



Associazione
Italiana
per l'Arbitrato
1958

RIVISTA DELL'ARBITRATO

diretta da

Antonio Briguglio - Giorgio De Nova - Andrea Giardina

Pubblicazione trimestrale - ISSN 1122-0147 - Anno XXXIII - N. 4/2023
Poste Italiane s.p.a. - Spedizione in a.p. D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n° 46) art. 1, comma 1, DCB (VARESE)

 **GIUFFRÈ**
GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

4/2023

Elio Fazzalari e l'arbitrato *

I

1. I primi scritti di Elio Fazzalari — già autore delle sue opere fondamentali — in materia di arbitrato (salvi i cenni nei precedenti saggi di teoria generale del processo) sono del 1968 (*I processi arbitrali nell'ordinamento italiano*, nella *Processuale*) e del 1973 (*Dall'arbitrato mercantile all'arbitrato di diritto comune* sempre nella *Processuale*).

Era l'epoca in cui Fazzalari ed altri si resero pienamente conto che l'arbitrato, oggetto a suo tempo della profondità di indagine niente meno che di Salvatore Satta nonché di altre sporadiche incursioni di qualche processualista insigne sempre delle generazioni precedenti (Redenti e Carnacini in primo luogo), non poteva più essere lasciato ai breviari, pur allora assai utili, di Schizzerotto e Vecchione.

Seguirono per Fazzalari: una stagione di voci enciclopediche parallele sull'arbitrato: sostanzialmente Egli colonizzò l'intero panorama delle trattazioni enciclopediche negli anni '80; poi la stagione del confronto con la riforma del 1983 e degli accesi confronti — quasi partite di cartello fra Roma e Milano — che ne seguirono; poi la ventennale stagione della *Rivista dell'Arbitrato*, arricchita — ma la *Rivista* e la sua vita quotidiana furono anche di questo l'occasione — da un *Commentario* a sei mani (con l'indimenticato Roberto Marengo ed il sottoscritto) alla riforma del 1994 e dal volume agile quanto denso *L'arbitrato* del 1997, edito dalla UTET.

* Trascrizione della Relazione svolta nel corso della giornata "In ricordo di Elio Fazzalari" (Roma - Università La Sapienza - 27 ottobre 2023).

II

2. L'arbitrato per Fazzalari — uso ovviamente le sue parole — “è un processo privato, volto ad una giustizia alternativa a quella di cognizione somministrata dal giudice statale”.

Definizione abbastanza scontata si direbbe. Solo che in Fazzalari i tre elementi della definizione — “processualità”, “alternatività”, “privatizza” — erano coltivati ed illustrati in modo estremamente pregnante, con la sua ben nota energia ed intransigenza intesa al raggiungimento di una solidità concettuale non intaccata dai “ma anche” e dai “ma forse” propri di tanti altri grandi giuristi.

A) Quanto contasse per Fazzalari la “processualità” dell'arbitrato non ho bisogno di raccontarlo nei dettagli che pure sarebbero tanti, vista una produzione scientifica che si è occupata, pur con la sintesi icastica di trattazione delle questioni e dei temi che gli era caratteristica, di tutte le sfaccettature del procedimento arbitrale.

978

Qui mi basta una sua tipica battuta con relativo sottinteso: “L'arbitrato lo possono studiare tutti”. Gentile concessione il cui sottinteso, a volte sussurrato fra i denti, era appunto: “ma se lo studiamo i processualisti è meglio”.

In realtà il suo pensiero meditato e scritto era più complesso: “la civilistica — forse perché suggestionata dal vecchio avviso che vero e proprio arbitrato sia soltanto quello rituale e che esso appartenga alla giurisdizione — non si è dedicata alla individuazione del modello del giudizio privato, rectius dell'arbitrato e dei suoi componenti. Perciò — fermo che in tema di arbitrato non esistono né specializzazioni né primogeniture — è toccato ai processualisti di intraprendere tale strada” (L'arbitrato, cit. 31). Insomma i civilisti non avrebbero dovuto fermarsi al momento genetico e compromissorio, e dunque tipicamente negoziale, del giudizio privato ed avrebbero dovuto proseguire, ed avrebbero avuto allora bisogno anche delle categorie processuali e dell'aiuto dei processualisti, i quali invece si sono dovuti occupare per gran tempo pressoché da soli del fenomeno arbitrale.

B) L'“alternatività” rispetto alla giustizia ordinaria significava, insieme, consacrazione degli *essentialia processus* e distinzione invece, ove non fosse necessario o opportuno equiparare: perché l'arbitro non è il giudice dello Stato ed è inutile costringerlo o autorizzarlo a scimmiottare il giudice.

E certo oggi l'idea che gli arbitri non possano investire la Corte costituzionale è tramontata. Ma in fondo la soluzione, conseguenziale a quell'impedimento, sposata argomentatamente da Fazzalari (e che era poi quella di Barile), risultava la più logica e coerente con l'*alternatività*. Essendo l'attività degli arbitri una attività privata, sia pure decisoria, se alla decisione serve applicare il diritto ed il diritto vede la norma ordinaria confliggere con quella costituzionale, ebbene gli arbitri, *alternativamente* rispetto al giudice, si conducono per arrivare al medesimo risultato decisorio come si condurrebbe qualunque privato nel proprio *agere*: disapplicano la norma ordinaria esponendosi al successivo sindacato giudiziale ove possibile.

Così pure: tutti abbiamo sbraitato contro il divieto di misure cautelari arbitrali. Tra i pochissimi che, in assoluta controtendenza, lo condividevano, appunto perché l'arbitro è diverso dal giudice, era Fazzalari. Oggi probabilmente sorriderebbe di fronte alle difficoltà ed ai problemi del nuovo cautelare arbitrale, ed anche chi — e saremmo in molti — non riuscisse ad avallare, *a fortiori* oggi, la sua posizione in controtendenza sarebbe costretto a riconoscere che, alla prova dei fatti e fuori dall'entusiastico "evviva il cautelare arbitrale", attribuire ai giudici privati un potere tipicissimo del giudice statale è risultata operazione davvero molto problematica.

Tra gli *essentialia processus*, che invece trascendevano l'*alternatività* e equiparavano processo giurisdizionale e processo arbitrale, oltre a contraddittorio ed imparzialità, vi era per Fazzalari la prevedibilità delle regole del gioco (v. *Sulla libertà di forme nel processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1999, 637 ss.), tema questo estremamente serio dell'arbitrato di oggi e specialmente dell'arbitrato internazionale, soprattutto sotto lo spiacevole profilo: flessibilità indecifrabile v. certezza routinaria. E proprio e solo questa esigenza di prevedibilità faceva propendere Fazzalari (pag. 56 del suo volume sull'*Arbitrato* del 1997, cit.) per l'applicazione al processo arbitrale delle regole del codice di rito sul processo ordinario di cognizione, ma solo in via residuale e suppletiva, senza forzature indebite della autonomia privata e senza tradimenti della "alternatività" (v. pure *Ancora in tema di svolgimento del processo arbitrale* in *Riv. arb.*, 2004, 661 ss.).

C) Quanto alla natura eminentemente privata dell'arbitrato, essa secondo Fazzalari non era una obbligatoria *deminutio*, forzata (sia pure a malincuore) da una concezione iperstatalistica della giurisdizione, ma al contrario era un blasone di nobiltà. Fazzalari era il prototipo del

liberale, non voglio dire veteroliberales, dirò invece "liberale alto": lo Stato è sacro e merita rispetto perché il suo ordine garantisce e favorisce il libero esplicarsi della autonomia privata ed assicura l'equilibrio e la *fairness*, piuttosto che la prepotenza e la prevaricazione, fra i consociati, protagonisti dell'esercizio di quella libertà. La bandiera "privatistica" sventolava dunque per Fazzalari anzitutto contro qualsiasi forma anche surrettizia di arbitrato obbligatorio, come contro qualsiasi forma anche surrettizia di divieto di arbitrato o di condizionamento normativo eccessivo dell'arbitrato.

3. Affidato alla libertà dei privati (e Fazzalari sollecitò Pietro Rescigno a scrivere sul primo numero della *Rivista* il saggio mirabile su *Arbitrato ed autonomia contrattuale*), l'arbitrato ha bisogno, oltre che di quel tanto di norme che ci vogliono, di *cultura* e di *etica*. All'una ed all'altra furono dedicati da Fazzalari i saggi di apertura della prima e della seconda annata della *Rivista*.

980

Cultura era per Fazzalari anzitutto purificazione dell'arbitrato dalle scorie dei luoghi comuni che — giusta una sua tipica espressione — lo "aduggiavano": quelli di una giurisprudenza "statica" "sovente improntata a sfavore per l'arbitrato e ad una visione subalterna del medesimo"; e quelli derivanti dalla arretratezza delle indagini per lungo tempo affrontate, salvo fiammate isolate, "pragmaticamente da operatori che non avvertono esigenze sistematiche" (Prefazione a *L'Arbitrato*, cit.).

4. Riguardo all'etica, taccio perché se Fazzalari fosse oggi fra noi scuoterebbe il capo nei confronti sia di legislatori statuali o regolamentari che inseguono con norme, e con eccessi simili agli eccessi del *me too*, ciò che si può ottenere solo per costume, sia dei moltissimi avventurieri che popolano l'attuale mondo dell'arbitrato (segno tangibile del suo successo quantitativo), e se del caso affronterebbe questi ultimi con il ben noto "Mio caro...", che quando lo diceva in un certo modo era il lieve preludio alla tempesta più impetuosa.

5. Più delicato ed interessante è ovviamente il problema degli effetti del lodo rituale in Fazzalari.

Che Fazzalari deducesse assiomaticamente dalla natura privata dell'arbitrato la efficacia negoziale del lodo (ammesso che qualcuno lo abbia mai fatto) mi sento di escluderlo categoricamente.

Era abbastanza scontato però che, considerando egli la decisione della controversia non come un accertamento ma come una volizione, Fazzalari non potesse ammettere che il volere del giudice dello Stato ed il volere del giudice privato, il cui potere deriva da un negozio privato, fossero a tal punto la stessa cosa da consentire al teorico ed al legislatore una *equiparazione effettuale formale e generale* (fra altri scritti *Lodo e sentenza in Riv. dir. proc.*, 1990, 371 ss.).

Ma ci tenne anche a chiarire che la sua opinione non sarebbe cambiata neppure considerando la sentenza ed il giudicato come "accertamento" (ad es. *L'arbitrato*, cit. 19). E qui tornava con una qualche prepotenza in campo la teoria generale e la "natura" dell'arbitrato, sicché ovviamente Fazzalari annotò entusiasta il famoso mega-obiter della Cassazione del 2000 (*Una svolta attesa in ordine alla natura dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2000, 669 ss.), ove la natura privatistica sembrò proclamata dalla S.C. con le trombe anche se i concreti profili effettuali erano lasciati in ombra e con aperture a qualunque possibile soluzione.

Ancora Fazzalari ci teneva a precisare (ibidem) — pensando alla scontata circostanza che anche il lodo ad un certo punto può diventare inimpugnabile — che "*l'efficacia della sentenza del giudice non va confusa con la sua semplice inoppugnabilità (in che la cosa giudicata consiste)*", ove quest'ultimo riferimento è ovviamente alla cosa giudicata formale.

5.1. Ora è chiaro che chi — come ad esempio Francesco Luiso o il sottoscritto — ha in fin dei conti poco a cuore la natura dell'arbitrato, o pensa che in fin dei conti tutti sosteniamo a riguardo, con parole diverse, più o meno la stessa cosa, è molto agevolato nel dire che nel fluire della successiva esperienza giuridica il nucleo essenziale ma anche quasi assorbente ed esaustivo degli effetti diretti e indiretti o consequenziali gli uni agli altri, e cioè del modo di operare concreto, del lodo inimpugnabile e della sentenza inimpugnabile sia equivalente pur se proviene da atti diversi. Il che presuppone, almeno per quanto mi concerne, un retropensiero che forse non si può mettere per iscritto: e cioè che anche se l'art. 2909 c.c. non vi fosse, l'efficacia sostanziale del giudicato vi sarebbe lo stesso, o detto altrimenti che quella efficacia sostanziale discende dallo stesso giudicato formale e cioè dalla inoppugnabilità. Che è poi ciò che intende Francesco Luiso — se non erro — quando ci ha più volte avvertito che se vuoi identificare l'efficacia di un atto devi guardare

anzitutto, prima ancora che alla sua provenienza ed al suo contenuto, al regime della sua stabilità. Ed insomma — siccome l'esperienza giuridica non può produrre cose stabili ma inutili e cioè ridiscutibili dal giudicante successivo — la differenza fondamentale nel modo di operare di una sentenza e di un contratto di fronte al giudice (o all'arbitro) e nel "successivo processo", anche di là dal diverso contenuto o dalla diversa "natura", è che il primo lo puoi sempre invalidare, la seconda no o almeno non in quel processo. E ciò che vale per la sentenza non vale forse anche per il lodo rituale visto che parallelo è il suo regime di stabilità o di invalidazione? Da qui il nucleo essenziale di equivalenza effettuale fra lodo e sentenza con conseguenti altre numerose equivalenze da considerarsi caso per caso.

5.2. Si poteva dire tutto questo a Fazzalari senza beccarsi un "mio caro..."? Probabilmente no.

982 | Era però disponibile Fazzalari a valutare, caso per caso, l'equivalenza concreta dell'operare fra lodo rituale e sentenza, e dunque fra lodo rituale impugnabile e giudicato giudiziale, nel fluire della esperienza giuridica? Assolutamente sì: lo ha detto e dimostrato in tante occasioni.

Ad esempio scrivendo, nel seguito di quella pagina che ho ricordato prima, che *"il lodo diviene al pari della sentenza [sic!-N.d.r.] per preclusione o consumazione delle impugnative, non più controvertibile in sede giudiziaria, ad opera delle parti, ma anche dei terzi aventi causa"* (*L'arbitrato*, cit., 21). Che tanto Fazzalari dicesse unicamente del lodo "omologato", era per lui ancora una volta conseguenziale alla origine privata; sol che ciò divenne normativamente inattuale dopo la riforma del 1994, a meno di accogliere l'idea della possibile "omologazione incidentale" che infatti, e come fra breve vedremo, Fazzalari accolse.

5.3. Si consideri sempre a titolo di esempio la questione del "doppio binario" fra giudizio ordinario e giudizio arbitrale. Per Fazzalari è scontato che sia così e cioè che la natura diversa del processo giurisdizionale e del processo arbitrale escluda la applicazione del regime della litispendenza. La soluzione conseguente, assolutamente da Lui condivisa e considerata fisiologica, è però che *"la pronuncia — di giudice o di arbitro [sic!-N.d.r.] — che diventi definitiva per prima può farsi valere e deve essere osservata nel processo ancora pendente"*. "Di giudice o di arbitro" senza alcuna differenza; ergo nel fluire della esperienza giuridica

le due pronunce, pur essendo cose diverse, operano, quanto a questo segmento effettuale, allo stesso modo.

5.4. Ancora: nel corso dei lavori preparatori "privati", presso l'Associazione Italiana per l'Arbitrato, che portarono alla riforma del 1994, Fazzalari difese con tutta la sua autorità l'introduzione della opposizione di terzo. E ciò sebbene fosse ben immaginabile che questa avrebbe portato acqua al mulino dei cd. "giurisdizionalisti" e nonostante che gli amici internazionalisti presenti in quel comitato promotore ristretto, da un lato, gli opponessero il prevedibile argomento "ma all'estero non c'è, e che figura facciamo con il mondo dell'arbitrato internazionale!?", d'altro lato tentassero di sedurlo: "ma come? proprio tu Elio che ci hai sempre insegnato che l'arbitrato ha natura privata!"

Alla prima obiezione Fazzalari era troppo signore per rispondere come probabilmente avrebbe voluto e come avrei voluto io: "ma chi se ne importa degli stranieri, noi siamo in Italia e se è per questo all'estero non c'è neanche la mozzarella ed anzi certe volte non c'è neanche l'opposizione di terzo avverso la sentenza del giudice dello Stato".

Al tentativo di seduzione, poi, replicò più o meno: "ma che c'entra? il lodo è privato ma è *pervasivo* come la sentenza... ci credete se ve lo garantisco io". "Sì, se ce lo dici tu ci crediamo di certo, ma scusa che intendi per *pervasivo*?". "Intendo che il lodo non è un accordo, è una decisione e come la decisione del giudice condiziona le future decisioni e dunque pervade l'esperienza giuridica, anche quella dei terzi, ed insomma, se non l'avete capito, proprio e soprattutto l'arbitrato come vicenda privata e però decisoria è il miglior modo per fregare i terzi". Chiuso l'argomento e passa l'opposizione di terzo. Che poi sia pochissimo utilizzata è un'altra storia, ma pochissimo utilizzata è anche quella *ex art.404 c.p.c.* nei riguardi della sentenza giudiziale.

E più in generale: la posizione *sui generis* ed estremamente articolata e saggia riguardo al concreto operare del lodo — pur da lui strenuamente considerato come atto di volizione privata — nel prosieguo della esperienza giuridica è fortemente caratterizzata proprio dalle soluzioni che egli dava al problema del rapporto fra arbitrato e terzi (condensate nel saggio *Le difese del terzo rispetto al lodo rituale*, in *Riv. arb.*, 1992, ed in altri scritti), a partire dalla sicura ammissione dell'intervento; ammissione alquanto rara fra i cd. "negozialisti" che pure anche e soprattutto a Fazzalari si rifacevano; ammissione che Fazzalari sposava invece *toto*

corde ritenendo del tutto irrilevante l'argomento classico della "estranità del terzo rispetto al patto compromissorio" e cioè al momento indubitabilmente genetico e negoziale di ogni arbitrato, e lasciando assolutamente prevalere, su questo, l'argomento della potenziale incisività del lodo, di fatto o di diritto, sulla sfera del terzo, e perciò l'argomento della soggezione dei compromittenti all'utilizzo ad opera del terzo del medesimo strumento processuale preventivo che al terzo è dato quando quella potenziale incisività è ascrivibile alla sentenza del giudice. E allora vuol dire che lodo e sentenza, anche a questo rispetto, sono la stessa cosa, o come direbbe probabilmente Fazzalari restano cose ben diverse ma operano in concreto allo stesso modo.

5.5. Lasciatemi aggiungere solo un altro esempio, anch'esso aneddotico e personale (e in fondo in queste commemorazioni chi è chiamato a parlare lo è anche perché depositario di aneddoti).

[Salotto inglese in pelle scura dello studio di via Monte Zebio]:

984

F.: Non capisco proprio com'è che ricominciano e continuano a scrivere che ha efficacia di sentenza se non ce l'ha neppure dopo l'omologazione: nel testo dell'art. 825 è stato eliminato quell'improvviso "l'omologazione attribuisce al lodo efficacia di sentenza" [lo aveva voluto sopprimere proprio Lui].

ALLIEVO: Professore, scusi, ma se l'alternativa è dire che ha efficacia di contratto allora non si capisce più niente; d'accordo che è un atto privato, ma se faccio opposizione ad una esecuzione avviata sulla base di un lodo, il lodo funziona da titolo giudiziale a tutti gli effetti (di là dal fatto che lo è formalmente perché così vuole il combinato disposto 825-474), oppure, vista la natura privata dell'arbitrato, con l'opposizione si possono riproporre ragioni di insussistenza del credito dedotte o deducibili in sede arbitrale, come se il lodo fosse un contratto?

F.: Ma sei matto? È ovvio che no, altrimenti perché mai le parti si sarebbero rivolte agli arbitri spendendoci anche tanti soldi? Riguardo all'ambito possibile della opposizione all'esecuzione il lodo sarà pure una decisione privata, ma funziona esattamente come una sentenza.

6. Ecco appunto: io credo che Fazzalari non sia stato mai disposto a rinnegare la importanza della definizione della natura dell'arbitrato, e men che meno la sua definizione in termini privatistici.

Perciò — di là dal suo essere grande avvocato e uomo eminentemente pratico e percepisce perciò i vantaggi concreti e “circolatori” che l’avevano stimolata fra i cd. arbitristi — diede la sua assoluta benedizione teorica al varo della novellina del 1983 (che subito battezzò, sulla *Processuale* del 1984, come “buona novella”), perché essa traeva finalmente il lodo rituale dall’infimo rango di ectoplasma che entro cinque giorni o svaniva nel nulla oppure, attraverso la omologazione, era riciclato come sottoprodotto giurisdizionale. La volizione privata ora valeva qualcosa, aveva una sua efficacia originaria; quale essa fosse era un bel problema lasciato aperto da un legislatore che frettolosamente non aveva risolto compiutamente il coordinamento fra omologazione e impugnazione. E la conseguenza di ciò era che — quanto agli effetti del lodo — prevaleva, piuttosto che il confronto sulle norme e sul microsistema arbitrale, la battaglia sulla natura giuridica dell’arbitrato.

Poi si adoperò perché quel problema di coordinamento fosse risolto con la riforma del 1994, dal che veniva invariabilmente fuori una autostrada per la tendenziale e sempre più accentuata perequazione concreta degli effetti del lodo a quelli della sentenza. A me sembra impossibile che Fazzalari non si sia reso conto di ciò. Ma in realtà non era ciò che gli spiaceva, vale a dire che singoli effetti o anche la maggioranza degli effetti fossero equivalenti all’occorrenza: lo sosteneva anche lui come abbiamo visto. Quel che gli spiaceva era che il legislatore, con la sua forza di trascinamento verso una qualificazione teorico-generale dell’arbitrato diversa da quella della sua “privatezza”, sancisse in termini generalissimi l’equipollenza fra lodo e sentenza senza lasciare all’interprete la valutazione caso per caso o meglio segmento effettuale per segmento. Perciò si spese perché perfino nel testo dell’art. 825 fosse soppresso l’inciso secondo cui l’omologazione attribuiva “al lodo efficacia di sentenza”. Perché per Lui ciò non era affatto vero in assoluto ed era soprattutto pericoloso che lo si dicesse per norma espressa. L’omologazione, per Lui, attribuiva al lodo *alcuni* effetti della sentenza. Quanto ad altri segmenti di sostanziale equivalenza effettuale, bisognava appunto verificare caso per caso.

7. Naturalmente quella soppressione poteva ben essere e fu intesa al contrario, ampliandosi così l’autostrada verso la sostanziale perequazione: non è più vero, neanche per norma espressa, che *solo* l’omologazione conferisce al lodo efficacia di sentenza, *ergo* anche il lodo non

omologato nasce originariamente con effetti equivalenti agli effetti della sentenza tranne quelli che solo l'omologazione *ex art.* 825 gli può dare.

In questa situazione è abbastanza comprensibile che Fazzalari mi abbia fatto l'onore di sposare in pieno (nel *Commentario* a sei mani del 1994 e poi nel suo volume riassuntivo del 1997) la mia idea della "omologazione incidentale", e cioè del controllo *prima facie* che spetta a qualunque futuro giudice nel prosieguo della esperienza giuridica onde verificare se un lodo, non ancora omologato in via formale e principale, è davvero un lodo e se dunque in un secondo giudizio può davvero valere come se fosse una sentenza.

A me l'idea era venuta dal piccolo episodio dell'arrivo alla *Rivista dell'arbitrato* di lodi palesemente farlocchi e costruiti a tavolino, ed aveva uno scopo eminentemente pratico, assai poco influenzato dai perduranti ed anzi riaccessi dibattiti sulla natura dell'arbitrato. A lui l'idea piacque perché armonizzava la originaria insopprimibile e naturale "privatezza" dell'arbitrato e del lodo con la concreta possibilità, di cui egli ben percepiva la fondamentale importanza pratica, che anche di fronte ad un lodo, pur non omologato formalmente, il futuro giudice si comportasse a certi effetti, e perfino alla maggioranza degli effetti, come se fosse di fronte ad una sentenza. E gli piacque probabilmente anche perché era il modo migliore per eludere la strumentalizzazione in senso "giurisdizionalistico" della soppressione del famoso inciso della efficacia di sentenza dal testo dell'art. 825.

Quando poi i galloni di garzone del legislatore passarono ad altri e quando con la riforma del 2006 il legislatore, un po' stanco di diatribe reali o fittizie, percorse fino in fondo l'autostrada e scrisse — ma secondo me non ve ne era neppure bisogno — il testo espresso del nuovo art. 824 *bis*, Fazzalari (che aveva già avuto modo in precedenza, in *Riv. arb.*, 2002, di sospettare di svolta inopinatamente giurisdizionalistica il nuovo "arbitrato societario" a motivo del superamento alla coincidenza fra compromettibilità e transigibilità, mentre invece lo aveva ovviamente approvato quanto alla ampia e precorritrice apertura all'intervento dei terzi) dedicò alla nuova complessa riforma organica l'attenzione scrupolosa che essa meritava, organizzando su un unico numero della *Rivista* un denso commentario a più voci, e riservando all'art. 824-*bis* i suoi personali strali, conditi di dubbio di costituzionalità. Ma, al fondo, sempre per le cennate ragioni ideologiche e teorico-generalì: che bisogno c'è di

confondere le idee alla gente confondendo *in toto* e per bocca di legislatore una volizione privata con la volizione del giudice dello Stato?

8. Ora: molti di noi sono convinti che, siccome il popolo dei medi operatori giuridici non è fatto di raffinati teorici come Elio Fazzalari, l'art. 824-*bis* le idee non le confonda ma le semplifichi, per lo meno a colpi di sciabola.

Ma siamo davvero così sicuri che, nonostante l'art. 824-*bis*, lodo e sentenza siano *sempre ed invariabilmente* la stessa cosa anche solo sul piano effettuale? Oppure vi sono profili effettuali diversi, seppur marginali, dovuti alla natura privata dell'arbitrato intesa anche solo nel senso, su cui nessuno può dissentire, del fondamento genetico negoziale del potere degli arbitri (e mi riferisco al tema del lodo inesistente per inesistenza dell'accordo compromissorio, nonché alla possibile differenza fra il puro giudicato arbitrale, e cioè quello che si forma per mancata impugnazione del lodo, e quello che si forma invece per rigetto della impugnazione, ed ancora mi riferisco a qualche dubbio che merita di essere indagato e risolto approfonditamente sul se il giudicato arbitrale sia davvero rilevabile d'ufficio, ed ancora alla questione del se il lodo valga esattamente come la sentenza giudiziale quale elemento sostantivo al riconoscimento di sentenza straniera contrastante, e su ciò la Corte di Giustizia del 20 giugno 2022, c. 700/20, ha aperto in via interlocutoria, e per vero assai confusa, una strada che potrebbe condurre alla affermazione di qualche diversità).

Se queste differenze vi sono, ha ancora ragione — sul piano teorico-generale, non certo quanto alla ipotizzata questione di costituzionalità — Elio Fazzalari.

9. Ed in fin dei conti anche chi ha poi superato o non condiviso certe posizioni o soluzioni di Fazzalari, non può disconoscere il fondo più duraturo del suo insegnamento per come esso ci si rivela *a posteriori*, e cioè che la bandiera della natura eminentemente privata dell'arbitrato è la migliore difesa — usbergo direbbe Lui — contro gli eccessi indiretti o preterintenzionali che possono derivare dalla tendenziale esaustiva ed ormai normativa ed insuperabile equiparazione effettuale fra lodo e sentenza: che gli arbitri possano commettere i reati penali propri del giudice, che davanti agli arbitri si possa commettere il reato di falsa

testimonianza o di falsa perizia, che gli arbitri abbiano l'obbligo di segnalare alla amministrazione finanziaria gli atti fiscalmente irregolari ecc.

Eccessi indiretti e indesiderati che ancor più rischierebbero di prodursi se da quella tendenziale ed ormai sicura equiparazione effettuale si traesse la stoffa per fabbricare la bandiera della natura giurisdizionale dell'arbitrato. La quale bandiera o coincide con l'altra se si utilizza il quasi ossimoro "giurisdizione privata", o è falsa se traligna verso l'affidamento più o meno surrettizio agli arbitri di una quota di esercizio del "terzo potere dello Stato", oppure ancora è assolutamente anodina. Mentre la bandiera della natura privatistica è profondamente veritiera, ed al più sarà oggi scontata, inutile o poco utile, salvo quando appunto si tratti di issarla di nuovo al cennato scopo preventivo.

Perciò la posizione di Fazzalari — *mutatis mutandis* — è quella marmorea e pur tanto criticata della Corte di Giustizia, la quale (a prescindere da altre sue recenti e recentissime e ben più gravi colpe nei riguardi dell'arbitrato) continua a negare il rinvio pregiudiziale agli arbitri; criticata perché non è affatto vero che il giudicante facoltizzato al rinvio debba esser solo quello la cui pronuncia coinvolge *ex se* e direttamente la responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione; ma se invece si assume il postulato contrario allora ha ragione la Corte. Mentre la CEDU ancora brancola nel buio (manco a dirlo trattandosi della CEDU) sul se un lodo confliggente con l'art. 6 implichi di per sé, come una sentenza giudiziale o come una sentenza giudiziale che non vi ponga rimedio annullando il lodo, la responsabilità internazionale dello Stato. E dovrebbe invece essere ovvio che così non è.

988

III

10. Nella giornata dedicata alla sua cara memoria, non posso non ricordare, accanto al Fazzalari studioso infaticabile e illuminante dell'arbitrato, il Fazzalari operatore culturale e suscitatore di ricerche altrui nella medesima materia.

Lo fu non solo ma sicuramente soprattutto maturando, insieme a Mauro Ferrante, l'idea della *Rivista dell'arbitrato*. Avuta l'idea, occorreva realizzarla. E ci volevano davvero il prestigio e l'energia di Fazzalari. Alla riunione fondativa presso la sede dell'Associazione Italiana per l'Arbitrato di allora, in via XX Settembre, si entrò, molti autorevolissimi nonché alcuni di noi giovani o giovanissimi, pronti a discutere a lungo e raffinementamente del metodo e dei massimi sistemi riguardo a cosa una

rivista italiana dell'arbitrato avrebbe dovuto proporsi di essere, e si uscì dopo un paio d'ore con un risultato di merito assai concreto e cioè con l'indice del primo numero. Di fatto imposto da Lui con il suo meraviglioso decisionismo, condito, riguardo alle altrui riflessioni di metodo, da espressioni piuttosto colorite, di cui si scusava con la mitica Signorina Battaglia, altera segretaria di Mauro Ferrante, alla quale, ad ogni espressione colorita, Fazzalari faceva mostra di baciare la mano (senonché lei, piuttosto avanti negli anni, ci sentiva poco: non percepiva l'espressione colorita e vedeva soltanto e sempre più stupita un giurista insigne ed elegante baciarle inspiegabilmente la mano).

Con lo stesso decisionismo Fazzalari diresse e animò la *Rivista*, suggerendo temi a giovani e meno giovani, dialogando in modo icastico e proficuo nel suggerirli, ed anche ed all'occorrenza estorcendoli quei contributi. Ed il segretario di redazione di allora non può assolutamente dimenticare le telefonate tipo del direttore all'officiato di turno: "*professore quando deve essere pronta la nota?*" — risposta: "*avantieri*"; "*ma professore io non so se sono in grado...*" — risposta ineffabile: "*ma che dici? La farai da par tuo!*".

11. Da dicembre 2009 e per qualche mese non lo vidi più. Eravamo tutti preoccupati. Poi mi convocò per la preparazione, già troppo rinviata, del primo fascicolo 2010 della *Rivista*, che infatti uscì con molto ritardo, postumo rispetto alla sua scomparsa, con insieme il suo nome da direttore ovviamente ancora in copertina e in apertura il suo "ricordo", che scrissi firmando con affetto collettivo "la Rivista" (seguivano un articolo di Francesco Luiso, uno mio ed uno di Laura Salvaneschi, e subito dopo una nota alla Corte costituzionale della esordiente Roberta Tiscini, che gli avevo presentato come giovane promettentissima qualche tempo prima).

Quando mi convocò quella primavera ero felice ma molto emozionato: non sapevo in che condizioni l'avrei trovato. Trovai l'intelletto di sempre e l'ottimismo di sempre e la voglia di sempre di superare subito, anzi "avantieri", qualunque ostacolo. Mi disse che ormai avevano indovinato la terapia e la faccenda si andava senz'altro aggiustando. Io però, anche impressionato dalla sua magrezza, capii che qualcosa non andava.

Poi la mattina del 3 luglio 2010 arrivò la notizia. Afferrammo la macchina e ci precipitammo in clinica: Romano Vaccarella, mia moglie Alessandra ed io.

ANTONIO BRIGUGLIO

Soli e in silenzio, come sempre in questi casi, ognuno pensava per conto suo di fronte ad Elio Fazzalari sereno che aveva smesso di battagliare o forse già battagliava altrove.

Quello che pensavo io non l'ho mai dimenticato: pensavo in modo spontaneo e irriverente a quanto mi ero divertito con quell'uomo. Ma non solo al divertimento intellettuale, o almeno non in quel momento. Pensavo al divertimento più prosaico. In realtà pensavo alla sua ironia, così particolare e travolgente perché non era l'ironia di un omino timido, riflessivo e sarcastico, ma di un esuberante, irruento e indomito lottatore, di un prim'attore che, come recitava l'autoepitaffio ironico di Vittorio Gassman, "non fu mai impallato da alcuno"; quell'ironia che, come mi venne subito da scrivere in quel "ricordo" sulla sua *Rivista*, era emblema non secondario di una mente davvero privilegiata.