

CORRUZIONE DEGLI ARBITRI E RIFORMA DEL PROCESSO CIVILE

di Marco Gambardella

Abstract. *Tra le nuove misure volte a ridurre il contenzioso civile, il legislatore ha previsto l'inedita figura dell'arbitrato forense (art. 1 d.l. n. 132 del 2014). Da più parti si è messo in dubbio che l'arbitro-avvocato rivesta la qualifica di agente pubblico stante il disposto dell'art. 813, comma 2, c.p.c. che lo esclude esplicitamente. Con la conseguenza che non sarebbero configurabili nei confronti degli arbitri, ricorrendone gli altri requisiti, i delitti di corruzione.*

SOMMARIO: 1. Il nuovo modello di arbitrato forense. – 2. La nozione di agente pubblico “agli effetti della legge penale”. – 3. La concezione funzionale-oggettiva. – 4. L'arbitrato come esercizio della funzione giurisdizionale e la configurabilità in capo all'arbitro-avvocato della corruzione.

1. Il nuovo modello di arbitrato forense.

Il recentissimo intervento normativo (d.l. n. 132 del 2014, conv. dalla l. n. 162 del 2014) che, con finalità di eliminazione dell'arretrato, ha introdotto nell'ordinamento uno strumento giuridico per trasferire in sede arbitrale le cause civili pendenti dinanzi all'autorità giudiziaria, ha trascinato con sé una delicata questione di natura penale. La questione ruota grosso modo intorno all'interrogativo se spetta all'arbitro, cui è stata rimessa la risoluzione della controversia, lo statuto penale di agente pubblico *ex artt.* 357 e 358 c.p.

Ora, la riduzione del contenzioso civile è stata perseguita attraverso la scelta di politica legislativa volta a valorizzare la professionalità e le competenze del mondo dell'avvocatura: l'arbitro non potrà che essere un avvocato nominato dal consiglio dell'ordine. All'avvocato è stato affidato così un ruolo primario nell'opera di amministrazione della giustizia, al fine di farlo concorrere a realizzare in modo fattivo e diretto l'obiettivo di deflazione del contenzioso civile.

All'art. 1 d.l. n. 132 cit. è, in particolare, previsto che nelle cause civili pendenti in primo grado o in appello, le parti possano congiuntamente richiedere di promuovere un procedimento arbitrale, secondo le ordinarie regole dell'arbitrato contenute nel codice di procedura civile espressamente richiamate nell'ultima parte dell'art. 1 comma 1 cit. Si tratta pertanto di una nuova forma di arbitrato rituale *ad hoc*,

che vede protagonisti gli avvocati e non già di un arbitro amministrato (come, ad esempio, quello incardinato presso enti privati)¹.

Ebbene, si è sollevato il dubbio che, a seguito della riforma del processo civile, si siano creati spazi di “immunità” per il fenomeno corruttivo prima sconosciuti, aree ormai sottratte all’applicazione dei delitti in materia di corruzione².

In altre parole, corrispondere (o promettere) una somma di denaro o altra utilità a un arbitro-avvocato per avere ragione nella causa civile trasferita in sede arbitrale non integrerebbe né il reato di corruzione in atti giudiziari (art. 319-ter c.p.) né tantomeno quello di corruzione propria (art. 319 c.p.) e neppure il delitto di corruzione tra privati (art. 2635 c.c.) per l’assenza della qualifica soggettiva di amministratore, direttore generale di società, sindaco, liquidatore, ecc.

Invero, secondo questa tesi, l’arbitro non potrebbe rivestire la qualifica soggettiva di agente pubblico necessaria per realizzare i delitti di corruzione, poiché a seguito della modifica dell’art. 813, comma 2 c.p.c., avvenuta con il d.lgs. n. 40 del 2006 il legislatore ha stabilito testualmente che “agli arbitri non compete la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di un pubblico servizio”³.

E tale ultima disposizione è qui applicabile in virtù del richiamo contenuto nell’art. 1 d.l. n. 132 cit. alla disciplina dell’arbitrato del codice di procedura civile (titolo VIII del libro IV).

Oltretutto, nella giurisprudenza di legittimità in una recente decisione – in relazione ad una fattispecie in cui è stata esclusa la commissione del reato di corruzione – si è sostenuto, senza tuttavia un particolare approfondimento della tematica, che il consulente tecnico di ufficio nominato nell’ambito di un procedimento arbitrale non assume la qualità di pubblico ufficiale né di incaricato di pubblico servizio, in quanto egli esplica funzione ausiliaria in relazione ad un istituto, l’arbitrato, di natura privatistica, ed a favore di soggetti, gli arbitri, che non sono pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio⁴.

Per quanto concerne nello specifico la configurabilità del delitto di corruzione in atti giudiziari, va posta in evidenza una questione peculiare. Rileva, infatti, in proposito che dal punto di vista dei soggetti attivi l’art. 319-ter c.p. non prende

¹ C. PUNZI, *Disegno sistematico dell’arbitrato*, Padova, 2012, p. 5 ss.

² L. FERRARELLA, *Il processo civile punta sugli arbitri (e sono corrompibili)*, in *Corriere della Sera*, 12 novembre 2014. Articolo pubblicato anche in questa [Rivista](#), 13 novembre 2014.

³ L. FERRARELLA, *Il processo civile punta sugli arbitri (e sono corrompibili)*, cit. In dottrina, cfr. C. BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, tomo I, in *Trattato di diritto penale Marinucci-Dolcini*, Padova, 2013, p. 81 ss., secondo cui posto che il problema si pone solo per l’arbitrato rituale, poiché per quello irrituale siamo in presenza di un istituto privatistico equiparabile al contratto, a seguito dell’espressa previsione normativa dell’art. 813, comma 2, c.p.c. gli arbitri non devono essere considerati agenti pubblici. In senso difforme, v. M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione, I delitti dei privati. Le qualifiche soggettive pubblicistiche*, Artt. 336-360 cod. pen., Milano, 2008, p. 290 ss., il quale, sulla scorta della oggettivazione della pubblica funzione, ritiene pubblici ufficiali gli arbitri di un arbitrato rituale, pur se nominati dalle parti private e non dall’autorità giudiziaria ex artt. 809 e 810 c.p.c., pur sottolineando come tale inquadramento sembri essere disatteso dalla “discutibile” scelta legislativa dell’art. 813, comma 2, c.p.c.

⁴ Cass. pen., Sez. VI, 22 gennaio 2013, n. 5901, in *C.E.D. Cass.*, n. 254308.

esplicitamente in considerazione – a livello di enunciato legislativo – il “pubblico ufficiale” quale autore del reato, come invece succede nell’*incipit* degli artt. 318 e 319 c.p. Sennonché, si può affermare che il delitto di corruzione in atti giudiziari richiede necessariamente la presenza di almeno uno dei soggetti del *pactum sceleris* che riveste la qualifica di pubblico ufficiale, dovendosi ritenere tale *status* ricompreso nella nozione di “fatti indicati negli articoli 318 e 319”. Tuttavia, soggetto attivo qualificato della corruzione in atti giudiziari è soltanto il pubblico ufficiale, giacché l’art. 320 c.p. stabilisce che le disposizioni di cui agli artt. 318 e 319 c.p. si applicano anche all’incaricato di un pubblico servizio, senza menzionare dunque l’art. 319-ter c.p.; e ciò è confermato pure dalla residualità delle attività riservate agli incaricati di pubblico servizio, che non sono idonee ad integrare il fine specifico della norma del favorire o danneggiare una parte processuale⁵. L’art. 321 c.p. estende poi al privato corruttore le pene previste nell’art. 319-ter c.p., stante la struttura “plurisoggettiva necessaria” di quest’ultimo delitto.

2. La nozione di agente pubblico “agli effetti della legge penale”.

Ma era davvero indispensabile inserire un collegamento tra la nuova disciplina del 2006 in tema di arbitrato (art. 813, comma 2, c.p.c.), che esclude la qualifica soggettiva di agente pubblico, e la riforma del processo civile del 2014, per fare in modo che gli arbitri siano assoggettati allo statuto penale della pubblica amministrazione? Occorreva, cioè, inserire una disposizione specifica per ricondurre gli arbitri nel novero degli agenti pubblici, equiparandoli ai giudici?

Conviene dipanare una serie di equivoci che rischiano di condurre a soluzioni paradossali o quanto meno “irragionevoli”, come quella di non ritenere configurabile il delitto di corruzione allorché un arbitro-avvocato a cui sia stata rimessa la causa, con il consenso delle parti (d.l. n. 132 del 2014), accetti denaro o altra utilità per favorire una delle parti del processo civile.

Punto centrale dell’argomentazione è l’autonomia del diritto penale nel definire lo statuto penale della pubblica amministrazione, pure per quanto riguarda il riconoscimento della qualifica di pubblico agente quando ciò sia necessario per la natura di reato proprio. Autonomia della nozione penalistica di agente pubblico rispetto al diritto amministrativo o al diritto costituzionale, sicché le disposizioni di cui agli artt. 357 e 358 c.p. hanno una portata e validità per l’intero sistema penale nella definizione dello *status* di pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio⁶.

⁵ S. SEMINARA, *Commentario breve al codice penale, sub art. 319-ter*, diretto da A. Crespi, G. Forti, G. Zuccalà, Padova, 2008, p. 783; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, vol. I, Bologna, 2012, p. 235; G. BALBI, *I delitti di corruzione*, Napoli, 2003, p. 270 ss.

⁶ Cfr., sul tema, M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione, I delitti dei privati*, cit., p. 242 ss.; A. VALLINI, *Le qualifiche soggettive*, in *Delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di F. Palazzo, Napoli, 2011, p. 732 ss.

Gli artt. 357 e 358 c.p. definiscono “agli effetti della legge penale” la persona che riveste la qualifica di agente pubblico. Dunque, ai fini penali, e in particolare del giudizio di conformità del fatto storico alla fattispecie legale, sono gli artt. 357 e 358 c.p. che stabiliscono in via esclusiva e autonoma a chi spetti lo *status* di pubblico ufficiale rilevante per l’integrazione dei delitti di corruzione. Il giudice penale per l’individuazione della nozione di agente pubblico non può utilizzare fonti diverse da quella previste dagli artt. 357 e 358 c.p.⁷.

È chiaro che tale riconoscimento di agente pubblico vale agli effetti della legge penale; ad altri fini l’ordinamento può fissare per la qualifica soggettiva una diversa disciplina, o lasciar fuori come nel processo civile lo *status* di agente pubblico per gli arbitri. In altre parole, l’esclusione della qualità di agente pubblico per gli arbitri *ex art.* 813 c.p.c. opera solo per il processo civile, e non può certo valere per il diritto penale, dove esplicitamente l’art. 357 c.p. statuisce che “agli effetti della legge penale sono pubblici ufficiali coloro i quali esercitano una pubblica funzione... giudiziaria”. Appare perciò condivisibile l’affermazione che si rinviene in dottrina secondo cui le nozioni penalistiche di agente pubblico, contenute nel codice penale, si presentano con caratteri di specialità rispetto a quelle fornite dalle altre branche del diritto⁸.

Alla stessa categoria di soggetti potrà essere applicato talvolta lo statuto di agente pubblico, talaltra lo statuto penale “comune” a seconda della normativa che regola quella porzione di attività nel cui ambito è stato commesso il fatto di reato. La verifica dell’esercizio di una pubblica funzione cioè deve essere compiuta prendendo in considerazione i singoli momenti dell’attività posta in essere dall’agente (i singoli atti da lui compiuti) e non già il complesso delle attribuzioni conferite dalla legge a quel soggetto⁹.

In tal senso, si sono espresse le Sezioni unite “Tuzet” in un’importante decisione in materia di svolgimento di attività bancaria. Si è affermato, infatti, che a seguito dell’entrata in vigore del d.P.R. 27 giugno 1985, n. 350 (di parziale attuazione della l. 5 marzo 1985, n. 75) la normale attività di raccolta del risparmio e di esercizio del credito è svolta dagli enti creditizi, sia pubblici sia privati, in regime concorrenziale tipicamente privatistico. Ne deriva che ai dipendenti di tali enti, quando esercitano la predetta attività, non sono riferibili le qualificazioni soggettive di “pubblici ufficiali” o di “incaricati di pubblico servizio” di cui rispettivamente agli artt. 357 e 358 c.p.¹⁰.

Ad avviso delle Sezioni unite “Tuzet” è sottoposta, invece, al diritto pubblico quella attività degli enti creditizi pubblici che esula dalla gestione economica, come

⁷ C. BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 45; M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione, I delitti dei privati*, cit., p. 261 ss.

⁸ Cfr. A. MALINVERNI, voce *Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio*, in *Nov. dig. it.*, vol. XIV, Torino, 1967, p. 563 ss.

⁹ Cfr. A. FIORELLA, voce *Ufficiale pubblico, incaricato di un pubblico servizio o di un servizio di pubblica necessità*, in *Enc. dir.*, Milano, 1992, vol. XLV, p. 566 ss.; C. BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 59 ss.

¹⁰ Cass., Sez. Un., 23 maggio 1987, Tuzet, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1987, 695, con nota di C.E. PALIERO, *Le Sezioni unite invertono la rotta: è « comune » la qualifica giuridico-penale degli operatori bancari*. Al riguardo, cfr. V. MANES, *Servizi pubblici e diritto penale*, Torino, 2010, p. 54 ss.

quella che concerne la costituzione e l'estinzione dell'ente, il funzionamento dei suoi organi statuari, l'esercizio dei poteri di organizzazione, l'amministrazione degli utili. Hanno connotati tipicamente pubblicistici anche quei compiti (collaterali) che gli enti creditizi, pubblici e privati, svolgono in campo monetario, valutario, fiscale e finanziario, in sostituzione di enti pubblici economici, nella veste di banche agenti o delegate. Inoltre, i crediti speciali o agevolati e in genere tutti i crediti di scopo rientrano nella specie pubblica e pertanto all'attività bancaria connessa con questi crediti è applicabile lo statuto penale della pubblica amministrazione¹¹.

3. La concezione funzionale-oggettiva.

L'autonomia delle definizioni delle qualifiche soggettive pubblicistiche nello stabilire a chi spetti la qualità di agente pubblico, ha trovato con la riformulazione degli artt. 357 e 358 (l. n. 86 del 1990) la sua compiuta attuazione mediante la concezione c.d. funzionale-oggettiva.

Come noto, si è eliminato nella disciplina normativa qualsiasi riferimento al rapporto di dipendenza dallo Stato o da altro ente pubblico. Quel che conta è oggi dunque l'effettivo svolgimento di un'attività pubblicistica, a prescindere sia dalla natura pubblica del rapporto di impiego che lega un soggetto ad un ente sia dalla natura pubblica dell'ente stesso¹².

Secondo la giurisprudenza di legittimità gli artt. 357 e 358 c.p. ricollegano esplicitamente la qualifica di pubblico agente non tanto al rapporto di dipendenza tra il soggetto e la pubblica amministrazione, bensì ai caratteri propri dell'attività in concreto esercitata dal soggetto agente e oggettivamente considerata¹³. E al fine di individuare se l'attività svolta da un soggetto possa essere qualificata come pubblica, ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 357 e 358 c.p., è necessario verificare se essa sia o meno regolata da norme di diritto pubblico o da atti autoritativi, non rilevando invece la forma giuridica dell'ente e la sua costituzione secondo le norme del diritto pubblico, né

¹¹ Cass. pen., Sez. Un., 23 maggio 1987, Tuzet, cit. In senso conforme Cass. pen., Sez. Un., 28 febbraio 1989, Cresti ed altri, in *Cass. pen.* 1989, p. 1711, secondo cui è di natura pubblica l'attività bancaria relativa ai crediti speciali o agevolati, e in genere a tutti i crediti di scopo legale, e rispetto a questa attività è pertanto applicabile lo statuto penale della pubblica amministrazione. Nello stesso senso, Cass. pen., Sez. VI, 17 gennaio 1997, Sbrocca, in *Cass. pen.* 1998, p. 1643, secondo cui l'attività degli istituti di credito, normalmente esulante dall'ambito pubblicistico, vi è invece sottoposta per quelle funzioni collaterali svolte in campo monetario, valutario, fiscale e finanziario, in sostituzione di enti non economici nella veste di banche agenti o delegate, con la spettanza della qualifica di pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio ai relativi operatori.

¹² Cfr. P. SEVERINO, voce *Pubblico ufficiale e incaricato di un pubblico servizio*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1995, vol. X, p. 513; A. FIORELLA, voce *Ufficiale pubblico*, cit., p. 566; M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione, I delitti dei privati*, cit., p. 270; V. MANES, *Servizi pubblici e diritto penale*, cit., p. 68 ss.

¹³ Cass. pen., Sez. VI, 16 novembre 1994, Seri, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3324.

lo svolgimento della sua attività in regime di monopolio, né tanto meno il rapporto di lavoro subordinato con l'organismo datore di lavoro¹⁴.

In pratica, secondo le Sezioni unite "Citaristi" al fine di stabilire se l'attività svolta da un soggetto possa essere qualificata come pubblica, ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 357 e 358 c.p., occorre appurare se essa sia, o non, disciplinata da norme di diritto pubblico, quale che sia la connotazione soggettiva del suo autore. Distinguendosi poi, nell'ambito dell'attività definita pubblica sulla base del menzionato parametro oggettivo, la pubblica funzione dal pubblico servizio per la presenza (nell'una) o la mancanza (nell'altro) dei poteri tipici della potestà amministrativa (come indicati dal secondo comma dell'art. 357 c.p.)¹⁵.

Il primo comma dell'art. 357 c.p. include nella classe dei pubblici ufficiali coloro i quali esercitano una pubblica funzione "legislativa", "amministrativa" e "giudiziaria". Originariamente, la disposizione contemplava al posto della funzione giudiziaria quella "giurisdizionale". Il legislatore è in seguito intervenuto (l. n. 181 del 1992) modificando la disposizione per ovviare ai dubbi manifestatisi in dottrina soprattutto in relazione alla riconducibilità a tale funzione del pubblico ministero¹⁶.

Il secondo comma dell'art. 357 c.p. si limita però a definire unicamente la funzione amministrativa. Al riguardo una parte della dottrina per spiegare tale carenza ha sostenuto che si è tralasciato di definire le funzioni legislative e giudiziarie, poiché l'individuazione dei soggetti che le esercitano non ha di solito dato luogo a particolari difficoltà. Precisandosi che vi è una sostanziale coincidenza tra gli appartenenti alla struttura preposta all'espletamento di quella funzione e i titolari del corrispondente potere: può invero ritenersi che in pratica ogni magistrato svolge una funzione giudiziaria come ogni parlamentare esercita una funzione legislativa¹⁷.

Mentre, per altra parte della dottrina la lacuna comporta che la funzione legislativa e quella giudiziaria siano automaticamente pubbliche funzioni; con la conseguenza che colui il quale esercita la funzione del legiferare (ad esempio: parlamentari, sindaci, consiglieri comunali, ecc.) o la funzione giudiziaria deve essere considerato in ogni caso pubblico ufficiale¹⁸.

In particolare la giurisprudenza, accogliendo una nozione ampia della funzione giudiziaria, ha riconosciuto la qualifica di pubblici ufficiali a numerosi soggetti che svolgono una mansione ausiliaria o di collaborazione dell'attività del giudice o del pubblico ministero¹⁹.

¹⁴ Cass. pen., Sez. VI, 21 marzo 2003, n. 11417, in *C.E.D. Cass.*, n. 224050.

¹⁵ Cass. pen., Sez. Un., 13 luglio 1998, *Citaristi*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 112.

¹⁶ Cfr. P. SEVERINO, voce *Pubblico ufficiale e incaricato di un pubblico servizio*, cit., p. 512; A. PAGLIARO-M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale, parte speciale*, vol. I, Milano, 2008, p. 11 ss.

¹⁷ G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, vol. I, cit., p. 173; M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione, I delitti dei privati*, cit., p. 271 ss.; L. STORTONI, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Diritto penale, Lineamenti di parte speciale*, Bologna, 2009, p. 105.

¹⁸ Cfr. A. PAGLIARO-M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale*, cit., p. 10 ss.; S. SEMINARA, *Commentario breve al codice penale, sub art. 357*, cit., p. 861 ss.

¹⁹ Per una panoramica giurisprudenziale, cfr. M. GAMBARDELLA, *Codice penale, Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, diretta da G. Lattanzi-E. Lupo, vol. VII, Milano, 2010, p. 868 ss.

Si tratta di un'accezione vasta del concetto di funzione giudiziaria comprensiva oltre che dei giudici e dei pubblici ministeri di tutti quei soggetti che svolgono una funzione ausiliaria, quali ad esempio i cancellieri, gli ufficiali giudiziari, i segretari, i periti, gli interpreti. Inoltre, premesso che la nozione di funzione giudiziaria non implica alcuna dipendenza soggettiva dell'agente dalla pubblica amministrazione, occorre perciò considerare agenti pubblici nell'esercizio delle funzioni loro proprie, non solo i giudici ordinari e quelli amministrativi, ma pure i privati che partecipano temporaneamente alla funzione giudiziaria, ossia i magistrati onorari: giudici di pace, giudici onorari del tribunale, i viceprocuratori, gli esperti del tribunale ordinario e delle sezioni di corte di appello per i minorenni, i giudici popolari della corte di assise²⁰.

Riguardo alla figura del testimone, sono intervenute le Sezioni unite "Mills", le quali hanno chiarito che, ai fini della configurabilità del delitto di cui all'art. 319-ter c.p., è "atto giudiziario" l'atto funzionale ad un procedimento giudiziario, cosicché rientra nello stesso anche la deposizione testimoniale resa nell'ambito di un processo penale²¹.

4. L'arbitrato come esercizio della funzione giurisdizionale e la configurabilità in capo all'arbitro-avvocato della corruzione.

Appurare se l'arbitro eserciti in concreto una funzione giurisdizionale (nozione ricompresa "*a fortiori*" nel concetto di funzione "giudiziaria") diventa allora decisivo per stabilire se l'arbitro-avvocato, cui sia stata trasferita dalle parti la causa civile (ai sensi dell'art. 1 d.l. n. 132 del 2014), sia un pubblico agente.

Ciò che sembra essere dato per presupposto dalla riforma del processo civile del 2014, la quale, trasferendo alla sede arbitrale i procedenti pendenti dinanzi all'autorità giudiziaria, valorizza in tal modo proprio la natura giurisdizionale e sostitutiva dell'arbitrato. Precisandosi oltretutto al comma 3 dell'art. 1 d.l. n. 132 del 2014 che "il lodo ha gli stessi effetti della sentenza".

D'altronde con la riforma del 2006 l'arbitrato rituale ha assunto non solo la funzione ma anche la struttura di "giudizio" pure nel suo risultato di accertamento, dovendosi ormai sotto il profilo dell'efficacia parificare il giudizio arbitrale a quello dei giudici ordinari. Esso consiste infatti in un vero e proprio giudizio (di diritto o di equità) che gli interessati affidano ad uno o più arbitri, e che si conclude con un atto giurisdizionale (il c.d. lodo arbitrale), il quale ha efficacia di sentenza (come quella del giudice ordinario) vincolante tra le parti (art. 824-bis c.p.c.)²². E questa impostazione è

²⁰ Cfr. M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione, I delitti dei privati*, cit., p. 289 ss.; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, vol. I, cit., p. 176.

²¹ Cass. pen., Sez. Un., 25 febbraio 2010, n. 15208, Mills, in *C.E.D. Cass.*, n. 246582.

²² C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, vol. III, Torino, 2014, p. 397 ss.; C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2012, p. 510 ss. Sulle ragioni della riforma del 2006, cfr. G. ALPA, *L'arbitrato rituale e l'arbitrato irrituale*, in *Arbitrato. Profili di diritto sostanziale e di diritto processuale*, a cura di G. Alpa e V. Vigoriti, Torino, 2013, p. 261 ss.

stata convalidata di recente dal Giudice delle leggi, secondo cui l'ordinamento riconosce espressamente che le parti possano tutelare i propri diritti anche ricorrendo agli arbitri la cui decisione – ove assunta nel rispetto delle norme del codice di procedura civile – ha l'efficacia propria delle sentenze dei giudici²³.

Ebbene, si rinvengono nel sistema alcuni indici normativi e giurisprudenziali che fanno propendere in modo indiscutibile per la piena appartenenza dell'attività arbitrale (rituale) alla giurisdizione; e dunque anche della nuova figura di arbitrato forense introdotta con il d.l. n. 132 del 2014 per ridurre l'arretrato del contenzioso civile.

Anzitutto quanto ritenuto dalla Corte costituzionale, la quale ha riconosciuto la legittimazione degli arbitri a sollevare questioni di legittimità costituzionale. Per la Corte, infatti, anche gli arbitri rituali possono e debbono sollevare incidentalmente questione di legittimità costituzionale delle norme di legge che sono chiamati ad applicare, quando risulti impossibile superare il dubbio attraverso l'opera interpretativa. Si è osservato che in un assetto costituzionale nel quale è precluso ad ogni organo giudicante tanto il potere di disapplicare le leggi, quanto quello di definire il giudizio applicando leggi di dubbia costituzionalità, anche gli arbitri – il cui giudizio è potenzialmente fungibile con quello degli organi della giurisdizione – debbono utilizzare il sistema di sindacato incidentale sulle leggi²⁴.

L'arbitrato – aggiunge la Corte – costituisce un procedimento previsto e disciplinato dal codice di procedura civile per l'applicazione obiettiva del diritto nel caso concreto, ai fini della risoluzione di una controversia, con le garanzie di contraddittorio e di imparzialità tipiche della giurisdizione civile ordinaria. Sotto l'aspetto considerato, il giudizio arbitrale non si differenzia da quello che si svolge davanti agli organi statali della giurisdizione, anche per quanto riguarda la ricerca e l'interpretazione delle norme applicabili alla fattispecie²⁵.

In una successiva pronuncia, la Corte costituzionale ha ribadito poi tali considerazioni, precisando ancora più nitidamente che sul piano della disciplina positiva dell'arbitrato è indubbio che, con la riforma attuata con il d.lgs. n. 40 del 2006, il legislatore ha introdotto una serie di norme le quali confermano l'attribuzione alla giustizia arbitrale di una funzione sostitutiva della giustizia pubblica. Anche se l'arbitrato rituale resta un fenomeno che comporta una rinuncia alla giurisdizione pubblica, esso mutua da quest'ultima alcuni meccanismi al fine di pervenire ad un risultato di efficacia sostanzialmente analoga a quella del *dictum* del giudice statale²⁶.

Per la Consulta rilevano, al riguardo: l'art. 816-*quinquies* (sull'ammissibilità dell'intervento volontario di terzi nel giudizio arbitrale e sull'applicabilità allo stesso

²³ Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, in *Giur. cost.*, 2013, p. 3296 ss.

²⁴ Corte cost., 28 novembre 2001, n. 376, in www.cortecostituzionale.it.

²⁵ Corte cost., 28 novembre 2001, n. 376, cit.

²⁶ Si tratta di [Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223](#), cit., la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 819-*ter*, comma 2, c.p.c., nella parte in cui esclude l'applicabilità, ai rapporti tra arbitrato e processo, di regole corrispondenti alle previsioni dell'art. 50 c.p.c. in tema di riassunzione della causa davanti al giudice dichiarato competente.

dell'art. 111 c.p.c. in tema di successione a titolo particolare nel diritto controverso), l'art. 819-*bis* (nella parte in cui presuppone la possibilità per gli arbitri di sollevare questioni di legittimità costituzionale), l'art. 824-*bis* (che ricollega al lodo, fin dalla sua sottoscrizione, gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria). Dall'esame della disciplina sostanziale emerge inoltre che, sotto molti aspetti, l'ordinamento attribuisce alla promozione del giudizio arbitrale conseguenze analoghe a quelle dell'instaurazione della causa davanti al giudice. Infatti, il codice civile, sia in materia di prescrizione (artt. 2943 e 2945), sia in materia di trascrizione (artt. 2652, 2653, 2690, 2691), equipara espressamente alla domanda giudiziale l'atto con il quale la parte promuove il procedimento arbitrale²⁷.

Quanto poi alla giurisprudenza di legittimità, va segnalato che le Sezioni unite civili, rimeditando il loro precedente orientamento, hanno di recente esplicitamente asserito che l'attività degli arbitri rituali – pure alla stregua della disciplina complessivamente ricavabile dalla l. 5 gennaio 1994, n. 5 e dal d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 – ha natura giurisdizionale e sostitutiva della funzione del giudice ordinario e non già negoziale. E da tali normative emergono, inoltre, indici sistematici per riconoscere natura giurisdizionale al lodo arbitrale²⁸.

Le Sezioni unite hanno poi nel dettaglio chiarito che, in conseguenza della natura giurisdizionale dell'arbitrato rituale, lo stabilire se una controversia spetti alla cognizione del giudice ordinario o degli arbitri si configura come questione di competenza; mentre 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 ad una questione di giurisdizione²⁹.

Cosicché oggi non può dirsi più valido quanto scriveva Vincenzo Manzini. L'illustre autore infatti metteva in dubbio la qualità soggettiva pubblicistica dell'arbitro sulla scorta della Relazione Ministeriale sul Progetto al Codice penale (vol. II, p. 167), secondo cui: "l'attività dell'arbitro non può dirsi attività giurisdizionale, perché l'arbitro non è funzionario dello Stato, non ha giurisdizione, né propria, né delegata, non attua la legge e non la eseguisce"³⁰.

In conclusione, la disposizione in questione del codice di procedura civile (art. 813, comma 2, c.p.c.) non deve essere interpretata nel senso che, "agli effetti della legge penale", all'arbitro-avvocato non spetta la qualità di agente pubblico quando esercita la funzione giurisdizionale in concreto, escludendosi in tal modo la configurabilità dei delitti di corruzione in caso di compravendita della funzione svolta dagli arbitri ai quali è stata trasferita la causa civile *ex art. 1 d.l. n. 132 del 2014*.

²⁷ Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, cit.

²⁸ Cass. civ., Sez. Un., ord. 25 ottobre 2013, n. 24153, in *C.E.D. Cass.*, n. 627786.

²⁹ Cass. civ., Sez. Un., ord. 25 ottobre 2013, n. 24153, cit. In senso conforme, dopo le Sezioni unite, sulla natura giurisdizionale e sostitutiva della funzione del giudice ordinario da parte dell'attività degli arbitri rituali, cfr. Cass. civ., Sez. I, 18 giugno 2014, n. 13898, in *C.E.D. Cass.*, n. 631409; Cass. civ., Sez. I, 13 agosto 2014, n. 17908, *ivi*, n. 632217.

³⁰ Cfr. V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. V, Torino, 1982, p. 35.

Altrimenti non solo si avrebbe una deroga – rispetto al giudice ordinario – “irragionevole” e quindi sindacabile davanti alla Corte costituzionale, perché la norma non risulterebbe coerente in relazione al sistema giuridico in cui è vigente; ma tale interpretazione, che preclude la configurabilità dei delitti di corruzione in capo all’arbitro-avvocato (*ex art. 1 d.l. n. 132 del 2014*), si porrebbe in diretto contrasto con quanto previsto nelle disposizioni definitive del codice penale in tema di qualifica di agente pubblico. Le disposizioni degli artt. 357 e 358 c.p. hanno, invero, una portata e validità autonoma ed esclusiva nell’accertamento da parte del giudice penale della sussistenza dei requisiti costitutivi (o delle circostanze aggravanti) del reato in cui compaia la figura soggettiva in questione, contribuendo così a fissare i confini della tutela penale della pubblica amministrazione rispetto alle offese provenienti dal suo interno o dall’esterno³¹.

³¹ Cfr., per una prospettiva solo in parte coincidente le considerazioni di M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione, I delitti dei privati*, cit., p. 242 ss.