda parte del secolo scorso e inizio dell'attuale é dominata dalla circolazione internazionale dei modelli contrattuali uniformi. Il piú delle volte atipici, creati, non dai legislatori, ma dagli uffici legali delle grandi multinazionali. Alla scarsa propensione dei legislatori nazionali alla integrazione internazionale del diritto si contrappone un opposto atteggiamento dei giudici, in discreta misura, ma soprattutto dell'accademia. L'intuizione di Hegel manifesta significati nuovi e inaspettati.

Diventa essenziale l'effettività e la coercibilità delle obbligazioni stipulate, realizzate, eseguite ed estinte, ma anche inadempite, che possono essere irrelevanti per la giurisdizione interna, a fine dell'efficacia e sicurezza giuridica dell'investimento é indispensabile un celere, retto e soprattutto transnazionale meccanismo di risoluzione delle controversie; trovando risposta nel antichissimo ma anche moderno istituto dell'arbitrato, che prende ora l'aggettivo di internazionale.

L'espansione del commercio internazionale ha indotto alla uniformità delle regole dell'arbitrato, il cui primo tentativo fu il Congresso Giuridico Sudamericano che si svolse a Montevideo nel 1889, a cui seguirono altri: i Protocolli di Ginevra del 24 settembre 1923 e del 26 settembre 1927, la Sesta e la Settima Conferenza Internazionale Americana realizzata nel 1928 nella capitale cubana e nel 1933 a Montevideo rispettivamente, il Trattato di Diritto Processuale Internazionale di Montevideo del 1940, il *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* del 1958, la Convenzione di Ginevra sull'Arbitrato Commerciale Internazionale del 1961, la Convenzione per la Risoluzione delle Controversie in Materia d'Investimento di Washington del 1965, la Convenzione Interamericana d'Arbitrato Commerciale Internazionale di Panama del 1975, la Convenzione Interamericana sull'Efficacia Extraterritoriale dei Lodi Arbitrali di Montevideo del 1979 e la fondamentale Legge Modello UNCITRAL sull'Arbitrato Commerciale Internazionale del 21 giugno 1985 dalla *United Nations Commission on International Trade Law* la cui ratifica da parte degli Stati membri é stata raccomandata dall'Assamblea Generale delle Nazioni Unite.

Nel epoca moderna l'arbitrato é oggetto di grande sviluppo nel campo internazionale con la creazione dell'arbitrato internazionale, amministrato o

⁹³ A QUADRIO CURZIO, *Globalizzazione: profili economici*, Bologna, 1999, pag. 41.

ad hoc, e nel campo nazionale con il riconoscimento espresso, specifico e distintivo in quasi tutte le legislazioni. Curioso che incluso i Codici Canonici della Chiesa Romana, nel canone 1713, e della Chiesa Orientale dell'anno 1990, nei canoni 1168 e seguenti, regolino l'arbitrato.

Al diritto di carattere globale si dá il nome di *lex mercatoria* prodotto nella diffusione internazionale delle pratiche contrattuali del mondo degli affari, negli usi del commercio internazionale e nella *ratio decidendi* adottata dagli arbitri internazionali che forma un corpo di *regulæ iuris* che gli operatori economici sono indotti ad osservare sulla previsione che, in caso di controversia, verranno applicate ai loro rapporti commerciali⁹⁴.

⁹⁴ F. GALGANO, *Lex mercatoria*, pubblicato da Il Mulino, Bologna, 2001, pag. 238-239.