

Corruzione in atti giudiziari e arbitrato rituale. Le chiusure del G.I.P. di Milano e alcune riflessioni critiche.

di *Mario Cotelli*

Sommario: **1.** Il decreto di archiviazione del G.I.P. di Milano del 24.10.2017. – **2.** Lo Statuto penale della Pubblica Amministrazione. – **3.** Il soggetto attivo della corruzione in atti giudiziari passiva. – **4.** Il procedimento arbitrale. – **4.1.** L'arbitrato forense (o deflattivo) della 1.162/2014. – **4.2.** Lo status del giudice arbitro. – **4.3.** La giurisdizionalità dell'arbitrato. – **5.** Conclusioni.

1. Il decreto di archiviazione del G.I.P di Milano del 24.10.2017.

Con il decreto di archiviazione dello scorso 24.10.2017¹, il G.I.P. di Milano ha messo fine ad un procedimento penale iscritto per un'ipotesi di reato di corruzione in atti giudiziari ex art. 319-ter c.p. che aveva tratto le proprie mosse dal deposito di un'istanza di ricusazione del Presidente di due Collegi Arbitrali presso l'Ufficio della Procura della Repubblica, a sua volta scaturita dallo sviluppo di una controversia civile devoluta a procedura di arbitrato rituale.

La lite arbitrale aveva ad oggetto la condanna al pagamento di commissioni arretrate e contestuale risarcimento del danno per un valore complessivo di circa due miliardi di euro, coinvolgente le due parti contrapposte, Tizio (ex broker di una società assicurativa estera), in veste di attore, e il Gruppo societario A, in veste di convenuto debitore.

Considerati i rapporti personali «fortemente deteriorati», nonché il valore spropositato della domanda avanzata da Tizio, il gruppo societario dava incarico ad un'agenzia di investigazioni di accertare la possibilità di azioni illecite dell'ex *broker*. Dall'attività esperita dalla predetta agenzia, parevano emergere indizi circa la stipula di un *pactum sceleris* fra l'attore Tizio ed il Presidente del Collegio arbitrale, avente ad oggetto l'adozione di un lodo arbitrale favorevole alle pretese di parte attorea, in cambio del versamento in favore del giudicante del 10% della somma stabilita a condanna del Gruppo A.

Successivamente, la vicenda arbitrale si concludeva con un accordo bonario in favore dell'ex *broker*, a cui veniva riconosciuto l'importo di sessanta milioni di euro da parte della società assicurativa.

¹ Il testo integrale del decreto di archiviazione è disponibile in www.penalecontemporaneo.it con commento di M.C. UBIALI in “Corruzione in atti giudiziari e arbitrato: per il Tribunale di Milano corrompere un arbitro non è reato”, 2018.

Sul versante delle responsabilità penali a carico di Tizio e del Presidente del Collegio arbitrale, il Pubblico Ministero riteneva di dover procedere con richiesta di archiviazione del procedimento penale per mancanza di elementi di prova circa il fatto contestato.

Provvedeva, quindi, il G.I.P. con il predetto decreto, il quale accoglieva la richiesta del P.M. (basata sull'assenza di elementi di prova idonei a sostenere un'eventuale accusa in sede di giudizio), interrogandosi, ancor prima di addivenire alla decisione concreta, se la fattispecie di reato ex art. 319-ter c.p. fosse concretamente applicabile al caso di specie, essendosi l'accordo corruttivo innestato in un procedimento arbitrale, dubbiamente giurisdizionale, fra un privato (Tizio) e un soggetto (il Presidente del Collegio arbitrale), apparentemente privo delle qualifiche penali richieste dagli artt. 357 e 358 c.p. (cd. "Qualifiche dello Statuto penale della Pubblica Amministrazione") e necessarie ad integrare la fattispecie del reato di corruzione in atti giudiziari passiva (e, più in generale, di tutti i reati previsti dal microsistema della corruzione), in quanto reato proprio.

In particolare, il ragionamento con cui il giudice meneghino è giunto ad affermare l'incompatibilità fra il ruolo del giudice arbitro e le qualifiche dello Statuto penale della P.A., limitato peraltro alla ricognizione dei (pochi) riferimenti giurisprudenziali in materia di giurisdizionalità dell'arbitrato (*infra*, par.4), fa leva su alcuni punti essenziali, così compendiabili:

- i) L'art. 813 co.2 c.p.c. impedisce espressamente di attribuire la qualità di pubblico ufficiale o di incaricato di un pubblico servizio in capo all'arbitro,
- ii) Il potere del giudice arbitro a decidere una controversia si fonda nello strumento negoziale della clausola compromissoria o del compromesso; la tutela arbitrale è quindi alternativa allo strumento del giudizio civile pubblico (Cass., SS. UU., n.527/2000),
- iii) In passato, la Corte di legittimità in sede penale, facendo leva sulla natura essenzialmente privatistica della procedura arbitrale, ha escluso dal novero degli incaricati di un pubblico servizio i consulenti tecnici nominati dal collegio arbitrale (Cass. pen., Sez. VI, n.5901/2013).

Le conclusioni del G.I.P. – evidentemente motivate da ragioni di (in)opportunità processuale vista la richiesta del PM formulata per assenza di elementi di prova – destano qualche dubbio, anche perché sembrano non prendere in considerazione, con il dovuto approfondimento, la concreta portata di due recenti pronunce giurisprudenziali, l'una della Corte Costituzionale in materia di *traslatio iudicii*² e l'altra delle SS.UU. della Corte di Cassazione in materia di questione di competenza fra giudice ordinario e giudice arbitro³.

Si aggiunga, peraltro, come sia stata interamente omessa la valutazione dell'importante novella introdotta con il d.l. 132/2014 (conv. in legge con l.162/2014) in materia di arbitrato cd. "*forese*" o deflattivo, chiaro indice di come

² C. Cost., n.223/2013.

³ Cass. Civ, Sez. Un., 25.1013, n.24153 in *DeJure*.

il Legislatore abbia inteso attribuire maggior rilievo allo strumento arbitrale (sostituendolo al ruolo del giudice pubblico).

Un ragionamento appropriato circa una risposta sulla configurabilità della fattispecie del reato di corruzione in atti giudiziari all'interno del processo arbitrale (rituale)⁴ dovrebbe essere preceduto, invece, da un'analisi critica circa alcuni temi fondamentali, ovvero: A) la disciplina delle qualifiche pubblicistiche degli artt. 357 e 358 c.p., alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali, al fine di vagliarne la compatibilità del giudice arbitro, B) l'espansione giurisprudenziale dell'insieme dei soggetti attivi del reato di corruzione passiva in atti giudiziari, C) lo *status* del giudice arbitro secondo la disciplina del Codice di procedura civile e, non da ultimo, D) la giurisdizionalità sostanziale del rito arbitrale.

2. Lo Statuto penale della Pubblica Amministrazione.

L'attuale impianto dei reati contro la Pubblica Amministrazione richiede per la realizzazione della maggior parte degli illeciti previsti nel Capo I (Reati del pubblico ufficiale), fra cui anche i reati di corruzione, che il soggetto attivo della condotta rivesta la qualifica di pubblico ufficiale (art. 357 c.p.) o incaricato di un pubblico servizio (art. 358 c.p.), mentre assume un ruolo del tutto marginale la qualifica di esercente un servizio di pubblica necessità (art. 359 c.p.) che, per quanto qui rileva, non verrà approfondita.

Mediante l'art. 357 c.p., il Legislatore ha inteso attribuire la prima delle due qualifiche pubblicistiche a quegli agenti pubblici, definiti pubblici ufficiali, che *«esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa»* (comma 1) e a chi esercita una pubblica funzione amministrativa *«disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi e caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi»* (comma 2).

L'attuale qualifica pubblicistica trova fondamento nell'intervenuta riforma della l.86/1990, la quale ha operato un importante cambio di rotta sul tema della definizione di "pubblico ufficiale", spostando il baricentro dell'essenza della disposizione dal piano soggettivo a quello oggettivo⁵.

⁴ L'indagine non può estendersi all'arbitrato detto libero o irrituale, il cui risultato è identificato dall'art.808-ter c.p. come prodotto negoziale e non come lodo equiparato alla sentenza del giudice pubblico.

⁵ La novella ha recepito la corrente giurisprudenziale della Corte di legittimità che già anni prima aveva introdotto la concezione oggettiva della qualifica di pubblico ufficiale, ravvisandola non solo nel caso in cui il soggetto esprima la volontà della funzione pubblica rappresentata, ma anche nell'ipotesi in cui fra funzione esercitata e fine dell'ente pubblico vi sia una relazione di strumentalità. Veniva, pertanto, attribuita qualifica pubblica a coloro che esercitassero *«attività che, pur non connotata in ogni momento del divenire dal concreto esercizio della potestà certificatoria o del potere autoritativo, (costituivano) l'attuazione più completa e connaturale dei fini dell'ente, sì da non poter essere isolate dall'intero contesto delle funzioni dell'ente medesimo [...]»*, Cass. Pen., Sez. VI, 30.04.1980 in *Riv. Pen.*, 280.

Mentre antecedentemente al 1990, richiamando una concezione restrittiva di P.A., l'art. 357 c.p. riteneva indispensabile che l'agente pubblico fosse collegato all'apparato pubblico (Stato o altro Ente Pubblico) da un rapporto di dipendenza (per esempio un contratto di lavoro), dopo la riforma della l.86/1990 si è assistito all'oggettivizzazione della funzione pubblica, dovendosi ora dar rilievo alla «concreta attività esercitata»⁶, privilegiando la sostanza sulla formale attribuzione della qualifica da parte di una norma espressa del diritto pubblico⁷, svincolata, peraltro, da qualsiasi rapporto organico o di dipendenza fra agente ed ente pubblico.

Si ritiene, quindi, pubblico ufficiale sia colui che agisce per mezzo di atti ricompresi nell'ambito di una delle tre funzioni ex comma 1 dell'art. 357 c.p. e disciplinati dalle regole di diritto pubblico, sia colui che esercita la propria funzione mediante atti di natura privatistica, la cui pubblicità emerge dalla valutazione complessiva del suo agire⁸.

Ai sensi del comma 1, per “funzione legislativa” deve intendersi quell'attività di produzione legislativa esercitata «*ai rappresentanti degli elettori nella Camera dei Deputati, nel Senato della Repubblica, nelle assemblee elettive delle Regioni e delle Province autonome*», nonché quelle esercitate «*dai membri del Governo in sede di decretazione legislativa e d'urgenza*». Tale funzione attiene in modo specifico alla produzione normativa e non include tutte le attività pubbliche svolte all'interno dei predetti organi costituzionali⁹.

Coloro che svolgono attività di carattere servente alla funzione legislativa possono essere comunque ritenuti pubblici ufficiali in virtù della funzione amministrativa tipizzata dal comma 2 dell'art. 357 del Codice penale¹⁰.

Per “funzione giudiziaria” pare non debba oggi intendersi solamente l'esercizio dello *jus dicere* (come sembrava essere dopo la novella del 1990 che aveva sostituito la funzione giudiziaria con la dubbia formulazione letterale della “funzione giurisdizionale”, poi ripristinata con l'intervento correttivo della l.181/1992), ma anche l'attività degli ausiliari dei giudici e del P.M, ancorché privi del potere giurisdizionale¹¹. In senso lato, possono quindi considerarsi soggetti esercenti la funzione giudiziaria anche i cancellieri, i segretari e gli ufficiali giudiziari, nonché i membri popolari del collegio giudicante, presso la Corte

⁶ C.F. GROSSO – M. PELISSERO, “*Trattato di diritto penale, Reati contro la P.A.*”, 2013 – p.24.

⁷ Cass. Pen., Sez. VI, 17.10.12, n. 12385 in *DeJure*.

⁸ M. ROMANO, “*I delitti contro la pubblica amministrazione, Comm. Sist., 314-335 bis c.p.*”, 2013 – p.331 e Cass. Pen., Sez. VI, 07.07.15, n. 49286 in *DeJure*.

⁹ C.F. GROSSO – M. PELISSERO, *op. cit.* – p.25.

¹⁰ S. VINCIGUERRA, “*I delitti contro la pubblica amministrazione*”, 2008 – p.36.

¹¹ Per V. PLANTAMURA in “*Trattato di diritto penale. Parte Speciale Vol. II, I delitti contro la Pubblica Amministrazione (a cura di Cadoppi-Canestrari-Manna-Papa)*”, 2008 – p.897, tali soggetti dovrebbero essere considerati pubblici ufficiali alla stregua dell'art. 357 c.p., comma 2.

d'assise¹². La giurisprudenza, seguendo il principio dell'oggettivizzazione dell'attività esercitata, ha inoltre inteso ampliare la sfera dei soggetti pubblici riferibili alla funzione giudiziaria, giungendo ad includervi: a) il testimone, data la rilevanza del suo ufficio in termini di prova nell'ambito processuale¹³, b) il consulente tecnico nominato dal P.M. nel processo penale, poiché egli è «[...] investito di (poteri consistenti in) accertamenti integrativi delle indagini di polizia giudiziaria, (cioè) funzioni di pubblico ufficiale [...]. (Egli) non soltanto sotto il profilo soggettivo, e cioè per investitura del P.M. (art. 359 c.p.p.), ma anche sotto il profilo oggettivo (art. 357 c.p.), esercita un'attività rapportabile in modo ausiliario all'esercizio della funzione giudiziaria e quindi tale da qualificarlo pubblico ufficiale»¹⁴, c) il coadiutore del curatore fallimentare, il quale «coopera a titolo oneroso alla funzione di custodia giudiziaria dell'azienda, affidata appunto al curatore. Sotto tale profilo, è indubitabile la veste pubblicistica dei suoi compiti»¹⁵ e d) il difensore che documenta e poi utilizza processualmente le informazioni delle persone in grado di riferire circostanze utili all'attività investigativa nell'ambito delle investigazioni difensive ex art. 391-bis c.p.p., poiché non è dubbio «che il verbale (nel quale tali informazioni sono raccolte) [...] sia atto pubblico»¹⁶ al pari del documento redatto dal P.M. nell'espletamento delle funzioni d'indagine.

Maggiori difficoltà sorgono nel definire i contenuti della qualifica pubblicistica attribuita ad un soggetto, in funzione dell'esercizio di una pubblica funzione amministrativa ex comma 2 dell'art. 357 del Codice penale.

Per poter identificare la concreta portata applicativa della norma, la dottrina ricorre all'utilizzo di «indici sintomatici»¹⁷, vevoli a sottrarre la pubblica funzione amministrativa dal campo del diritto privato. In particolare, è necessario far riferimento:

i) Al tipo di disciplina giuridica della funzione (requisito formale), dovendosi ritenere pubblica funzione amministrativa quella che trae la propria regolamentazione esclusivamente da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi (con il conseguente problema di separare ciò che è norma di diritto pubblico, da ciò che non lo è¹⁸).

¹² Per S. VINCIGUERRA questi soggetti rientrerebbero nel novero dei pubblici ufficiali non in virtù del comma 1 dell'art. 357 c.p., bensì per mezzo del comma 2 – *ivi*.

¹³ Cass. Pen., Sez. I, 16.02.01, n. 15542; Cass. Pen., Sez. VI, 10.05.1995 in *Giust. pen.*, 1997, II, 170 e più recentemente Cass. Pen., Sez. Un., 25.02.10, n. 15208 e Cass. Pen., Sez. VI, 03.04.13, n. 25150 in *DeJure*.

¹⁴ Cass. Pen., Sez. VI, 07.01.1999, n. 4062 in *DeJure*.

¹⁵ Cass. Pen., Sez. VI, 21.01.09, n. 13107 in *DeJure*.

¹⁶ Cass. Pen., Sez. Un., 28.09.06, n. 32009 in *www.altalex.it*.

¹⁷ F. ANTOLISEI, «Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale II», 2016 – p.362. Parlano invece di «requisiti formali e sostanziali», C.F. GROSSO – M. PELISSERO, *op. cit.* – pp.29 e ss.

¹⁸ C.F. GROSSO – M. PELISSERO, *ibid.* e M. ROMANO, *op. cit.* – p.338 ritengono di dover attribuire natura pubblicistica alle disposizioni normative: a) che siano «norme di

La natura formale dell'ente non è in ogni caso sufficiente a provare, o negare, la qualifica ex art. 357 c.p. in capo ai suoi funzionari¹⁹.

ii) *Al tipo di potere della funzione esercitata (requisito sostanziale)*, dovendosi ritenere pubblica funzione amministrativa quella che si espleti (disgiuntamente) mediante poteri certificativi, cioè funzioni di attestazione con particolare efficacia probatoria, oppure attraverso poteri autoritativi che si sostanziano in «atti in grado di incidere coattivamente nel patrimonio giuridico dei destinatari»²⁰.

È altresì definita pubblica funzione amministrativa quella che tende a manifestare la volontà della pubblica amministrazione, non necessariamente esercitata dai vertici dell'ente, ma anche da coloro che sono preposti al compito di rappresentanza dello stesso verso i terzi. Vengono in rilievo anche tutte quelle attività finalizzate al processo decisionale pubblico, non essendo indispensabile svolgere un'attività «che abbia efficacia diretta nei confronti dei terzi, giacché ogni atto preparatorio, propedeutico ed accessorio, che esaurisca nell'ambito del processo amministrativo i suoi effetti certificativi, autoritativi o valutativi, comporta l'attuazione completa e connaturale dei fini dell'ente pubblico [...]»²¹.

All'art. 358 c.p. spetta il compito di definire, invece, la qualifica dell'incaricato di un pubblico servizio. Fermo restando il requisito formale della necessaria presenza di norme pubblicistiche volte a delimitare la qualifica pubblica dal campo di applicazione del diritto privato, per pubblico servizio si intende, ex comma 2 dell'art. sopra citato, «un'attività disciplinata nelle stesse forme della pubblica funzione, ma caratterizzata dalla mancanza dei poteri tipici di questa ultima, e con esclusione dello svolgimento di semplici mansioni di ordine e della prestazione di opera meramente materiale».

Distintamente da quanto previsto per il pubblico ufficiale, l'incaricato di un pubblico servizio manca dei poteri pubblici tipici dell'art. 357 c.p., comma 2, mentre a differenza del semplice impiegato che sia sprovvisto di qualsiasi qualifica ex artt. 357 e 358 c.p., egli «non viene adibito allo svolgimento di semplici mansioni d'ordine o di prestazioni d'opera meramente materiale»²².

A titolo esemplificativo, in ossequio ai principi formali e sostanziali, la giurisprudenza più recente è giunta a dover attribuire la qualifica di incaricato di un pubblico servizio:

a) all'addetto ai servizi cimiteriali del comune, perché l'attività esercitata non è né lavoro di fatica, né mera esecuzione di ordini altrui, bensì consiste nella

relazione per le quali la P.A. occupa una posizione di supremazia, cioè sia titolare di poteri il cui esercizio incida unilateralmente nella sfera giuridica altrui», b) che siano attributive di poteri di certificazione e c) che siano dirette all'organizzazione della P.A., ovvero disciplinino la vita e l'ordinamento dei pubblici uffici, determinando le competenze, attribuzioni e responsabilità dei funzionari.

¹⁹ Cass. Pen., Sez. V, 09.06.15, n. 35716 in *DeJure*.

²⁰ F. ANTOLISEI, *op. cit.* – p.364.

²¹ Cass. Pen., Sez. VI, 10.02.04, n. 21088 in *Cass. Pen.*, 2005, 4, 1262.

²² F. ANTOLISEI, *op. cit.* – p.365.

relazione e istruzione delle domande di fruizione dei vari servizi cimiteriali e comporta funzioni anche di natura concettuale²³. Tale soluzione è fondata su un duplice ordine di ragioni, riguardanti sia la disciplina della gestione dei servizi cimiteriali, la quale sottostà alla disciplina del diritto pubblico amministrativo, sia il fatto che l'addetto comunale non svolge mansioni meramente operative,

b) all'a.d. di una società di capitali addetta alla riscossione dei tributi, «*in considerazione della indubbia connotazione pubblicistica del servizio [...] a prescindere da qualsiasi rapporto d'impiego con un determinato ente pubblico*»²⁴.

Il maneggio di denaro pubblico e l'esercizio di un servizio amministrativo di rilevanza pubblica sono i due elementi, di ordine sostanziale, che hanno indotto la Corte di legittimità ad attribuire a tale soggetto la qualifica ex art. 358 c.p.,

c) al controllore di un'azienda di trasporto urbano «*essendo pubblica la funzione svolta dalla detta azienda e non meramente esecutive le funzioni svolte dal predetto dipendente*»²⁵. La qualifica ex art. 358 c.p., infatti, viene attribuita al controllore «*esclusivamente sulla base della disciplina dell'attività oggettivamente considerata ed indipendentemente dal fatto che il suo esercizio sia affidato allo Stato o ad altri soggetti pubblici o privati*»²⁶.

d) al titolare di tabaccheria delegata alla riscossione dei tributi, «*poiché, per le incombenze (a lui) affidate, subentra nella posizione della P.A. e svolge mansioni che ineriscono al corretto e puntuale svolgimento della riscossione medesima*»²⁷.

In particolare, si è ritenuta sussistente la qualifica pubblica ex art. 358 c.p., focalizzando l'attenzione tanto sullo svolgimento di un'attività di interesse pubblico, in particolare quella della determinazione dell'imposta mediante il servizio Lottomatica, quanto sul fatto che l'addetto della tabaccheria esercita poteri certificativi, rilasciando la ricevuta del pagamento del tributo²⁸.

Ai fini del presente contributo, prima di giungere a conclusioni affrettate circa un giudizio di compatibilità – o incompatibilità – fra le predette qualifiche ed il ruolo del giudice arbitro, appare fondamentale approfondire le successive tematiche nevralgiche del soggetto attivo dell'art. 319-ter c.p. e dello *status* dell'arbitro, le quali dovranno necessariamente tenere conto degli artt. 357 e 358 c.p. di cui si è appena trattato.

3. Il soggetto attivo della corruzione in atti giudiziari passiva.

Considerata la costruzione *per relationem* degli elementi costitutivi della fattispecie di cui all'art. 319-ter c.p. rispetto alle fattispecie base dei reati di corruzione di cui agli artt. 318, 319 e 321 c.p. – che ancora oggi induce la dottrina

²³ Cass., Sez. II, 04.11.16, n. 49355 in *DeJure*.

²⁴ Cass., Sez. VI, 21.09.16, n. 46235 in *DeJure*.

²⁵ Cass. Pen., Sez. V, 15.06.16, n. 45524 e, per il controllore di Trenitalia S.p.a., Cass. Pen., Sez. VI, 17.03.16, n. 15113 in *DeJure*.

²⁶ Cass. Pen., Sez. V, 26.04.05, n. 23465 in *DeJure*.

²⁷ Cass. Pen., Sez. VI, 11.06.13 n. 28974 in *CED*, 255630.

²⁸ Cass. Pen., Sez. II, 22.03.11, n. 17109 in *DeJure*.

ad auspicare una futura riformulazione del testo della norma per sciogliere alcune questioni sorte dal collegamento fra le diverse fattispecie²⁹ –, appare fondamentale interrogarsi circa il corretto inquadramento dei soggetti attivi nel reato di corruzione in atti giudiziari, sia in forma attiva che passiva³⁰.

La questione nasce appunto dal rapporto di *genus a species* della fattispecie ex art. 319-ter c.p., rispetto alle disposizioni normative dei reati di corruzione propria e impropria.

Oltre che per la diversità dell'elemento soggettivo del reato³¹, la norma in oggetto si distingue dalle disposizioni sulla corruzione propria e impropria anche per la tutela specifica del bene giuridico, essendo essa improntata alla protezione del regolare funzionamento del sistema della giustizia (processo civile, penale e amministrativo), oltre che ai tradizionali interessi dell'imparzialità e funzionamento della Pubblica Amministrazione³². Sarebbe, quindi, ragionevole dubitare che le ricostruzioni dell'analisi del reato per la corruzione propria e impropria, alla voce dei soggetti attivi, possano qui richiamarsi in toto per affrontare l'analisi del reato di cui all'art. 319-ter del codice penale. Si rende dunque necessaria un'indagine specifica sulla concreta portata applicativa della norma, sia per identificare chi è qualificabile come "corruttore", sia per stabilire chi è considerabile "corrotto".

Partendo dalla riflessione sul versante della corruzione attiva, che offre meno problematiche interpretative, nell'ambito della corruzione in atti giudiziari il comportamento criminoso tenuto dal soggetto privato corruttore è attualmente punibile, secondo le pene dell'art. 319-ter c.p., grazie all'efficacia estensiva dell'art. 321 c.p., così modificato dalla legge 181/1992.

²⁹ A. PAGLIARO, "Principi di diritto penale. I delitti contro la P.A.", 2000 – p.205.

³⁰ Sulla struttura del reato di corruzione in atti giudiziari, valgono le medesime considerazioni in merito alla struttura del delitto di corruzione "classica", qualificato in dottrina prevalente ed in giurisprudenza come reato plurisoggettivo necessario a struttura bilaterale, ove per corruzione in forma "attiva" ci si riferisce alla condotta del privato corruttore che offre denaro od altra utilità, mentre per corruzione in forma "passiva" si fa riferimento all'azione del soggetto pubblico che accetta la dazione della predetta utilità in cambio di un favore (da intendersi come l'esercizio, o il mancato esercizio, di doveri e/o funzioni conformi (e non) al proprio ruolo. In dottrina: V. MANZINI, "Trattato di diritto penale. Dei reati contro la P.A. e l'amministrazione della giustizia", 1982 – p.213; in giurisprudenza: Cass. Pen., Sez. VI, 04.05.06, n. 33435 in *Dejure*.

³¹ Per i reati di cui agli artt. 318 e 319 c.p., le manifestazioni corruttive in forma antecedente sono caratterizzate dal dolo specifico, richiedente la coscienza e volontà di concludere un *pactum sceleris* con il fine di porre in essere un atto/funzione conforme (318 c.p.) od in contrasto (319 c.p.) con i doveri del proprio ufficio. Le condotte corruttive in forma susseguente, invece, sono caratterizzate dal dolo generico, consistente nella coscienza e volontà di concludere un accordo illecito per ripagare ciò che è già stato compiuto.

³² Per un approfondimento sul bene giuridico tutelato dall'art. 319-ter c.p.: C. BENUSSI, "Trattato di diritto penale (a cura di Marinucci-Dolcini)", 2001 – p.510 e F. CINGARI "Trattato di Diritto Penale, (a cura di Palazzo)", 2011 – p.227.

Sul versante della corruzione in atti giudiziari passiva, il compito di identificare il soggettivo attivo del reato si complica per due ordini di ragioni: a) la norma, pur qualificando l'illecito come reato proprio (del pubblico ufficiale) secondo collocazione codicistica nel Capo I, Titolo II, Libro II del c.p., non precisa espressamente se si debbano considerare soggetti attivi del reato solamente quei pubblici ufficiali inquadrati nel sistema giudiziario (inteso come insieme di soggetti definiti sia dall'ordinamento giudiziario ex R.D. 12 del 30 gennaio 1941, che dai codici di rito civile, penale e amministrativo) e quindi esercenti funzioni giudiziari giudicanti o requirenti, oppure se si debbano considerare tali tutti gli agenti pubblici investiti della qualifica di pubblico ufficiale ex art. 357 c.p., capaci di influire con un loro atto sull'esito del processo, indipendentemente dal fatto che siano inquadrati nel sistema della giustizia; b) l'articolo 320 c.p. manca del richiamo espresso alla corruzione in atti giudiziari, sollevando un interrogativo sulla possibilità o meno di estendere la punibilità per corruzione in atti giudiziari passiva al soggetto titolare della qualifica ex art. 358 c.p. (incaricato di un pubblico servizio), considerata l'asserita inidoneità, da parte della dottrina "restrizionista", di un i.p.s. ad influire con i suoi poteri sulle sorti di un processo.

Entrambe le questioni possono essere risolte solamente attraverso l'esame attento della definizione di "atto giudiziario" che nella fattispecie ex art. 319-ter c.p. rappresenta lo strumento oggetto di mercimonio, il mezzo per raggiungere il fine del favore o del danno ad un soggetto parte di un processo civile, penale o amministrativo.

Essendo derivazione dell'esercizio di una funzione pubblica, la delimitazione del significato da attribuire all'atto giudiziario consente di definire, a monte, la natura del pubblico ufficiale (o incaricato di un pubblico servizio), capace concretamente di raggiungere il fine richiesto dalla corruzione in atti giudiziari.

Sul corretto inquadramento del significato da attribuire all'atto giudiziario si individuano due teorie: quella "espansiva" e quella "restrittiva", le quali conducono a risultati fra loro assai differenti.

Secondo la prima corrente teorica espansiva, per atto giudiziario deve intendersi sia l'atto formale, costituente estrinsecazione dei poteri-doveri inerenti l'ufficio ricoperto o la funzione in concreto assunta, sia il comportamento materiale rispetto al quale si possa individuare un rapporto di congruità con la posizione istituzionale del soggetto agente, senza che sia comunque richiesta una competenza specifica, al più generica³³, in seno all'agente. Ciò che appare necessario, è che tale atto sia funzionalmente antecedente ad un provvedimento giurisdizionale e che concretamente possa influire sull'emanazione di quest'ultimo³⁴.

L'atto giudiziario non è quindi identificabile come mero atto processuale in senso stretto, bensì come «*qualunque atto, o fatto, che può influire sul processo che sia*

³³ Cass. Pen., Sez. VI, 12.02.16, n. 7731 in *DeJure*.

³⁴ Cass. Pen., Sez. VI, 27.01.12, n. 24349 in *Cass. Pen.*, 2013, 4, 1474.

compiuto da un pubblico ufficiale [...]»³⁵, poiché la sede processuale non può essere intesa come il luogo ideale in cui l'atto compravenduto deve avere origine, bensì rappresenta il momento finale, l'obiettivo su cui l'atto mira ad influire per ottenere favore o il danno di una parte processuale.

Tale linea di ragionamento, ampliando il novero dei pubblici ufficiali a cui la disposizione si riferisce, giustifica la propria posizione adducendo due ulteriori argomentazioni, derivanti dall'interpretazione letterale del primo comma dell'art. 319-ter c.p.: a) non è possibile sostenere un restringimento della categoria dei soggetti attivi pubblici, poiché la disposizione, costruita *per relationem*, rinvia *tout court* agli elementi essenziali delle due ipotesi di corruzione semplice, comprese le qualifiche pubblicistiche richieste dai due articoli (318 e 319 c.p.) per l'integrazione della corruzione passiva, b) non è possibile limitare il campo di applicazione della norma ai soli agenti pubblici, operatori nel sistema della giustizia (magistrati o loro ausiliari), dal momento che se ciò fosse stata realmente l'intenzione del Legislatore, egli l'avrebbe innanzi tutto tipizzata con una definizione espressa nella norma ed inoltre avrebbe collocato l'articolo 319-ter c.p. nel Capo III del Titolo II, Libro II del c.p., riservato ai delitti contro l'amministrazione della giustizia, a tutela dell'imparzialità dei giudici³⁶.

Tale concezione espansiva trova oggi il supporto della giurisprudenza che, seguendo la nozione di atto giudiziario inteso come atto funzionale ad un procedimento giudiziario, è giunta ad includere nel novero dei pubblici ufficiali, soggetti attivi del reato di corruzione in atti giudiziari passiva (accanto alle figure tradizionali dei soggetti inquadrati nella funzione giudiziaria): il funzionario ispettore presso il Min. delle attività produttive³⁷, il cancelliere in servizio presso il Tribunale³⁸ ed il testimone chiamato a rendere la propria dichiarazione³⁹.

L'orientamento cd. estensivo offre spunti di ragionamento per rispondere anche all'ulteriore dubbio concernente l'estensione della punibilità del reato ex art. 319-ter all'incaricato di un pubblico servizio. Sebbene la norma adibita alla previsione dell'estensione della punibilità (art. 320 c.p.) nulla disponga riguardo l'articolo sulla corruzione in atti giudiziari, la nozione estensiva dell'atto giudiziario consentirebbe di includere l'i.p.s. nel novero di soggetti attivi, pubblici agenti. Secondo una valutazione teleologica della condotta incriminata dalla norma sulla corruzione in atti giudiziari, non appare inimmaginabile che un soggetto, dotato della qualifica ex art. 358 c.p., possa influenzare le sorti di un processo civile, penale, amministrativo, mediante l'adozione di un atto non necessariamente processuale in senso stretto. Seguendo questo ragionamento in dottrina si ritiene,

³⁵ S. VINCIGUERRA, *op. cit.* – p.226. Concordemente: C.F. GROSSO – M. PELISSERO, F. ANTOLISEI e T. PADOVANI in *Cpcomm.*

³⁶ C. BENUSSI in “*Codice penale commentato, Vol. II (a cura di Dolcini-Gatta)*”, 2015 – p.306.

³⁷ Cass. Pen., Sez. VI, 21.05.13, n. 30542 in *Foro It.*, 2014, 38, 235

³⁸ Cass. Pen., Sez. VI, 27.01.12, n. 24349 in *Cass. Pen.*, 2013, 4, 1474

³⁹ Cass. Pen., Sez. VI, 23.06.16, n. 40759 e Cass., Sez. Un., 25.02.2010, n. 15208 in *DeJure*

quindi, che si possa considerare corruzione in atti giudiziari passiva, ad opera di un i.p.s., il comportamento di una società concessionaria del servizio autostradale che, previo pagamento di una tangente, alteri lo stato dei luoghi interessati da un incidente, oggetto di indagini giudiziarie, al fine di favorire l'archiviazione del procedimento penale ai danni del soggetto indagato per omicidio stradale⁴⁰, sia il comportamento del dattilografo giudiziario che, in accordo con il corruttore, alteri il contenuto di documenti di un fascicolo processuale al fine di provocare un'ingiusta condanna⁴¹.

A corroborare la tesi favorevole all'estensione della punibilità dell'i.p.s. in caso di corruzione in atti giudiziari passiva, concorrono inoltre: a) l'incoerenza sistematica che si genererebbe fra gli articoli 319-ter c.p. e l'art. 322-bis c.p. nell'ipotesi di adesione all'orientamento sfavorevole, poiché il primo articolo finirebbe con l'escludere la punibilità per i comportamenti illeciti tenuti in ambito nazionale, quando il secondo ammette oggi la punibilità dell'i.p.s. per le condotte di corruzione in atti giudiziari commesse in ambito comunitario⁴², b) la costruzione *per relationem* che rinvia alle disposizioni di cui agli artt. 318 e 319 c.p., richiamate a loro volta nell'art. 320 c.p., dedicato all'estensione della punibilità dell'i.p.s. per i reati di corruzione.

Secondo la corrente teorica restrittiva (non seguita dalla giurisprudenza), invece, possono essere considerati atti giudiziari solamente quelli che rivestono natura processuale, che manifestano quindi una forma immediata, o comunque ne sono l'antecedente logico, dell'esercizio dello *jus dicere*, riservato alla Magistratura⁴³.

Ne discende che non qualunque pubblico ufficiale sarebbe investito del potere speciale di adottare atti e provvedimenti di natura giurisdizionale, o comunque immediatamente funzionali a questi, bensì solamente il magistrato, giudice o pubblico ministero che sia. I pubblici ufficiali esclusi dal campo di applicazione della norma, che tuttavia accettassero la dazione o promessa di denaro o altre utilità per adottare un atto conforme, o contrario, ai doveri d'ufficio, al fine di favorire o danneggiare una parte in un processo civile, amministrativo o penale, sarebbero

⁴⁰ S. VINCIGUERRA, *op. cit.* – p.225.

⁴¹ G. FORNASARI, “*Reati contro la pubblica amministrazione*”, 2008 – p.217.

⁴² L'articolo 322-bis estende l'ambito di operatività delle disposizioni degli articoli 314 e 316, nonché degli articoli da 317 a 320 e 322 c.p., nell'ipotesi in cui siamo commessi da, comma 1, punto 5: «*coloro che, nell'ambito di altri Stati membri dell'Unione europea, svolgono funzioni o attività corrispondenti a quelle dei pubblici ufficiali e degli incaricati di un pubblico servizio*».

⁴³ Favorevoli alla tesi restrittiva, in dottrina: F.S. FORTUNA, “*I delitti contro la pubblica amministrazione*”, 2010 – p.106, F. CINGARI, *op. cit.* – p.230 e G. FORNASARI, *op. cit.* – p.221.

puniti secondo le disposizioni della corruzione comune ex art. 318 e 319 del codice penale⁴⁴.

Vi è da osservare, sul punto, come l'intenzione del Legislatore del 1990 non fu quella di istituire una fattispecie a tutela della figura del magistrato, bensì quella di combattere il fenomeno corruttivo penetrato nella funzione giudiziaria⁴⁵, al fine di garantire il buon andamento, imparzialità di tale potere pubblico e preservare la fiducia della collettività verso l'esercizio di tale potere.

Dal tenore della norma, invero, sarebbe da rigettare l'idea dell'esistenza di un reato proprio esclusivo dei pubblici ufficiali esercenti lo *jus dicere*, inquadrati nell'ordinamento giudiziario a norma del R.D. del 1941, mentre sarebbe da accogliere quella fondata sulla teoria restrittiva-intermedia che include nei soggetti attivi della corruzione in atti giudiziari passiva anche gli ausiliari del magistrato come i cancellieri e gli ufficiali giudiziari, essendo questi dotati di poteri certificativi che si concretizzano in atti processuali, costituenti l'antecedente logico di un successivo provvedimento giurisdizionale (per esempio, potrebbe configurarsi come corruzione in atti giudiziari passiva, il comportamento dell'ufficiale giudiziario che accetti una somma di denaro per falsare il contenuto di una relata di notifica ex art. 143 c.p.c., destinato a favorire o danneggiare l'attore o il convenuto in sede processuale), evitando così di vanificare l'intento repressivo perseguito dal Legislatore di fronte alla corruttela in ambito processuale.

Corollario della teoria restrittiva è l'impossibilità di annoverare l'incarico di un pubblico servizio fra i soggetti attivi della corruzione in atti giudiziari passiva, stante la sua incapacità di incidere, mediante i propri atti e comportamenti, sulla realtà processuale.

4. Il procedimento arbitrale.

Una risposta ponderata all'interrogativo circa la compatibilità della sede arbitrale come luogo di consumazione della corruzione in atti giudiziari richiede, altresì, una breve ricognizione (sintetica, almeno dal punto di vista processual-civilistico) di ciò che è l'arbitrato (rituale) nella sostanza, anche in vista di un successivo giudizio di paragone con l'attività propria del giudice civile pubblico.

Esso, al pari del procedimento giurisdizionale disciplinato dal diritto pubblico, si configura come un mezzo eteronomo di risoluzione della controversia, disciplinato nel Libro IV, Titolo VIII del c.p.c. e caratterizzato:

- a) dall'esistenza di due (o più) parti in contesa, «*destinatari di regole di condotta e in disaccordo circa i comportamenti leciti, doverosi, che ciascuno di essi può o deve tenere con riferimento ad un certo bene della vita giuridicamente protetto*»⁴⁶,

⁴⁴ M. ROMANO, *op. cit.* – p.220, portando l'esempio del conservatore dei registri immobiliari che, previa remunerazione indebita, rilasci una falsa copia di una nota di trascrizione immobiliare al fine di favorire una parte in una causa civile.

⁴⁵ Relazione del Min. Vassalli del 7 marzo 1988, Camera Dei Deputati, nr. 2441.

⁴⁶ F.P. LUISO, *“Diritto processuale civile. Vol. V”*, 2015 – pp.13 e ss.

- b) dalla volontà comune delle parti di deferire la risoluzione della controversia ad un soggetto terzo, caratterizzato da imparzialità e terzietà rispetto agli interessi in gioco,
- c) dalla certezza dei tempi decisionali della controversia (il codice di procedura civile stabilisce un termine massimo, decorrente dalla data di accettazione dell'incarico dell'arbitro, entro cui la decisione deve essere pronunciata),
- d) dalla pronuncia di un atto, al termine del procedimento arbitrale, che non presenta i tratti tipici del contratto di transazione ex art. 1965 c.c. (poiché proveniente dal soggetto terzo sopra citato, anziché dalla volontà negoziale delle parti in lite),
- e) dalla pronuncia di un atto che, pur essendo adottato secondo giustizia, differisce dalla sentenza del giudice pubblico per via della diversa fonte da cui promana⁴⁷ e
- f) dalla tendenziale maggior economicità rispetto allo strumento del processo pubblico, da ravvisare nel minor costo sociale unitario del procedimento arbitrale «*le cui spese gravano quasi per intero sugli attori privati*»⁴⁸.

Formalmente, l'arbitrato rituale si configura come strumento alternativo alla tutela (dichiarativa di accertamento, di condanna o costitutiva⁴⁹) dei diritti in sede processuale pubblica, fondato sull'esistenza di un atto negoziale di autonomia privata definito "convenzione arbitrale", il quale può assumere la veste di compromesso ex art. 807 c.p.c., oppure di clausola compromissoria ex art. 808⁵⁰.

Per lungo tempo si è discusso della compatibilità dell'istituto arbitrale con le disposizioni costituzionali relative alla tutela dei diritti soggettivi, devoluta tradizionalmente alle cure del giudice pubblico ex art. 102 della Costituzione. Sul punto, la dottrina moderna ritiene di non aver più alcun dubbio a considerare

⁴⁷ Sentenza pubblica e lodo arbitrale sono oggi sostanzialmente parificati negli effetti giuridici ad opera dell'art. 824-bis c.p.c., introdotto dal d.lgs. 40/2006. L'elemento differenziale deve ravvisarsi nella fonte da cui deriva il potere di *jus dicere* esercitato dall'organo giudicante: per la sentenza, esso promana direttamente dalla potestà d'imperio di cui è investito lo Stato nell'esercizio della funzione giurisdizionale, mentre per il lodo arbitrale esso origina dall'autorità che le parti attribuiscono al giudice-arbitro mediante la stipulazione di una convenzione arbitrale.

⁴⁸ R. MARSELLI, A.D. SCANO, M. VANNINI, "L'arbitrato alla prova dei dati: un'analisi empirica sui procedimenti amministrati dalla Camera arbitrale di Milano" in *Riv. Trim. Dir. e Proc. civile*, 2015, 3, 1011.

⁴⁹ È escluso che l'arbitro possa svolgere le funzioni di tutela cautelare per divieto espresso dell'art. 818 c.p.c., stante la mancanza del potere di imperio in campo al suo ruolo di soggetto privato.

⁵⁰ La differenza fra le due modalità di stipulazione della convenzione arbitrale si rinviene nel momento in cui questa viene negoziata: mentre nel compromesso le parti decidono di deferire al giudice-arbitro la risoluzione di una lite già insorta, nella clausola compromissoria (la cui efficacia è sempre valutata autonomamente dal patto di riferimento) le parti stabiliscono ex-ante di attribuire la cognizione della controversia ad un giudice-arbitro.

costituzionalmente legittimo l'istituto arbitrale⁵¹, "giurisdizionale" in senso sostanziale⁵², poiché la previsione dell'art. 24 Cost. del diritto all'azione per la tutela dei propri diritti soggettivi (e interessi legittimi) non deve essere interpretata nel senso di rendere esclusiva la funzione tutelare della giurisdizione pubblica, bensì nel senso di dover istituire, in capo allo Stato, l'obbligo di predisporre i mezzi processuali per garantire l'attuazione del diritto medesimo.

Tale obbligo sociale può essere realizzato anche predisponendo mezzi di tutela delle posizioni sostanziali, diversi dallo strumento processuale pubblico, fra cui rientra a pieno titolo l'arbitrato. Inoltre, salvo le ipotesi legislative di arbitrato obbligatorio (costituzionalmente illegittime⁵³), il ricorso allo strumento arbitrale si fonda sulla libera decisione delle parti di sostituire (e non di rinunciare preventivamente) lo strumento pubblico di tutela dei diritti con altro strumento idoneo ed equipollente negli effetti, salvaguardando il più ampio principio di tutela dell'autonomia privata per la gestione dei propri diritti disponibili.

Nell'esperienza contemporanea è possibile individuare sottocategorie del *genus* dell'arbitrato (oltre all'arbitrato libero) quali: *l'arbitrato ad hoc* (nel quale le parti concordano di deferire all'arbitro la risoluzione di una singola controversia od un singolo rapporto di natura contrattuale o non contrattuale), *l'arbitrato amministrato* ex art. 832 c.p.c. (nel quale le parti decidono di far affidamento ad istituzioni preesistenti, come ad esempio le Camere arbitrali istituite presso le C.C.I.A.A., che offrono un pacchetto di servizi completo, comprendente sia l'elenco dei soggetti da cui le parti possono attingere per la nomina degli arbitri, sia il regolamento arbitrale che verrà applicato in sede procedimentale) e *l'arbitrato forense (o deflattivo)*, introdotto dal d.l.132/2014 avente il fine di sopperire al rallentamento della funzione giudiziaria statale, consentendo alle parti di deferire ad arbitri la definizione della controversia pendente davanti al giudice pubblico.

Tralasciando in questa sede l'esame analitico delle disposizioni codicistiche relative alla procedura arbitrale, appare opportuno soffermarsi sulla natura del

⁵¹ F.P. LUISO, *op. cit.* – p.112. Conformemente: G. VERDE, "Lineamenti di diritto dell'arbitrato", 2015 – pp.16 e ss., il quale afferma che «se da un lato (l'art. 24 Cost.) obbliga lo Stato ad approntare l'organizzazione giudiziaria, dall'altro lato non obbliga il cittadino farvi ricorso»; C. MANDRIOLI – A. CARRATTA in "Diritto processuale civile. Vol. III", 2013 – p.410 e ss., nonché F. CARPI in "La metamorfosi del monopolio statale sulla giurisdizione" in *Riv. Trim. Dir. e Proc. civile*, 2016, 3, 811, che evidenzia l'inevitabile evoluzione del monopolio del potere giurisdizionale in seno allo Stato, oggi soggetto a pressioni continue per la valorizzazione delle tecniche alternative ed autonome di risoluzione delle controversie (cd. A.D.R.).

⁵² Con sentenza n. 376 del 28.11.01, la Corte Costituzionale ha affermato che «l'arbitrato costituisce un procedimento previsto e disciplinato dal codice di procedura civile per l'applicazione obiettiva del diritto nel caso concreto, ai fini della risoluzione della controversia, con le garanzie di contraddittorio e di imparzialità tipiche della giurisdizione civile ordinaria. Sotto questo punto di vista, il giudizio arbitrale non si differenzia da quello che si svolge davanti agli organi statali [...]».

⁵³ C. Cost., 08.06.05, n. 211 in www.altalex.it.

prodotto finale di tale procedura e sugli effetti giuridici che scaturiscono dallo stesso.

Il procedimento arbitrale si conclude con provvedimenti tipici disciplinati dal Titolo VIII del Libro IV del codice di rito. In particolare, essi assumono la veste di ordinanza revocabile, non soggetta a deposito, nel caso previsto dall'art. 816-bis c.p.c., mentre assumeranno veste di lodo nelle ipotesi ex artt. 820 e 827 c.p.c.⁵⁴.

La decisione viene presa a maggioranza dei membri del collegio giudicante e del procedimento deliberativo si redige atto scritto che deve contenere: a) il nome degli arbitri, b) l'indicazione della sede dell'arbitrato, c) l'indicazione delle parti, d) l'indicazione della convenzione di arbitrato e delle conclusioni delle parti, e) l'esposizione sommaria dei motivi, f) il dispositivo e g) data e sottoscrizione degli arbitri.

La riforma del 2006 ha inteso attribuire al lodo «*gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria*» a decorrere dalla data della sua ultima sottoscrizione, ex art. 824-bis del codice di rito. In tale affermazione è stato rinvenuto il chiaro indice dell'intenzione del Legislatore di attribuire rilevanza giurisdizionale al procedimento arbitrale⁵⁵, benché non sia mancato chi, a ragione, esclude che tale equiparazione legislativa possa fungere da strumento ermeneutico per giungere ad una simile conclusione⁵⁶.

L'evidente identità fra sentenza e lodo sul piano dell'efficacia si ravvisa anche nel medesimo regime a cui, entrambi i provvedimenti, sono sottoposti in materia di violazione del giudicato⁵⁷. Infatti, sia alla sentenza pubblica, ex art. 395, punto 5) c.p.c. in materia di revocazione, sia al lodo arbitrale, ex art. 829, punto 8) c.p.c. in

⁵⁴ Il lodo può assumere, a sua volta, la veste di: a) lodo definitivo se esaurisce il merito della domanda proposta, b) lodo parziale se decide solo in parte sulla domanda e c) lodo non definitivo che risolve questioni, il quale non è autonomamente impugnabile, tranne che unitamente al lodo definitivo ex art 827 c.p.c.

⁵⁵ In questo senso: M. GAMBARDELLA, “*Corruzione degli arbitri e riforma del processo civile*”, 2014, in www.penalecontemporaneo.it. – p.7.

⁵⁶ F.P. LUISO, “*L’art. 824-bis c.p.c.*”, 2010, in www.judicium.it. L’A. ritiene che fra lodo arbitrale, contratto di transazione e sentenza del giudice pubblico, in realtà non esistano sostanziali differenze se non sul piano della mera esecutività. Tutti e tre gli strumenti sopra indicati, infatti, hanno: a) pari efficacia in tema di individuazione delle regole di condotta vincolanti per le parti in lite (contenuto accertativo della realtà giuridica), b) pari forza a resistere allo *jus superveniens* e c) pari efficacia, sul piano della vincolatività, nei confronti dei diritti dipendenti rispetto alla situazione giuridica oggetto della lite. Egli giunge quindi a ritenere da un lato che transazione e lodo arbitrale non possano essere parificati sul piano della natura formale ad esercizio della giurisdizione statale, poiché qui si parla di sola efficacia intrinseca degli strumenti, indipendentemente dall'autorità che li promana, dall'altro lato che è parimenti erronea la differenziazione del regime di efficacia della sentenza rispetto al lodo arbitrale e alla transazione. Per chiarezza, si sottolinea che F.P. LUISO non ritiene l'efficacia esecutiva della sentenza un effetto proprio e tipico della stessa.

⁵⁷ Per F.P. LUISO in “*Diritto processuale civile. Vol. V*”, 2015 – p.232 tale relazione di identità è un ulteriore indice, seppur indiretto, della perfetta equiparazione degli effetti di un lodo a quelli della sentenza.

materia di impugnazione per nullità, è fatto espresso divieto di porsi in contrasto ad «*altro procedente lodo, non più impugnabile o a precedente sentenza passata in giudicato fra le parti*».

Il lodo arbitrale, idoneo ad acquisire autorità di cosa giudicata tanto nel caso in cui siano esauriti i mezzi di impugnazione previsti dall'art. 827 c.p.c. e ss., quanto nell'ipotesi in cui decorrano i termini massimi per impugnare, non è esecutivo, poiché per attribuirgli tale qualità si rende necessaria una fase procedimentale ulteriore che coinvolge il giudice pubblico a norma dell'art. 825 del codice di rito.

Con questa scelta, il Legislatore ha optato per riaffermare l'esclusione di un qualsiasi potere di *imperium* in seno al giudice-arbitro, dovendo l'interessato ricorrere alla giurisdizione pubblica, mediante lo svolgimento di un procedimento camerale⁵⁸, per omologare il contenuto del lodo. L'atto divenuto esecutivo acquisisce, inoltre, l'idoneità a costituire titolo per l'iscrizione di ipoteca.

In merito a tale procedura di omologazione, vale la pena aggiungere che la verifica operata dal giudice pubblico è limitata al vaglio dei soli aspetti formali del provvedimento arbitrale (si tratta sostanzialmente di verificare se il lodo sia viziato per invalidità, oppure se vi sia stata erronea qualificazione del rito arbitrale come rituale, anziché come procedimento libero ex art. 808-ter c.p.c.), essendo impedito alla giurisdizione statale di saggiare il merito della decisione. Il solo fatto di aver apposto un timbro in calce al lodo per attribuirgli efficacia esecutiva, non deve condurre all'erronea conclusione (come avveniva nel passato, prima della riforma del 1994⁵⁹) che, in concreto, si sia verificata una mutazione genetica della natura dello stesso, poiché esso era, e rimane, cosa privata che tiene luogo agli effetti della sentenza statale.

4.1. L'arbitrato forense (o deflattivo) della l.162/2014.

Nell'esperienza giuridica più recente, in Italia si è assistito ad una vera e propria fuga dalla giustizia pubblica, legislativamente supportata dall'introduzione di mezzi di risoluzione della controversia autonomi, o eteronomi, alternativi al giudizio ordinario, il cui fine primario è stato, ed è tutt'ora, quello di alleggerire il carico di lavoro della Magistratura, ormai divenuto insostenibile tanto per le aule di giustizia civile, quanto per quelle di giustizia penale⁶⁰.

In materia di giustizia civile, negli anni passati, si è ricorso all'utilizzo dei seguenti strumenti deflattivi del carico giudiziario: a) in materia di mediazione (strumento di *Alternative Dispute Resolution*), il d.lgs. 28/2010 (dichiarato successivamente

⁵⁸ G. VERDE, *op. cit.* – p.178.

⁵⁹ «(Con tale riforma) era stato, così, eliminato l'equivoco di un atto, quale la decisione degli arbitri, destinato ad essere interamente assorbito dalla giurisdizione statale, attraverso l'omologazione, e a trasformarsi in sentenza», G. VERDE, *op. cit.* – p.180.

⁶⁰ Per il processo penale, nello specifico, negli ultimi anni si è assistito alla progressiva promozione degli strumenti rituali "alternativi o speciali" al cd. rito ordinario, pur sempre giurisdizionali, improntati al sollievo sanzionatorio per l'imputato che ne faccia uso, in cambio di una rinuncia parziale ai diritti alla difesa e al contraddittorio.

incostituzionale per eccesso di delega, ma sostanzialmente re-introdotto nel 2013 con il d.l.69/2013, conv. in l.98/2012) ha introdotto un elenco eterogeneo di controversie per cui è prevista l'obbligatorietà dell'esperimento della procedura di mediazione a pena di improcedibilità della successiva domanda giudiziale, davanti ad un organismo di natura squisitamente privatistica, il cui compito è quello di catalizzare le volontà e gli interessi delle parti in lite al fine di raggiungere un accordo transattivo; b) in materia di negoziazione assistita, il d.l. 132/2014, (conv. in l.162/2014) ha introdotto uno strumento basato «*su un accordo mediante il quale le parti convengono di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole tramite l'assistenza di avvocati iscritti all'albo*», reso obbligatorio per due gruppi di controversie specificate nell'art. 3, ovvero «*controversie in materia di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti*», nonché l'assai vaga categoria delle «*domande di pagamento (volte quindi ad ottenere una sentenza dichiarativa di condanna) a qualsiasi titolo di somme non eccedenti cinquantamila euro*»⁶¹ e c) in materia di arbitrato, il medesimo d.l.132/2014, conv. in l.162/2014, ha previsto la possibilità per le parti coinvolte in una causa civile, che sia pendente alla data di entrata in vigore delle disposizioni, di proporre, mediante istanza congiunta, il trasferimento della controversia dalla cognizione del giudice pubblico (Tribunale o Corte d'Appello) a quella del giudice arbitro.

L'arbitrato rituale deflattivo e la negoziazione assistita, introdotti dal Legislatore del 2014, rappresentano la concretizzazione della straordinaria esigenza di «*emanare disposizioni in materia di degiurisdizionalizzazione e adottare altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile, nonché misure per la tutela del credito e la semplificazione e accelerazione del processo di esecuzione forzata*» e raggiungere la finalità di «*assicurare una maggiore funzionalità ed efficienza della giustizia civile, mediante le predette urgenti misure*»⁶².

Dell'arbitrato deflattivo si ricordano gli aspetti salienti:

- a. L'arbitrato deve essere proposto mediante istanza congiunta delle parti in lite, a patto che la causa non sia già stata assunta in decisione (ex art. 1, d.l.132/2014),
- b. Le controversie sottoposte all'applicazione della norma in studio possono riguardare solamente diritti disponibili, escluso il campo di diritti «*in materia di lavoro, previdenza e assistenza sociale*», salvo il caso in cui i medesimi «*abbiano nel contratto collettivo di lavoro la propria fonte esclusiva (e lo stesso) abbia previsto e disciplinato la soluzione arbitrale*».
- c. Ai sensi dell'art. 2 del d.l.132/2014, rilevate le condizioni di ammissibilità sopra esposte, il giudice «*dispone la trasmissione del fascicolo al Presidente del Consiglio dell'ordine (degli avvocati) del circondario in cui ha sede il*

⁶¹ F.P. LUISO, *op. cit.* – p.93.

⁶² Così si è espresso il Governo nel d.l. nr. 132 del 12 settembre 2014. Testo disponibile in www.normattiva.it.

Tribunale o la Corte d'appello», al fine di nominare il collegio arbitrale nel caso di controversie aventi valore superiore ad euro 100.000,00, mentre nel caso di valore inferiore tale somma, l'arbitro nominato sarà uno soltanto⁶³.

- d. La disciplina applicabile è derivata da quanto stabilito dal codice di procedura civile in materia di arbitrato rituale, artt. dall'806 all'840.

Pare che il Governo del tempo abbia deciso di ricorrere allo strumento privatistico ideale del sub-appalto⁶⁴ della funzione giurisdizionale, dove sub-appaltatore per l'esecuzione dei lavori non è altro che il giudice-arbitro, al fine di fornire una stampella ad un paziente zoppo, appesantito di carichi processuali arretrati, divenuti insostenibili⁶⁵, e di raggiungere «*il dimezzamento dell'arretrato di 5,2 milioni di cause*»⁶⁶.

Nella pratica, alla luce dell'evidente delega di mansioni che lo Stato ha attribuito all'autonomia privata, si assiste, nell'universo dello strumento arbitrale di tipo rituale, alla creazione di un controsenso fra la natura tradizionale di stampo privatistico e la natura sostanzialmente giurisdizionale (para-pubblica?) del rito arbitrale, peraltro supportata negli ultimi anni sia dalla Corte Costituzionale, sia dalla Corte di Cassazione⁶⁷.

Tale progetto di esternalizzazione del servizio pubblico dell'amministrazione della giustizia non sembra discostarsi di molto dalle scelte legislative, meno recenti, operate nel campo della privatizzazione di altri settori di servizi forniti al pubblico. Lungi dal voler paragonare l'esercizio della funzione giurisdizionale con servizi amministrativi di rilevanza pubblica, occorre tuttavia rilevare che, nei casi di privatizzazione della pubblica funzione amministrativa, lo Stato e la Corte di legittimità non paiono aver mai rinunciato a ridurre l'efficacia della protezione penale verso l'integrità di tali funzioni, ancorché privatizzate.

In altre parole, l'aver privatizzato, per esempio, il servizio postale mediante l'istituzione di Poste Italiane S.p.a., non ha comportato il successivo *step* della privatizzazione sostanziale dell'ufficio del funzionario, tant'è che ancora oggi egli

⁶³ Ferma restando la scelta concorde delle parti in merito alla persona fisica da nominare come arbitro (salvo il dissenso fra le parti che prevede l'intervento del Presidente del Consiglio dell'ordine), a differenza dell'arbitrato rituale "tradizionale", nell'arbitrato forense (o deflattivo) possono essere nominati arbitri della lite solamente gli avvocati disponibili ed iscritti da altro cinque anni all'Albo professionale dell'ordine circondariale «*che non hanno subito, negli ultimi cinque anni, condanne definitive comportanti la sospensione dall'albo [...]*».

⁶⁴ L'accostamento all'istituto del sub-appalto è stato effettuato da L. FERRARELLA in "Il processo civile punta sugli arbitri (e sono corrompibili)" in *Corriere della Sera* del 12.11.14

⁶⁵ Evidenzia una diminuzione, ancorché limitata, dei carichi pendenti dal 2009 al 2016, F. FUBINI in "I numeri della giustizia civile in Italia: sono 4,5 milioni le cause civili arretrate" pubblicato in *Corriere Della Sera* del 16.04.16.

⁶⁶ L. FERRARELLA, *ibid.*

⁶⁷ Ci si riferisce alle sentenze della C. Cost. n. 233/2013 e C. Cass, Sez. Un., 24153/2013.

soggiace alla disciplina penalistica dei reati contro la P.A., qualora l'attività in concreto esercitata soddisfi i parametri pubblicistici degli artt. 357 o 358 c.p.⁶⁸. Sempre a titolo di esempio, risulta altresì sottoposto alla disciplina dello Statuto penale della P.A. ex art. 358 c.p. (come incaricato di un p.s.) l'amministratore di un'associazione (di diritto privato) che svolge attività di recupero di soggetti tossicodipendenti in regime di convenzione con il Servizio Sanitario Nazionale, con conseguente introito di danaro pubblico⁶⁹.

Appare quindi lecito chiedersi se sia davvero ragionevole, oggi, privatizzare la risoluzione delle controversie pendenti davanti all'autorità pubblica, senza tuttavia estendere al soggetto privato, esercente una funzione di fatto delegata dallo Stato, quelle garanzie rilevanti per la società al fine di preservare la tutela dell'imparzialità e il buon funzionamento dell'amministrazione della giustizia (in particolar modo quella disciplina che tende ad evitare il mercimonio in ambito processuale, quali la corruzione tradizionale e la corruzione in atti giudiziari), sebbene esercitata in forma sub-appaltata dal giudice privato⁷⁰.

È davvero ragionevole sostenere che oggi non possa considerarsi estesa l'applicazione della qualifica del p.u. ex art. 357 c.p. ad un soggetto (l'arbitro) che, in concreto, è abilitato a statuire, con un provvedimento equiparato *tout court* negli effetti ad una sentenza del giudice pubblico ex art. 824-bis c.p.c., sulla risoluzione di una controversia, per la quale, magari, già esiste una pronuncia di un giudice pubblico di primo grado⁷¹? Si potrebbe certamente obiettare che l'arbitrato forense trae pur sempre le mosse da un'istanza congiunta, espressione libera delle parti e quindi dell'autonomia privata, ma considerato il risultato a cui tende tale procedimento arbitrale, nonché la natura sostanziale del prodotto arbitrale stesso, sarebbe opportuno riflettere se, davvero, di strumento puramente negoziale possa ancora parlarsi, specialmente alla luce dell'art. 1, comma 1 del d.l.132/2014.

Che dire, in aggiunta, della procedura di deposito del lodo per assicurarli l'efficacia esecutiva ex art. 825 c.p.c.? È, allo stesso modo, davvero irragionevole pensare di estendere le garanzie penali di tutela dell'attività giurisdizionale ad un procedimento che, potenzialmente compravendibile, permette ad una parte di ottenere un provvedimento dichiarativo di condanna (equiparato alla sentenza),

⁶⁸ Cass. Pen., Sez. VI, 02.11.10, n. 39591 in *CED*, 248532 e Cass. Pen., Sez. VI, 07.05.04, n. 37102 in *CED*, 230374. Si precisa che nei due casi, entrambi i soggetti coinvolti non erano adibiti a semplici mansioni d'ordine o meramente esecutive, così come richiesto dal testo dell'art. 358 c.p.

⁶⁹ Cass. Pen., Sez. VI, 27.08.09, n. 33500 in *CED*, 244697.

⁷⁰ A. MANICCIA in *"Riforma del processo civile e risvolti in materia penalistica del nuovo arbitrato forense: la corruzione dell'inedita figura dell'arbitro-avvocato"* in *Cass. Pen.*, 2016, 11 – p. 4282 solleva tale dubbio di configurabilità della qualifica pubblica ex art. 357 in capo all'arbitro nel rito arbitrale ex d.l.132/2014, poiché il rinvio generico di tale decreto alla disciplina del Titolo VIII, Libro IV del c.p.c. dovrebbe includere anche il disposto dell'art. 813, comma 2, il quale attualmente nega che l'arbitro eserciti l'ufficio di pubblico ufficiale o incaricato di un pubblico servizio.

⁷¹ L'istanza congiunta per la promozione dell'arbitrato deflattivo può essere proposta anche in sede di appello ex art. 1, d.l.132/2014.

suscettibile di omologazione e quindi utilizzabile per avviare una procedura di esecuzione forzata?

Rispondere negativamente alle questioni di cui sopra, significherebbe lasciare impunte possibili condotte illecite, realizzate nella celebrazione del procedimento arbitrale, il cui fine potrebbe essere astrattamente assimilabile a quello dell'art. 319-ter c.p., ovvero quello di favorire o danneggiare una parte in un processo⁷². L'incomprensibilità dell'esclusione della punibilità della condotta appare fortemente marcata nel caso in cui la condotta di mercimonio della funzione dell'arbitro fosse realizzata in un procedimento arbitrale, promosso durante il giudizio dell'appello, laddove il mercimonio fra privato corruttore e giudice-arbitro corrotto sarebbe astrattamente in grado di ribaltare il contenuto della statuizione di primo grado del giudice pubblico, senza tuttavia soggiacere ad un rimprovero del diritto penale⁷³.

Nemmeno si potrebbe ovviare a tale mancanza di tutela penale ricorrendo alla fattispecie del reato di truffa ex art. 640 c.p. posto in essere dalla parte in lite, in concorso con il giudice-arbitro, ai danni della controparte processuale.

Il reato di truffa, infatti, presuppone che la condotta «*dell'artificio o del raggio, induca taluno in errore, procurando (all'agente o ad altri) un ingiusto profitto con l'altrui danno*». L'ingiusto profitto deve realizzarsi «*dal compimento dell'atto di disposizione patrimoniale da parte del soggetto ingannato [...] e tale atto deve essere a sua volta determinato dall'errore*»⁷⁴. Trattandosi del più tipico dei reati contro il patrimonio, realizzati mediante la cooperazione (volontaria) della vittima, appare impossibile ricondurre la condotta della pronuncia di un lodo arbitrale, dannoso per il truffato, alla *species* dell'artificio o del raggio, dovendo poi esso generare l'errore da cui scaturisce l'atto di disposizione patrimoniale. Nella pronuncia di una sentenza o di un lodo arbitrale non si hanno atti volontari di disposizione, bensì obblighi giuridici nascenti dal provvedimento finale che definisce la lite⁷⁵.

4.2. Lo status del giudice arbitro.

Sebbene con l'analisi dell'arbitrato forense si sia introdotta la questione di valutare l'opportunità di attribuire al giudice arbitro le qualifiche dello Statuto penale della P.A., è ora opportuno procedere ad un sommario inquadramento della figura in

⁷² I. SALVEMME, "La responsabilità penale degli arbitri. Nuove ipotesi in seguito all'emanazione del d.l. 12 settembre 2014, nr. 132" in *Riv. Arbitrato*, 2016, 1, 189 e ss.

⁷³ A. MANICCIA, *ibid.*, riporta nel testo del proprio contributo l'opinione di chi nega la necessità di ovviare alle mancanze della disciplina penale dei reati di corruzione in materia di arbitrato, giustificandola con la constatazione dell'esistenza di sistema di controllo preventivo (delle nomine) ed in itinere (della funzione di arbitro) da parte del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati, esercitato nei confronti dei soggetti scelti a svolgere le funzioni di giudice-arbitro secondo la procedura del d.l.132/2014.

⁷⁴ F. MANTOVANI, "Diritto Penale. Parte Speciale II", 2014 – p.203 e ss.

⁷⁵ Conformemente in giurisprudenza: Cass. Pen., Sez. II, 30.01.08, n. 6022 in *DeJure*.

questione, legislativamente disciplinato dal codice di procedura civile in materia di arbitrato rituale (a cui anche il rito ex d.l.132/2014 fa rinvio).

Il giudice arbitro è una figura di natura privatistica che trae il suo potere a decidere una lite da un negozio di diritto privato (convenzione arbitrale), ma che istituzionalmente, nella sua concezione dinamica dell'essere, trova un'accurata disciplina nel codice di rito civile, ovvero una norma di diritto pubblico. Ciò permette di affermare che è da rigettare l'impostazione totalitaria – sbilanciata in favore della natura privatistica del procedimento arbitrale – volta a negare all'arbitrato un qualsiasi rilievo pubblico, poiché è indubbio (soprattutto alla luce dell'intervento legislativo del 2014) che se il Legislatore avesse concretamente voluto aderire a tale dogma, non avrebbe dovuto introdurre la disciplina di tale istituto nel codice di rito del processo civile, peraltro in un Libro, il quarto, volto alla disciplina dei riti speciali⁷⁶, bensì in un apposito titolo autonomo, oppure nell'ambito del codice di diritto civile sostanziale, per esempio accanto alla figura dei contratti di transazione la cui causa è in parte la medesima della convenzione arbitrale: dirimere una controversia già cominciata, oppure prevenire una lite che può sorgere fra i contraenti (benché le modalità di risoluzione della stessa siano poi sostanzialmente differenti)⁷⁷.

L'arbitro, rispetto alle parti in lite, assume i connotati di un soggetto *superpartes*, «*equidistante [...], (nel modo di) porsi come terzo non interessato, (al fine di) emettere una decisione che abbia le caratteristiche analoghe a quelle proprie della pronuncia giurisdizionale*»⁷⁸. L'equidistanza, intesa come imparzialità, deve riferirsi sia al singolo giudice privato, nel caso di arbitro unico nominato in comune accordo, sia all'intero organo collegiale, nell'ipotesi di più arbitri (sempre in numero dispari come richiesto dall'art. 809 c.p.c.), in modo da bilanciare le posizioni personali di ciascun membro di parte che, essendo comunemente nominato secondo i meccanismi della clausola binaria⁷⁹, si dimostra essere più o meno favorevole agli interessi in gioco di chi lo ha scelto.

Egli deve essere inoltre dotato delle qualità espressamente pattuite dalle parti nella convenzione arbitrale, pena la ricusazione promossa dalla parte che non l'ha nominato.

⁷⁶ F.P. LUISO mostra qualche perplessità verso l'attuale collocazione codicistica dell'arbitrato, *op. cit.* – p.108.

⁷⁷ BALLORIANI – DE ROSA – MEZZANOTTE, “*Manuale breve di diritto civile*”, 2014 – p.720

⁷⁸ F.P. LUISO, *op. cit.* – p.149.

⁷⁹ Secondo la clausola binaria, la parte che solleva l'intenzione di avviare il procedimento arbitrale provvede a nominare un arbitro mediante comunicazione scritta da trasmettere alla controparte, la quale, a sua volta, deve procedere alla scelta del proprio giudice-arbitro. I due membri nominati potranno procedere, in comune accordo, alla scelta del terzo membro che integra la disparità, salva comunque la possibilità che a scegliere siano direttamente le parti in lite, sempre in modo consensuale. È possibile tuttavia che le parti non avallino il sistema appena illustrato, deferendo quindi ad un terzo soggetto il compito di nominare il collegio arbitrale, specialmente nel caso in cui vi sia un solo arbitro giudicante.

Circa lo *status* pubblico della figura arbitrale, il codice di procedura civile nega espressamente all'art. 813, comma 2, che al giudice arbitro si possano attribuire le qualifiche di pubblico ufficiale o di incaricato di un pubblico servizio.

Il contenuto di tale articolo è il vero punto nevralgico da affrontare e che è suscettibile di due interpretazioni a seconda del valore che si ritiene di dovergli attribuire in senso strettamente penalistico.

Sull'effettiva portata della predetta disposizione si sono formati due orientamenti, l'uno definibile come «*autonomista*»⁸⁰ e l'altro come «*relativista*»⁸¹, i quali giungono a soluzioni contrastanti sia sull'effettiva portata di tale articolo, sia sulla conclusione dell'indagine del presente contributo.

Secondo il primo filone di pensiero, le qualifiche contenute nello Statuto penale della P.A. appartengono ad un sistema giuridico autonomo ed indipendente rispetto alle altre branche del diritto, in virtù «*delle peculiari finalità di offrire tutela a beni giuridici di massima rilevanza e di giungere poi alla rieducazione del reo*»⁸². Sulla stessa lunghezza di pensiero, è stato affermato in dottrina che «*quando il diritto penale richiama direttamente concetti o categorie proprie di altri settori dell'ordinamento, le specifiche esigenze dell'imputazione penalistica possono richiedere che il significato di questi concetti venga ricostruito in via autonoma (o parzialmente autonoma)*»⁸³.

In tal senso, il fatto che una norma di diritto pubblico, diversa dal diritto penale, attribuisca qualifiche pubbliche ad un soggetto, non significa che essa abbia automaticamente valenza vincolante per il diritto penale nel momento in cui si debba analizzare la posizione concreta (oggettiva) dell'agente in rapporto ad una fattispecie di reato proprie degli agenti pubblici: «*[...] il legislatore quanto al pubblico ufficiale, come del resto quanto all'incaricato di un pubblico servizio e all'esercente di un servizio di pubblica necessità, ha inteso di tener distinte le due categorie di nozioni, da un lato quelle proprie del diritto amministrativo e costituzionale e dall'altro quelle del diritto penale, (dettando) norme che rispondessero alle esigenze della dottrina giuspubblicistica*»⁸⁴.

⁸⁰ Supportato da M. GAMBARDILLA, I. SALVEMME, A. MANICCIA, e, in parte, da M. ROMANO, *op. cit.* – p.346.

⁸¹ Supportato tendenzialmente sia da F. BELLAGAMBA in “*La corruzione in atti giudiziari*”, 2016 – p.133 e dottrina processualcivilista (sebbene, tra gli altri, F.P. LUISO, G. VERDE e C. MANDRIOLI – A. CARRATTA trattino in concreto della questione solamente sotto il profilo della rilevanza processuale civile), sia dalla Corte di legittimità nelle poche pronunce disponibili sul tema fra cui Cass. Pen., Sez. VI, 22.01.13, n. 5901 in CED, 254308 e Cass. Civ., Sez. I, 21.03.14, n. 6736 in CED, 630040.

⁸² F. BELLAGAMBA, *op. cit.* – p.128.

⁸³ G. FIANDACA – E. MUSCO, “*Diritto Penale. Parte Generale*”, 2009 – pp. 36-37.

⁸⁴ N. LEVI, “*Delitti contro la Pubblica Amministrazione*”, 1935 – p.25

Secondo A. MALINVERNI, inoltre, le qualifiche attribuite dalla norma penale sarebbero «*speciali rispetto a quelle fornite da altre branche del diritto*»⁸⁵, impedendo quindi la nascita di eventuali antinomie fra norme del medesimo ordinamento giuridico (nel caso di specie, fra norme di diritto processuale civile, cioè l'art. 813 c.p.c., e norme di diritto penale sostanziale che, alla luce dell'interpretazione data dalla giurisprudenza di legittimità, oggi tendono a risaltare la natura oggettiva della funzione esercitata al fine di applicare le disposizioni degli artt. 357 e 358 c.p.).

Al contrario, l'orientamento relativista propende per l'idea secondo la quale «*l'interprete dovrebbe mutuare il concetto giuridico indeterminato nel significato corrente dell'ordinamento di origine e poi rielaborarlo in chiave penalistica, solamente quando una semplice trasposizione risulti palesemente in contrasto con le finalità dell'ordinamento penale [...]*»⁸⁶. Ci si deve di conseguenza interrogare se la trasposizione dell'art. 813 c.p.c. possa essere, o meno, in contrasto con le finalità dell'art. 357 c.p. comma 1 che, in particolare, mira a tutelare la funzione giudiziaria.

Per dare una risposta corretta è necessario aprire un'ulteriore, ed ultima, riflessione sulla natura oggettivamente giurisdizionale dell'arbitrato, in modo da poter definire se si possa ricondurre all'interno dell'esercizio della funzione giudiziaria, l'attività posta in essere dal giudice arbitro, oppure se non sia possibile considerare l'arbitrato un vero e proprio processo, al pari di quanto è stato fatto, per esempio, per la procedura concorsuale del fallimento⁸⁷.

Per completezza d'informazione sullo *status* del giudice arbitro, vale la pena ricordare che in giurisprudenza, richiamata anche dal GIP di Milano nel provvedimento di archiviazione, la Corte di Cassazione è giunta solo indirettamente a pronunciarsi a riguardo, affermando, in entrambe le pronunce disponibili, l'impossibilità di attribuirgli le qualifiche pubbliche di cui agli artt. 357 e 358 del codice penale.

Nel primo caso disponibile, riguardante la corruzione di un consulente tecnico di nomina arbitrale, la Corte ha escluso la natura pubblicistica della funzione del giudice arbitro, poiché «*l'arbitrato ha natura privatistica e si configura come rinuncia all'azione giudiziaria ed alla giurisdizione dello Stato e come opzione per la soluzione della controversia sul piano privatistico*» e «*il lodo arbitrale, che costituisce una decisione per la soluzione della controversia sul piano privatistico, non può in alcun modo accostarsi a un dictum giurisdizionale*»⁸⁸. In definitiva, quindi, la Cassazione ha rigettato l'idea di poter qualificare come pubblico agente

⁸⁵ A. MALINVERNI, "Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio" in *N. Dig. It.* XIV, 1967, p.563.

⁸⁶ F. BELLAGAMBA, *op. cit.* – p.129.

⁸⁷ Cass. Pen., Sez. VI, 22.05.09, n. 30764

⁸⁸ La presente pronuncia della Sez. VI della Corte di Cassazione non poteva, al tempo in cui fu emanata, tenere in considerazione del successivo orientamento stabilito dalle Sez. Un. del 25.10.13.

il consulente tecnico nominato in un rito arbitrale, poiché sarebbe irragionevole «attribuire (a lui), che ha nel procedimento una mera funzione ausiliaria in un contesto privatistico, una qualificazione di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio che non hanno neppure gli arbitri che l'hanno nominato»⁸⁹.

Nella seconda pronuncia, la Cassazione in sede civile ha escluso la solidarietà fra arbitro e parti del procedimento nell'adempimento dell'obbligazione di pagamento del compenso al consulente tecnico nominato, poiché «a differenza di quanto avviene nel giudizio ordinario, la figura del consulente nell'arbitrato rituale, che pure ha natura giurisdizionale, non ha carattere pubblicistico, quale ausiliario del giudice, con qualifica di pubblico ufficiale, che esegue la sua prestazione per un superiore interesse di giustizia, ma una matrice privatistica [...]»⁹⁰.

4.3. La giurisdizionalità dell'arbitrato.

Il mutamento a cui stiamo assistendo negli ultimi anni circa le considerazioni sull'oggettiva giurisdizionalità dell'arbitrato, affermata di recente dalla Corte di Cassazione e, ancor prima, dalla Corte Costituzionale, è il frutto di un dinamismo e di una metamorfosi dello storico dogma del monopolio statale della giurisdizione che ha regnato nel nostro ordinamento fino alle prime pronunce del Giudice delle leggi, intervenute nella seconda metà del Novecento.

Lontane appaiono oggi le considerazioni di chi riteneva che «gli arbitri, costituiti in seguito a compromesso o libera elezione, non (esercitassero) propriamente giurisdizione»⁹¹.

«È da preferire la concezione che riconduce l'arbitrato) alla categoria dei casi nei quali l'arbitrio del terzo è elemento di determinazione della volontà negoziale. L'attività dell'arbitro, nel diritto processuale italiano, 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. Le sue facoltà derivano dalla volontà delle parti, e la sua decisione è irrevocabile per volontà (delle parti stesse), ma non è esecutiva. [...] Non potrebbe la funzione arbitrale neanche considerarsi come assunzione privata di una pubblica funzione, perché il privato che assume una funzione pubblica ricevere i poteri che ad essa sono inerenti e ciò non avviene invece per gli arbitri, poiché la legge non attribuisce loro poteri di sorta [...]»⁹².

Ai nostri tempi, «si assiste ad un fenomeno (tendente) alla delocalizzazione della giurisdizione, o deterritorializzazione del potere giudiziario», in altre parole: «la giurisdizione si è andata progressivamente allontanando dalla sovranità statale»⁹³.

I primi passi verso una legittimazione giurisdizionale dell'arbitrato ed il conseguente mutamento del dogma della esclusività dell'esercizio dello *jus dicere*

⁸⁹ Cass. Pen., Sez. VI, 22.01.13, n. 5901 in CED, 254308.

⁹⁰ Cass. Civ., Sez. I, 21.04.14, n. 6736, in CED, 630040.

⁹¹ V. MANZINI, *op. cit.* – p.35.

⁹² Relazione ministeriale sul progetto del Codice penale, II, p.167.

⁹³ C. PUNZI, “Le nuove frontiere dell'arbitrato” in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1 e ss.

riconosciuto agli organi dello Stato, a cui si nega qualsiasi copertura costituzionale⁹⁴, sono stati compiuti dalla Corte Costituzionale nel 2001, la quale è giunta a ritenere l'arbitrato, «(costituendo) un procedimento disciplinato dal codice di procedura civile per l'applicazione obiettiva del diritto nel caso concreto ai fini della risoluzione di una controversia», un giudizio “che non si differenzia da quello che si svolge dinanzi agli organi statali della giurisdizione” e quindi idoneo “a sollevare incidentalmente la questione di costituzionalità delle norme applicabili alla fattispecie (per il caso concreto)»⁹⁵.

L'idea di giurisdizionalità dell'arbitrato, formulata del Giudice delle leggi, trae una sua logica dal percorso della giurisprudenza costituzionale, maturato nel tempo a partire dagli anni '70, in cui la medesima Corte si pronunciò ripetutamente riguardo la corretta individuazione del significato del termine «giurisdizionale» al fine di poter considerare applicabile il disposto della l.87/1953 sulla titolarità del potere di sollevare questioni di legittimità costituzionale.

Con le sentenze n. 83 del 02 luglio 1966 e n. 266 del 18 novembre 1976, la Corte Costituzionale ha ritenuto integrato il requisito giurisdizionale di una funzione ogni qualvolta: a) si fosse al cospetto di un procedimento in cui vi è presenza o direzione del titolare di un ufficio giurisdizionale (*elemento formale, soggettivo*), oppure b) si fosse innanzi ad organi *superpartes* deputati all'esercizio della funzione giudicante per l'obiettiva applicazione della legge, ancorché estranei all'organizzazione giurisdizionali pubblica (*elemento sostanziale, oggettivo*).

Non pare dubbio ritenere di dover escludere la sussistenza dell'elemento soggettivo in capo al giudice arbitro, concordando di conseguenza con il dogma penale che considera giurisdizionale la funzione pubblica esercitata solamente dai componenti dell'ordinamento giudiziario e magistratura onoraria, tuttavia la ricostruzione giurisprudenziale costituzionale dell'oggettiva giurisdizionalità dell'arbitrato, avvenuta nel 2001, spezzerebbe una lancia a favore delle congetture, formulate precedentemente, sia in tema di funzione esercitata in concreto dal giudice arbitro, con conseguente sussunzione di tale figura alla categoria dei soggetti pubblici ufficiali ex art. 357 c.p. inquadri nella funzione giudiziaria, sia in tema di comparazione del procedimento arbitrale con il processo civile per l'applicazione dell'art. 319-ter c.p.

Se nonché, mentre negli anni seguenti la C. Cost. ha proseguito verso la strada della giurisdizionalità della procedura arbitrale, le Sez. Un. del 3 agosto 2000, n. 527 della Cassazione hanno imboccato un percorso totalmente diverso, propenso a considerare il frutto del procedimento arbitrale ancora come un atto di esclusiva natura privata, «i cui effetti di accertamento conseguono ad un giudizio compiuto

⁹⁴ G. VERDE sottolinea come innanzi ad un modello di statale fondato su una concezione debole della sovranità, sussiste la ragionevole idea che la giustizia somministrata dallo Stato non sia l'unica possibile, *op. cit.* – p.2.

⁹⁵ C. Cost, 28.11.01, n. 376.

da un soggetto il cui potere ha fonte nell'investitura conferitagli dalle parti»⁹⁶. L'arbitrato era qualificato come «*deroga alla giurisdizione*», la quale impediva di risolvere i conflitti sul potere di decidere la controversia, sorti fra giudice-pubblico e giudice-privato per via dell'esistenza di una convenzione arbitrale su materie escluse dall'art. 806 c.p.c., nei termini di questione di giurisdizione⁹⁷.

Per un'inversione di marcia si è dovuto attendere una nuova pronuncia delle Sez. Un. del 25 ottobre 2013 (la n. 24153), giunta pochi mesi dopo una nuova sentenza della Corte Costituzionale (la n. 223/2013 in materia di *traslatio iudicii*)⁹⁸, che ha provveduto ad allineare gli orientamenti discordanti delle due massime Corti italiane, consacrando l'arbitrato come procedimento oggettivamente giurisdizionale, attribuendogli una funzione sostitutiva della giustizia pubblica (punto 5.8).

Si ribadisce che non possano intravedersi ostacoli di natura costituzionale nell'attribuire tale qualifica all'arbitrato, poiché «*il monopolio della giurisdizione statale (ex art. 102 Cost.) non va inteso in senso assoluto, ma nel quadro di divieto di istituzione di giudici straordinari o speciali [...]. La funzione giurisdizionale dei diritti si esercita davanti ai giudici ordinari, essendo tuttavia consentito alle parti, nell'esercizio di una libera ed autonoma scelta, di derogare a tale regola agendo "a tutela dei propri diritti" davanti a giudici privati, riconosciuti tali dalla legge, in presenza di determinate garanzie*». Le garanzie che debbono essere rispettate tanto dalla giurisdizione civile ordinaria quanto dall'arbitrato sono «*il contraddittorio, l'imparzialità e la possibilità di impugnare il lodo arbitrale innanzi al giudice ordinario*»⁹⁹, così come individuato anche dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo, in ossequio all'art. 6 della Convenzione di Roma del 1950.

Quanto ai rapporti in termini strettamente processuali fra giudice arbitro e giudice pubblico italiani, la Corte di legittimità, facendo leva sul disposto dell'art. 819-ter

⁹⁶ Cass., Sez. Un., 03.08.2000, n.527. Si è già tuttavia precisato in precedenza che non può essere ravvisata la differenza sostanziale arbitrato e giudizio pubblico negli effetti pratici del provvedimento-lodo e provvedimento-sentenza, poiché entrambi raggiungono i medesimi risultati sul piano pratico.

⁹⁷ La Corte di legittimità riteneva, in questo caso, di qualificare la questione come di merito, poiché attinente alla validità del compromesso o della clausola compromissoria.

⁹⁸ In tale pronuncia la C. Cost. ha ribadito che gli artt. 24 e 111 Cost. «*attribuiscono all'intero sistema giurisdizionale la funzione di assicurare la tutela, attraverso il giudizio, dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi ed impongono che la disciplina dei rapporti tra giudici appartenenti ad ordini diversi si ispiri al principio secondo cui l'individuazione del giudice munito di giurisdizione non deve sacrificare il diritto delle parti ad ottenere una risposta, affermativa o negativa, in ordine al bene della vita oggetto della loro contesa [...]. L'errore compiuto dall'attore nell'individuare come competente il giudice, piuttosto che l'arbitro, non deve pregiudicare la sua possibilità ad ottenere, dall'organo effettivamente competente, una decisione sul merito della lite*», riconoscendo quindi l'applicazione dell'art. 50 c.p.c. a seguito della dichiarazione di incompetenza dell'organo giudicante adito, F.G. DEL ROSSO, *op. cit.* – p.555.

⁹⁹ La centralità del diritto al contraddittorio nel procedimento arbitrale la si evince anche dalla previsione di un relativo, ed autonomo, motivo di impugnazione per nullità del lodo, contenuto nell'art. 829, punto 9), c.p.c.

c.p.c., è giunta a ricondurre i conflitti di potere a decidere la controversia all'interno della questione di competenza (punti 5.6 e 5.9), mentre i problemi che attendono i conflitti di potere a decidere una controversia fra arbitro straniero e giudice italiano debbono essere classificati come questioni attinenti la giurisdizione (punti 7.4 e ss.).

5. Conclusioni.

L'attribuzione, a monte, della qualifica di pubblico ufficiale al giudice arbitro può essere determinata solamente se si accoglie l'idea che l'arbitrato abbia natura giurisdizionale ex art. 357 c.p., comma 1, da cui discende, successivamente, la possibilità di ritenerlo soggetto attivo di corruzione in atti giudiziari passiva.

Sulla riconducibilità dell'istituto arbitrale nell'ambito della funzione pubblica giudiziaria, definita come funzione statale «*non limitata al solo jus dicere, ma comprensiva sia dell'attività della magistratura inquirente, sia di quella degli ausiliari del giudice e dei P.M.*»¹⁰⁰, si è detto che attualmente coesistono due orientamenti, l'autonomista ed il relativista, i quali tendono, l'uno ad assimilare l'attuale configurazione dell'arbitrato rituale alla natura del processo civile pubblico, estendendo al giudice arbitro le responsabilità di pubblico ufficiale derivanti dall'applicazione dello Statuto Penale della Pubblica Amministrazione (nonostante l'affermazione contraria del codice di rito civile), l'altro a rimarcare la natura negoziale/privatistica dell'arbitrato, facendo leva sull'interpretazione letterale dell'art. 813 c.p.c., comma 2, e rifiutando l'idea di considerare autonome le definizioni penalistiche di pubblico ufficiale e incaricato di un pubblico servizio. Corollario della teoria relativista è l'esclusione del giudice arbitro dal novero degli agenti pubblici ex artt. 357 e 358 del codice penale.

Secondo la concezione autonomista¹⁰¹ del diritto penale, l'assimilazione sostanziale-oggettiva del giudizio arbitrale al processo civile pubblico può essere affermata tenendo conto dei presenti indici:

- a) *La disciplina di diritto pubblico a cui il giudice arbitro è sottoposto*, poiché si è detto che se il Legislatore avesse concretamente voluto escludere qualsiasi pertinenza del rito arbitrale (rituale) con il processo pubblico, non avrebbe inserito tale metodo di risoluzione delle controversie nel codice di procedura civile, in particolar modo nel Libro IV concernente i riti speciali.

Non pare esservi alcun dubbio, inoltre, sulla natura di diritto pubblico dell'insieme di disposizioni introdotte dal Legislatore del 2014, riguardanti l'arbitrato deflattivo, considerato anche il fine ultimo a cui

¹⁰⁰ M. ROMANO, *op. cit.* – p.345.

¹⁰¹ L'assimilazione sostanziale alla funzione giudiziaria è affermata in dottrina da: N. LEVI, *op. cit.* – p.33, V. PLANTAMURA, *op. cit.* – p.897 (l'A. rende in considerazione anche l'arbitrato irrituale ex art. 808-ter c.p.c.), M. ROMANO, *op. cit.* – p.346 (l'A. tuttavia propende per l'esclusione dell'applicabilità dello Statuto penale della P.A. per impedimento espresso dell'art. 813 c.p.c.) e M. GAMBARDELLA, *op. cit.*

tale istituto tende (ovvero quello di supplire alle inefficienze della giustizia statale).

- b) *L'uguaglianza degli effetti sostanziali generati dalla domanda arbitrale e dalla domanda giudiziale* in tema di interruzione del decorso della prescrizione ex artt. 2943 e 2945 c.c., nonché di trascrizione della domanda ai fini di renderla opponibile ai terzi successori del diritto controverso, ex artt. 2652 e 2653 del codice civile.
- c) *L'uguaglianza sostanziale della pronuncia arbitrale rispetto a quella del giudice pubblico*, poiché la novella del d.lgs. 40/2006 ha provveduto ad equiparare, ex art. 824-bis c.p.c., gli effetti dei due provvedimenti sul piano dell'efficacia accertativa delle posizioni giuridiche e di coerenza nei confronti delle parti in lite, eccezion fatta per la spendibilità del lodo in ambito di tutela esecutiva.
- d) *Il potere-dovere, riconosciuto dalla Corte Costituzionale nel 2001, in capo al giudice arbitro di sollevare la questione di legittimità costituzionale.*
- e) *Il riconoscimento dell'istituto della traslatio iudicii* nei rapporti di competenza fra giudizio civile ordinario e giudizio arbitrale, con la possibilità, per chi agisce in giudizio attivandosi erroneamente presso l'una o l'altra istituzione, di riassumere la causa innanzi all'organo dichiarato competente nei termini dell'art. 50 c.p.c.
- f) *L'obbligo, per il giudizio arbitrale, ad uniformarsi al principio chiave del contraddittorio nel procedimento, al rispetto del diritto di difesa delle parti e all'osservanza del principio di imparzialità verso i soggetti che esercitano la funzione giudicante.* La Corte Costituzionale, sia nella pronuncia n. 376/2001, che nella più recente pronuncia n. 233/2013, ha affermato che, sì, lo Stato è onerato dall'obbligo di predisporre mezzi idonei alla tutela delle posizioni giuridiche dei consociati, ma, allo stesso, che questo obbligo può essere soddisfatto anche mediante l'offerta di strumenti alternativi di tutela, quali il procedimento arbitrale, a patto che siano rispettosi dei valori essenziali del contraddittorio, diritto di difesa e imparzialità dell'organo giudicante.
- g) *L'equiparazione del giudizio di impugnazione per nullità del lodo, ex art. 829 c.p.c, ad un vero e proprio giudizio d'appello in secondo grado*¹⁰².
- h) *La fungibilità fra la tutela offerta dall'arbitrato ex d.l.132/2014, cd. arbitrato forense, e quella offerta dal giudice pubblico mediante il processo civile.*

¹⁰² Conformemente: Cass. Civ., Sez. I, 18.06.14, n. 13898 in *DeJure*.

- i) *La possibilità, per le parti in lite, di accordarsi sull'esperimento di un tentativo di mediazione facoltativa (a norma dell'art. 5, comma 5, del d.lgs. 28/2010), la quale è considerata condizione di procedibilità sia della successiva domanda giudiziale pubblica, sia della domanda di arbitrato.*

Dalla ricostruzione degli aspetti salienti dell'attuale disciplina processuale, l'arbitrato (in special modo a seguito della delega di funzioni del d.l. 132/2014) dimostra il requisito della giurisdizionalità sostanziale, necessario a poterlo ricondurre ad esercizio di una funzione giudiziaria ex art. 357 c.p., comma 1, con le conseguenti possibilità di ritenere l'arbitro: a) pubblico ufficiale, in virtù del potere decidente speso nel relativo processo; b) soggetto attivo del reato di corruzione in atti giudiziari (passiva), qualora egli accetti una somma di denaro per compravendere la sua funzione, al fine di favorire o danneggiare una parte del processo arbitrale.

La "processualità" del procedimento arbitrale, richiesta dal dolo specifico dell'art. 319-ter c.p., è data dalla sua intrinseca giurisdizionalità caratteristica che trova conferma sia nella pronuncia della Corte Costituzionale con sentenza n. 233/2013, che nella pronuncia delle Sez. Un. della Corte di Cassazione del 25.10.13.

In definitiva, la concezione autonomista «(guarda) alla sostanza dell'attività arbitrale. (Essa) è giudizio e decisione: non differisce da quella del magistrato ordinario, ad essa la legge riconosce gli stessi effetti e lo stesso valore»¹⁰³.

La concezione relativista, al contrario, conferma la disciplina processualcivile-formale, espressa dall'art. 813 c.p.c, comma 2, escludendo quindi la natura di pubblico agente in capo ad un soggetto, quale il giudice arbitro, in forza della natura privatistica e negoziale del procedimento in cui egli esercita i propri poteri. Di conseguenza, l'arbitro che, al pari di un privato, sia sprovvisto delle qualifiche di pubblico agente, non può essere soggetto alle disposizioni penalistiche in materia di corruzione.

In particolare, la natura privatistica della funzione viene rinvenuta:

- a) *Nella volontarietà della devoluzione della controversia ad arbitri.*
L'arbitro trae il proprio potere a decidere per via del consenso¹⁰⁴ e per tale motivo non partecipa alla funzione giurisdizionale pubblica¹⁰⁵.
- b) *Nella mancanza di poteri di tutela cautelare in capo al giudice arbitro,*
poiché sprovvisto di poteri d'imperio.
- c) *Nel fatto che le pronunce arbitrali non abbiano capacità intrinseca di essere eseguite coattivamente,* poiché il giudice arbitro non è dotato di poteri pubblicistici d'imperio¹⁰⁶.

¹⁰³ N. LEVI, *op. cit.* – p.34. Si sottolinea che l'A., già nel 1935, osservò come il crisma giurisdizionale dell'esecutività del lodo non fosse altro che un controllo formale, e non di merito, esercitato dal Pretore, a ragion di ritenere identici gli effetti del lodo arbitrale e quelli della sentenza del giudice pubblico.

¹⁰⁴ F. BELLAGAMBA, *op. cit.* – p.130.

¹⁰⁵ C.F. GROSSO – M. PELISSERO, *op. cit.* – p.28.

d) *Nell'impossibilità di attribuire pubblica fede, da parte dell'arbitro, alla pronuncia arbitrale*¹⁰⁷.

Sulle ragioni a sostegno della teoria relativista, occorre tuttavia effettuare alcune osservazioni critiche.

In primo luogo, l'assenza di potere cautelare in capo al giudice arbitro non discende dalla carenza di poteri d'imperio, propri del giudice pubblico, bensì da una mera scelta di politica legislativa, volta a limitare la funzione arbitrale alla tutela dichiarativa di accertamento, di condanna o costitutiva.

Nel nostro ordinamento esiste, invero, un caso – in materia di arbitrato societario – in cui l'arbitro può adottare un provvedimento di natura cautelare a norma dell'art 35, comma 5, del d. lgs. n.5/2003, il quale può sospendere l'efficacia di una delibera dell'organo sociale. Ciò sembra dimostrare che la natura privata, o pubblica, della funzione arbitrale non possa trovare conforto nell'affermazione che solo un soggetto pubblico, come il magistrato giudicante, può offrire tutela cautelare alle posizioni giuridiche soggettive.

Nemmeno può ritenersi esaustiva l'affermazione sulla mancanza di esecutività del lodo arbitrale, poiché tale caratteristica non è effetto tipico della sentenza pubblica, essendo solo un *quid pluris* necessario ad avviare la tutela esecutiva del Libro III del c.p.c. (peraltro eventuale, poiché non è affatto irrealistico che un soggetto adempia spontaneamente alla prestazione ordinata dal giudice).

Deve inoltre considerarsi il fatto che l'esecutorietà apposta al lodo arbitrale ex art. 825 c.p.c, non è altro che un mero timbro apposto dal giudice pubblico in calce alla pronuncia del giudice arbitro, poiché all'autorità giudiziaria è impedito qualsiasi controllo di merito del provvedimento decisorio.

Quanto, infine, alla pronuncia del 22 gennaio 2013 della Corte di Cassazione volta ad escludere rilevanza pubblicistica al consulente tecnico di nomina arbitrale, poiché l'arbitrato è un procedimento fondato sull'esercizio dell'autonomia negoziale delle parti in lite, deve rilevarsi che tale pronuncia è temporalmente collocata in un momento antecedente sia alle affermazioni contrarie delle Sez. Un. e della Corte Costituzionale, attribuenti giurisdizionalità al rito arbitrale, sia alla novella del 2014 in materia di arbitrato forense.

La scelta in favore della concezione autonomista, volta a ritenere punibile l'arbitro per i reati di corruzione e corruzione in atti giudiziari ex art. 319-ter c.p., tiene conto, in realtà, delle indicazioni della Corte Costituzionale fornite dalla pronuncia n. 233/2013, tali per cui al Legislatore è fatto obbligo di predisporre strumenti di

¹⁰⁶ V. MANZINI, *op. cit.* – p.35, il quale fondava le proprie valutazioni negative sull'estensibilità dell'art. 357 c.p., comma 1, all'arbitro, proprio sulla carenza di poteri d'imperio in capo al giudice privato.

¹⁰⁷ Contrariamente: Cass. Civ., Sez. I, 07.02.14, n. 2807 e Cass. Civ., 17.09.14, n. 19324 che affermano la possibilità di ricorrere alla querela di falso ex art. 221 c.p.c. per contestare la data di sottoscrizione del lodo arbitrale, giungendo così a considerare tale provvedimento come documento pubblico. Critico sulla posizione giurisprudenziale: G. VERDE, *op. cit.* – p.87.-

tutela dei diritti soggettivi ex art. 24 Cost., anche mediante strumenti fungibili alla via della giurisdizione statale, a patto che gli stessi rispettino i più ampi valori del contraddittorio, del diritto di difesa e dell'imparzialità dell'organo giudicante.

L'imparzialità come valore è tutelata, nel processo pubblico, sia dalle norme codicistiche in tema di astensione e ricsuzione, sia dalle norme penali che concernono il reato di corruzione in atti giudiziari e gli illeciti contro l'amministrazione della giustizia di cui al Titolo III, Libro II del codice penale.

Negare al procedimento arbitrale, sostanzialmente giurisdizionale, l'applicazione delle disposizioni penali preposte alla tutela dell'integrità della funzione giurisdizionale, significa al tempo stesso negare la protezione penale alle sorti di circa 5,2 milioni di cause civili arretrate (così stimate al tempo), le quali potrebbero essere definite in sede arbitrale, ovvero un luogo dove la corruzione finirebbe per rappresentare un comportamento lecito, poiché l'accordo criminoso stipulato al fine di favorire o danneggiare una parte nel processo arbitrale non risulterebbe punibile nemmeno mediante l'eventuale applicazione del reato di truffa cd. processuale, oppure mediante l'applicazione del reato di corruzione fra privati.

Il risultato a cui conduce l'adesione all'interpretazione relativista dell'attuale *status* del giudice arbitro, nonché della natura procedimento arbitrale, è quello di dare luogo ad una lacuna normativa¹⁰⁸, i cui effetti potrebbero risultare potenzialmente devastanti. Basti richiamare i due esempi precedentemente formulati in tema di lodo compravenduto che successivamente venga eseguito con la procedura ex art. 825 c.p.c. e di arbitrato forense (o deflattivo), il quale si innesti in grado d'appello e dia vita ad un procedimento, sempre compravenduto, teso alla pronuncia di un lodo farlocco, in grado di sostituire una pronuncia resa dal giudice pubblico in primo grado.

È stato osservato che l'unico modo per superare le criticità risultanti dall'approvazione dell'orientamento relativista potrebbe essere quello di considerare l'arbitrato come un mezzo con cui «*le parti decidono di derogare volontariamente alla giurisdizione statale, (in modo da ottenere) decisioni più rapide (in cambio di) minori garanzie offerte dall'arbitro privato*»¹⁰⁹, ma tale affermazione si scontrerebbe con la statuizione del Giudice delle leggi del 2013, orientato a considerare l'imparzialità come un valore irrinunciabile delle funzioni giurisdizionali.

Nell'attuale scenario di inconciliabilità dei due orientamenti contrastanti, ed in attesa di un auspicabile intervento legislativo che si faccia carico della risoluzione del problema, potrebbe avanzarsi una terza concezione, per così dire intermedia, che tenga conto della funzione suppletiva (ed ausiliaria) che l'arbitrato è stato chiamato ad esercitare, a partire dal 2014, in materia di smaltimento dell'arretrato delle cause civili, in modo da poterla qualificare come pubblica funzione

¹⁰⁸ Tale vuoto normativo viene definito come un vero e proprio «*buco nero*» da G. PIGNATONE in «*Le nuove fattispecie corruttive*» in www.penalecontemporaneo.it – p.4

¹⁰⁹ L. FERRARELLA, *ibid.*

amministrativa ex art. 357 c.p. comma 2¹¹⁰, ma che allo stesso tempo dia atto dell'assenza di poteri certificativi, autoritativi e deliberativi della volontà della P.A. che connotano lo *status* del giudice arbitro e che impediscono, oggi, di ricondurlo alla categoria dei pubblici ufficiali per effetto del medesimo articolo.

La celebrazione di un procedimento arbitrale, in forza del ruolo di assistenza cui è stato chiamato ad esercitare verso la giustizia pubblica, potrebbe allora considerarsi come un servizio pubblico messo a disposizione dallo Stato per ovviare alle inefficienze del processo civile ordinario e disciplinato, in concreto, da norme di diritto pubblico quali il codice di procedura civile e il d.l. 132/2014 (per quanto concerne l'arbitrato deflattivo). Tale configurazione sembrerebbe consentire il paragone della posizione del giudice arbitro con la figura dell'incaricato di un pubblico servizio ex art. 358 c.p., con il risultato di poterlo considerare punibile alla stregua del reato di corruzione tradizionale ex art. 319 c.p. (non potrebbe considerarsi applicabile l'art. 318 c.p. per le stesse ragioni che tendenzialmente escludono la configurazione del reato di corruzione conforme in capo al giudice pubblico, chiamato a pronunciare un provvedimento discrezionale), nel caso in cui egli accetti una somma di denaro per compiere un atto contrario ai propri doveri d'ufficio, fra cui spicca il dovere di imparzialità e terzietà. Il sacrificio è evidente, poiché non potrebbe, invece, ipotizzarsi l'applicazione della fattispecie di corruzione in atti giudiziari, considerata l'attuale formulazione letterale dell'art. 320 c.p. che impedisce di annoverare gli i.p.s. fra i soggetti attivi di tale illecito, con il risultato di dar luogo ad una disparità di trattamento punitivo.

¹¹⁰ V. PLANTAMURA, *ibid*, secondo cui la funzione pubblica amministrativa è integrata dalla funzione di ausilio che l'arbitro esercita verso la giurisdizione pubblica, alla stregua di quanto accade per la qualificazione dell'ufficio di Cancelliere o di Ufficiale Giudiziario. Sul punto potrebbe obiettarsi che il ruolo di ausilio prestato dall'arbitro, in concreto, si sostanzia in poteri giurisdizionali e non in una mera funzione assistenziale. La scelta di attribuire funzione ausiliaria apparirebbe invero, sempre nella logica di un approccio intermedio, come una mediazione fra i sostenitori della natura giurisdizionale e quelli della natura negoziale del rito arbitrale.