



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA

DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO, INTERNAZIONALE E COMUNITARIO

CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA IN GIURISPRUDENZA

XXXIV CICLO

TESI DI DOTTORATO

'CHRISTIAN ARBITRATION'.

L'ARBITRATO CRISTIANO PER LA RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE
CIVILI NEGLI STATI UNITI D'AMERICA: PROFILI GIURIDICI E RILIEVI
CRITICI NEL DELICATO DIALOGO TRA DIRITTO E RELIGIONE

Coordinatrice: Ch.ma prof.ssa Paola Lambrini

Supervisore: Ch.mo prof. Manlio Miele

Dottorando: Federico Terzariol

ABSTRACT

La presente ricerca ha ad oggetto lo studio del ‘*christian arbitration*’ nell’ordinamento statunitense, quale metodo di risoluzione alternativa delle controversie civili tra privati che trova attuazione mediante l’applicazione di precetti biblici e la pronuncia di un lodo arbitrale avente efficacia vincolante tra le parti. L’analisi muove da una premessa di tipo storico, illustrando alcuni cenni in tema di *episcopalis audientia*, istituto che, a partire dal III secolo d.C. circa, si configurava come mezzo di risoluzione delle liti private dei fedeli demandata alla cognizione del vescovo, per poi avanzare sul terreno contemporaneo e delineare la disciplina dettata dall’ordinamento statunitense sia in tema di arbitrato che di libertà religiosa, quale palcoscenico indispensabile per comprendere compiutamente, nel prosieguo, l’istituto del ‘*christian arbitration*’ e il contegno delle corti statali innanzi a siffatto fenomeno. In particolare, viene offerto un vaglio circa la formulazione della clausola compromissoria ‘cristiana’ e le regole procedurali redatte in lingua inglese dall’Institute for Christian Conciliation, il più autorevole tra gli enti che attualmente offrono la possibilità di esperire siffatta *species* di arbitrato. In ultima analisi, vengono prese in considerazione le criticità che sorgono in relazione all’istituto in esame, le quali verranno illustrate mediante un’analisi casistica e ricorrendo all’ausilio della dottrina che si è espressa al riguardo. Ciò consentirà di portare alla luce alcune riflessioni conclusive intorno ai profili di legittimità e di convenienza di tale strumento e all’eventuale possibilità di recepimento di un’analogo iniziativa all’interno dell’ordinamento italiano.

The present research aims to studying Christian arbitration in the American legal system, as a method of alternative resolution of civil disputes between private parties, which is implemented through the application of biblical precepts and the pronouncement of an arbitral award binding on the parties. The analysis starts from an historical premise, illustrating some notes on the 'episcopalis audientia', an institution that from about the third century A.D. was configured as a means of resolving private disputes of the faithful entrusted to the bishop's knowledge. Further, advancing on contemporary grounds and outlines the discipline dictated by the U.S. system in both terms of arbitration and religious freedom, as an essential basis to fully understand the institution of Christian arbitration and the attitude of the court system before such a phenomenon. The research outlines the formulation of the Christian arbitration clause and the procedural rules drawn up in English by the Institute for Christian Conciliation, the most authoritative of the bodies currently offering the possibility of that type of arbitration. Finally, the critical issues arising in connection with this institution will be taken into consideration, which will be illustrated on a case-by-case analysis and with the help of the prescribed doctrine. This will make it possible to bring to light some conclusive reflections on the legitimacy and convenience of this instrument and on the possibility of implementation of a similar initiative within the Italian legal system.

INDICE SOMMARIO

INTRODUZIONE.....	9
-------------------	---

CAPITOLO PRIMO

ALCUNI CENNI IN TEMA DI *EPISCOPALIS AUDIENTIA*

1. Premessa.....	13
2. Origine dell'istituto.....	14
3. Il riconoscimento giuridico nelle costituzioni imperiali.....	15

CAPITOLO SECONDO

TRATTI DISTINTIVI DELLA LA DISCIPLINA STATUNITENSE IN TEMA DI ARBITRATO E DI LIBERTÀ RELIGIOSA

1. Premessa.....	22
2. L'arbitrato nell'ordinamento statunitense.....	24
2.1. Cenni storici.....	24
2.2. La disciplina federale: il <i>Federal Arbitration Act (FAA)</i>	28
2.3. La disciplina statale: l' <i>Uniform Arbitration Act</i> e il <i>Revised Uniform Arbitration Act</i>	38
2.4 Il significativo ruolo delle corti nell'accertamento della validità della clausola compromissoria.....	44
3. La disciplina della libertà religiosa negli Stati Uniti d'America: uno sguardo alle garanzie costituzionali.....	56
3.1. Brevi cenni storico-evolutivi.....	57

3.2. La disciplina attuale: le <i>religious clauses</i> del Primo emendamento.....	63
3.2.1. L' <i>Establishment Clause</i>	67
3.2.2. La <i>Free Exercise Clause</i>	78
4. L'arbitrato religioso negli Stati Uniti: uno sguardo generale.....	89

CAPITOLO TERZO

CHRISTIAN ARBITRATION: CLASUOLA COMPROMISSORIA E PROFILI PROCEDURALI

1. Cenni evolutivi e caratteristiche attuali dell'arbitrato cristiano.....	97
2. La <i>christian arbitration clause</i>	108
3. Aspetti procedurali dell'arbitrato cristiano: le <i>Rules of Procedure for Christian Conciliation</i>	116
3.1. I criteri di applicazione delle regole.....	117
3.2. Le parti.....	121
3.3. La fase introduttiva.....	127
3.4. La fase di trattazione e l'istruzione probatoria.....	139
3.5. La fase decisoria.....	144
3.6. La fase di impugnazione del lodo.....	169
3.7. Regole ulteriori: a) Il regime delle notificazioni e delle comunicazioni.....	151
b) (segue) Il tempo e luogo delle udienze.....	153
c) (segue) Il carattere 'riservato' del procedimento arbitrale.....	154
d) (segue) Le spese del procedimento.....	157

CAPITOLO QUARTO

IL *CHRISTIAN ARBITRATION* AL VAGLIO DELLE CORTI STATUNITENSI

1. Premessa.....	161
------------------	-----

2. I cases.....	162
2.1. <i>Encore Productions, Inc. v. Promise Keepers</i>	163
2.2. <i>Kyer v. Teen Challenge Florida</i>	172
2.3. <i>Easterly v. Heritage Christian Schools</i>	174
2.4. <i>The Woodlands v. Weibust</i>	181
2.5. <i>Spivey v. Teen Challenge of Fla., Inc</i>	188
2.6. <i>Maynard v. Valley Christian Acadademy, Inc</i>	195
2.7. <i>Prescott v. Northlake Christian School</i>	200
3. Profili critici del <i>christian arbitration</i>	209
3.1 La vincolatività della clausola arbitrale.....	209
3.2. La legge applicabile e l'appellabilità del lodo.....	215
RIFLESSIONI CONCLUSIVE.....	219
<i>Riferimenti bibliografici</i>	229
<i>Elenco delle decisioni citate</i>	245

INTRODUZIONE

«V'è tra voi chi, avendo una questione con un altro, osa farsi giudicare dagli ingiusti anziché dai santi?»¹.

Con questa provocazione, racchiusa nella metà del I secolo d.C. tra le affascinanti righe della Prima Lettera ai Corinzi, Paolo di Tarso, impegnato a gettare la semente evangelica del sorgente cristianesimo, biasima i propri 'fratelli' che ricorrono al giudizio dei tribunali pagani e li esorta, nel prosieguo dello scritto, a rivolgersi alla decisione di un 'σοφός' – saggio – che dirima le controversie private tra i membri della comunità cristiana.

Da siffatto invito, come noto, prenderà vita, in seno ai diffusi nuclei cristiani dell'Impero romano, la tendenza a declinare il consueto *iter* giudiziario per deferire la soluzione delle proprie controversie private ad un terzo, investito del compito di definirle alla stregua dei precetti di Cristo e che troverà riconoscimento esplicito legislativo soltanto a partire dal IV sec. d.C., sotto l'ampio manto dell'*episcopalis audientia*.

Or bene, ancor oggi il precetto paolino pare non conoscere eclissi, bensì spiega una rigorosa e inesauribile *vis* esortativa che contribuisce, nell'ambito di sistemi giuridici contemporanei, al sorgere di fenomeni reiterativi delle antiche prassi

Ed invero, il presente contributo si pone come obiettivo quello di offrire uno studio del *christian arbitration*, quale metodo alternativo di risoluzione delle controversie civili sorto nella metà del secolo scorso negli Stati Uniti d'America per iniziativa dell'Institute for Christian Conciliation, un'organizzazione che esorta i fedeli cristiani ad apporre in sede di trattative

¹ 1Cor 6,1

contrattuali una clausola *ad hoc* con cui gli stessi contraenti si obbligano a deferire ogni eventuale futura controversia al vaglio di un conciliatore all'uopo designato – sottraendola così alla giurisdizione ordinaria delle *civil courts* –, il quale dirimerà la controversia sulla base dei precetti delle Sacre Scritture, mediante una pronuncia (c.d. *award*) giuridicamente vincolante.

La ricerca muove anzitutto da alcuni brevi richiami in tema di *episcopalis audientia*, quale antecedente storico dell'arbitrato cristiano nell'attuale panorama giuridico statunitense; riconducibile a quel discusso alveo giuridico denominato 'diritto romano-cristiano' –, il predetto istituto rappresenta il *nomen iuris* conferito alla possibilità riconosciuta ai privati, in seno ai diffusi nuclei cristiani dell'Impero romano, di declinare il consueto *iter* giudiziario, per deferire la soluzione delle proprie controversie ad un terzo, il vescovo, investito di una precisa competenza in materia civile.

Esauriti dunque questi cenni storici, l'indagine prosegue tentando di offrire in modo – per quanto ci è consentito – esaustivo, uno sguardo preliminare al sistema giudiziario statunitense, con particolare riferimento alla normativa ivi dettata in materia di arbitrato – così come delineata dal *Federal Arbitration Act* e dall'*Uniform Arbitration Act* rispettivamente a livello federale e statale – nonché dagli interventi giurisprudenziali che si sono susseguiti al riguardo e che si sono fatti strumento di una significativa politica di *favor* dello strumento arbitrale all'interno dell'ordinamento;

A completare questa analisi del panorama giuridico statunitense, viene altresì illustrata la disciplina della libertà religiosa così come racchiusa a livello costituzionale nelle c.d. *religious clauses* del primo emendamento, ossia l'*Establishment Clause* e la *Free Exercise Clause*.

Entrambi i temi – quello arbitrale in generale e quello afferente alla libertà religiosa – pongono profili su cui ancor oggi la giurisprudenza

INTRODUZIONE

statunitense – e con essa, anche la dottrina, – gettano la maggior parte d'inchostro; ciò nonostante, ci è parso indispensabile delineare la struttura 'legale' su cui poggia la procedura arbitrale cristiana all'interno di tale ordinamento al fine di valutarne in maniera compiuta la legittimità, nonché l'assetto, e otrene per poter tracciare in maniera sistematica le caratteristiche tipiche del *christian arbitration*.

In tal modo, dunque, viene schiuso il fulcro della ricerca, che tenta di fornire un inquadramento descrittivo, ma pur sempre critico, dell'arbitrato cristiano, al fine sia di comprendere compiutamente le caratteristiche peculiari di siffatto istituto sia di vagliarne alcune perplessità che attualmente paiono non essersi ancora sopite.

Al riguardo, il punto di partenza del predetto studio si sostanzia anzitutto nell'illustrazione delle linee guida offerte in lingua inglese dall'Institute for Christian Conciliation, al cui interno è possibile rinvenire le *Rules of Procedure for christian conciliation*, ad oggi il principale, se non l'unico, *vademecum* procedurale in tema di arbitrato cristiano: strutturate come una sorta di 'codice' di diritto processuale, le linee guida constano di una serie di regole che involgono, tra l'altro, il novero delle controversie arbitrabili, la legge applicabile ai fini della decisione, nonché una dettagliata disciplina meramente procedurale (diritto di difesa delle parti, loro contumacia, chiamata in causa di terzi, istruzione della causa, decisione, reclami, *etc.*), che sembra quasi richiamare quella prevista innanzi all'autorità giudiziaria ordinaria.

Dalle *Guidelines* sopracitate sarà possibile cogliere altresì un punto di riferimento per analizzare in modo approfondito la formulazione e il contenuto della clausola compromissoria (c.d. *christian arbitration clause*), cui i privati potranno ricorrere nella regolamentazione dei propri rapporti

negoziali proprio per sottrarre eventuali controversie alla competenza del giudice ordinario e demandarle alla cognizione dell'arbitro cristiano.

Delineati i tratti essenziali dell'arbitrato cristiano, si tenterà indi di coglierne gli interessanti aspetti critici, seguendo le orme di un approccio casistico, che si avvalga cioè della giurisprudenza delle corti statunitensi per evidenziare i profili che destano maggior perplessità, nell'ottica del delicato dialogo tra il principio di autonomia contrattuale e quello di libertà religiosa, con particolare riferimento all'effetto obbligatorio della clausola e alla sua possibile violazione del Primo emendamento.

Appreso dunque in maniera per quanto possibile esaustiva l'istituto del *christian arbitration* nel suo complesso e constatata le plausibili criticità, in sede di riflessioni conclusive si tenta di valutarne – in modo del tutto ipotetico – l'eventuale possibilità di recepimento nell'ordinamento giuridico italiano alla luce della disciplina processualcivilistica dettata in materia di arbitrato, riflettendo così sui profili di plausibilità e di legittimità di un'analogia iniziativa all'interno del nostro sistema normativo.

CAPITOLO PRIMO

ALCUNI CENNI IN TEMA DI *EPISCOPALIS AUDIENTIA*

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Origine dell'istituto. - 3. Il riconoscimento giuridico nelle costituzioni imperiali.

1. *Premessa.*

Un'indagine sull'istituto del *christian arbitration*, inteso quale metodo di risoluzione delle controversie privatistiche deferite ad un terzo e risolte mediante il ricorso ai precetti delle Sacre Scritture, non può che iniziare con alcune brevi richiami concernenti quel fenomeno giuridico che condivisibilmente può rappresentarne l'antecedente storico – quale sorta, dunque, di arbitrato cristiano *ante litteram* –, ossia l'*episcopalis audientia*; trattasi, quest'ultimo, del *nomen iuris* con cui venne riconosciuta quella prassi, sorta in seno ai diffusi nuclei cristiani dell'Impero romano, avente ad oggetto la tendenza dei fedeli cristiani a declinare il consueto *iter* giudiziario per deferire la soluzione delle proprie controversie private ad un terzo, investito del compito di definirle alla stregua dei precetti di Cristo e che conseguì, tuttavia, espresso riconoscimento legislativo soltanto a partire dal IV sec. d.C., sotto l'ampio manto dell'*episcopalis iudicium* ovvero *audientia*, quale ricorso alla decisione del vescovo oramai investito di una precisa competenza in materia civile.

2. Origine dell'istituto.

Per quanto concerne l'origine dell'arbitrato cristiano nei primi tre secoli d.C., la dottrina concordemente rileva come non sia possibile rinvenire notizie fondate², dovendosi dunque cedere spazio ad un piano congetturale che muova intorno ai dati – certi – di cui si è in possesso circa le prime comunità cristiane.

Or bene, sotto tale profilo, si ritiene inconfutabile il contributo che San Paolo – presumibilmente *ad iudaeorum exemplum*, e quindi su una prassi propria della mentalità ebraica³ –, diede al proliferare di tale consuetudine.

Il Tarsense invero, ancorato al suo indissolubile *status* di *civis romanus*, non mirava, nella sua attività di proselitismo, a sminuire l'operato dei tribunali e dei magistrati romani, la cui autorità egli riconosceva quale concessione di Dio – come si evince chiaramente dal dettato della sua Lettera ai Romani –, bensì auspicava a scagliare un monito verso coloro che rappresentano l'udito della sua rigorosa missione liturgica.

L'Apostolo, pertanto, spronava i fedeli a considerare il ricorso al tribunale, per ogni eventuale *πράγμα* – '*negotium*' nella resa latina di San Girolamo – insorto tra di essi, un'*extrema ratio*; nell'ottica paolina perciò, tra i due poli, quello del *iudicium* e quello dell'incondizionato perdono professato dalla carità cristiana, l'espedito condivisibile era rappresentato da una conciliazione partorita in seno alla comunità cristiana stessa, tramite l'ausilio di un terzo

² Cfr., in punto, CRISTIANA M.A. RINOLFI, *Episcopalis audientia e arbitrato*, in *Diritto@storia*, 8, 2009, § 5; MARIA ROSA CIMMA, *L'episcopalis audientia nelle costituzioni imperiali da Costantino a Giustiniano*, Torino, Giappichelli, 1992, p. 31 s.

³ Cfr. in particolare, MARIA ROSA CIMMA, *L'episcopalis audientia nelle costituzioni imperiali da Costantino a Giustiniano*, cit., p. 31 s., ad avviso della quale accanto al modello riconosciuto in seno alla comunità ebraica, rileva che la prassi di ricorrere ad una composizione privata della lite risiedeva altresì nella diffusione e conoscenza dell'*arbitratus ex compromisso* da parte degli ambienti romanizzati.

fedele, che, come un *deus ex machina*, mettesse fine alla controversia senza che fosse relegata in un piano processuale estraneo alle norme di Dio.

3. *Il riconoscimento giuridico nelle costituzioni imperiali.*

La prima fonte normativa che, ad oggi, pare contemplare l'esplicito riconoscimento della risoluzione delle controversie in capo alla figura del vescovo – quale figura ormai incarnante il 'σοφός' di cui al precetto paolino – è riconducibile a due costituzioni di Costantino entrambe dettate in tema di 'episcopalis iudicium', con cui dunque sembra essere recepito legislativamente – e così anche definito – un fenomeno già diffuso *in facto*.

La prima di esse è conservata nel codice Teodosiano e risale al 318⁴ d.C.; tale disposizione grava il *iudex* – chiamato a giudicare di una controversia privata⁵ – dell'obbligo di ottemperare alla richiesta di rimettere la controversia al giudizio del vescovo, qualora una parte – è discusso se in accordo con l'altra⁶ – «*ad legem christianam negotium transferre voluerit*», anche laddove il processo sia già stato incardinato. Di peculiare rilievo il diritto da applicare ai fini della decisione, che la norma individua nella '*lex christiana*' e dunque, come messo giustamente in luce da accorta dottrina, alla stregua di «un giudizio di coscienza, dominato dalla legge di Dio» e che non risponderebbe «ad alcuna norma legale

⁴ C.Th. 1, 27, 1: «*Iudex pro sua sollicitudine observare debet, ut, si ad episcopale iudicium provocetur, silentium accommodetur et, si quis ad legem Christianam negotium transferre voluerit et illud iudicium observare, audiatur, etiamsi negotium apud iudicem sit inchoatum, et pro sanctis habeatur, quidquid ab his fuerit iudicatum: ita tamen, ne usurpetur in eo, ut unus ex litigantibus pergat ad supradictum auditorium et ut omnibus accepto latis pronuntiet*».

⁵ Del resto, il termine '*negotium*', come peraltro già rilevato in dottrina, non pare lasciasse significativa possibilità ai giudizi criminali.

⁶ Cfr. *infra*, nt. 8.

[...] se non quella risultante dall'*aequitas*, dalla *bona fides*, dallo spirito di conciliazione e di carità fraterna»⁷; la disposizione, inoltre, prevede il carattere vincolante del *decisum* del vescovo – «*et pro sanctis habeatur, quidquid ab his fuerit iudicatum*» – da cui si fa discendere l'effetto obbligatorio della decisione⁸. Una seconda costituzione⁹ di Costantino, risalente al 333 e pervenutaci dalla

⁷ BIONDO BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, Milano, Giuffrè, 1952, p. 455.

⁸ In tal senso v. CRISTIANA M.A. RINOLFI, *Episcopalis audientia e arbitrato*, *Diritto@storia*, cit., § 5; *contra*, FRANCISCO CUENA BOY, *Juliano el Apóstata y la episcopalis audientia*, in *Vergentis*, vol. 1, n. 4, 2017, p. 60, il quale rileva che, nonostante il dato letterale, «*esta constitución no dice nada sobre la inapelabilidad de la decisión episcopal ni sobre su presunto carácter ejecutivo; menos aún dispone que el juez secular deba incorporarla a su sentencia y hacerse cargo de su ejecución*».

⁹ C. Sirm. 1: «*(Imp. Costantinus ad Ablabium p(raefectum) p(retorio))*: Satis mirati sumus gravitatem tuam, quae plena iustitiae ac probae religionis est, clementiam nostram suscitare voluisse, quid de sententiis episcoporum vel ante moderatio nostra censuerit vel nunc servari cupiamus, Ablabi, parens karissime atque amantissime. Itaque quia a nobis instrui evoluisti, olim promulgatae legis ordinem salubri rursus imperio propagamus. Sanximus namque, sicut edicti nostri forma declarat, sententias episcoporum quolibet genere latas sine aliqua aetatis discretione inviolatas semper incorruptasque servari; scilicet ut pro sanctis semper ac venerabilibus habeantur, quidquid episcoporum fuerit sententia terminatum. Sive itaque inter minores sive inter maiores ab episcopo fuerit iudicatum, apud vos, qui iudiciorum summam tenetis, et apud ceteros omnes iudices ad executionem volumus pertinere. Quicumque itaque litem habens, sive possessor sive petitor vel inter initia litis vel decursis temporum curriculis, sive cum negotium peroratur, sive cum iam coeperit promi sententia, iudicium elegerit sacrosantae legis auctoritate, ilico sine aliqua dubitatione, et imi alia pars refragatur, ad episcopum personae litigantium dirigantur. Multa enim, quae in iudicio captiosa praescriptionis vincula promi non patiuntur, investigat et publicat sacrosantae religionis auctoritas. Omnes itaque causae, quae vel pretorio iure vel civili tractantur, episcoporum sententiis terminatae perpetuo stabilitatis iure firmentur, nec liceat ulterius retractari negotium, quod episcoporum sententia deciderit. Testimonium etiam ab uno licet episcopo perhibitum omnis iudex indubitanter accipiat nec alius audiatur testis, cum testimonium episcopi a qualibet parte fuerit repromissum. Illud est enim veritatis auctoritate firmatum, illud incorruptum, quod a sacrosanto homine conscientia mentis inlibatae protulerit. Hoc nos edicto salubri aliquando censuimus, hoc perpetua lege firmamus, malitiosa litium semina comprimentes, ut miseri homines longis ac paene perpetuis actionum laqueis implicati ab improbis petitionibus vel a cupiditate praepostera maturo fine discedant. Quidquid itaque de sententiis episcoporum clementia nostra censuerat et iam hac sumus lege complexi, gravitatem tuam et ceteros pro utilitate omnium latum in perpetuum observare convenit».

collezione sirmondina¹⁰, pare voler quasi sottendere un rapporto di principio-dettaglio con la disposizione precedente¹¹, declinando ulteriormente la competenza ‘giurisdizionale’ del vescovo in materia civile, giacché introduce una serie di prescrizioni dalla cui portata la dottrina deduce che – quanto meno in questa fase – la decisione del vescovo presenterebbe una natura di sentenza e non di lodo arbitrale¹².

¹⁰ Sulla discussa autenticità di tale costituzione si rimanda a MARIA ROSA CIMMA, *L’episcopalis audientia nelle costituzioni imperiali da Costantino a Giustiniano*, cit., p. 36 ss.: l’autrice rileva come il problema di definire l’autenticità di tale disposizione si ripercuote sulla portata della costituzione del 318: in tal ottica, cioè, dall’esclusione o meno dell’autenticità della sirmondina discenderebbe la configurazione dell’*episcopalis audientia* come *iudicium* ovvero come arbitrato. Ove, dunque, ne sia riconosciuta l’autenticità, la costituzione si porrebbe quale mero affinamento della precedente disposizione, la quale senza dubbio contemplerebbe un vero e proprio sistema giudiziale ‘altro’ rispetto a quello secolare; in tal senso GIULIO VISMARA, *Episcopalis audientia. L’attività giurisdizionale del vescovo per la risoluzione delle controversie private tra laici nel diritto romano e nella storia del diritto italiano fino al secolo nono*, Milano, Vita e Pensiero, 1937, p. 24; qualora invece se ne disconosca l’autenticità, la costituzione del 388 sarebbe foriera di una procedura di tipo arbitrale. Cfr. su quest’ultimo profilo anche GIORGIO BARONE-ADESI, *L’età della Lex Dei*, Napoli, Jovene, 1992, p. 101, ad avviso del quale «*CTh.1.27.1 consente, peraltro, di rilevare come, benché manifesti alta considerazione per la giustizia ecclesiastica, Costantino non deroghi affatto al principio di assicurare alle singole parti la libertà di adire o meno l’episcopale iudicium*». Per il Cuena Boy, invece, al di là dell’autenticità o meno della costituzione, non muta la natura arbitrale dell’*episcopalis iudicium* atteso che «*se debe decir que la ley del 333 no alteró la naturaleza arbitral de la episcopalis audientia, para acudir a la cual siguió siendo necesario el acuerdo de los litigantes. En cambio, una novedad sustancial consistió en encomendar a los jueces estatales la ejecución de las decisiones episcopales*» (FRANCISCO CUENA BOY, *Juliano el Apóstata y la episcopalis audientia*, cit., p. 61). Per una critica alle tesi sull’interpolazione della sirmondina, si rimanda altresì a OLIVIER HUCK, *A propos de CTh 1,27,1 et CSirm 1: sur deux textes controversés relatifs à l’episcopalis audientia constantinienne*, in ZRG, vol. 120, 2003, pp. 78-105.

¹¹ Cfr. GIULIO VISMARA, *Episcopalis audientia. L’attività giurisdizionale del vescovo per la risoluzione delle controversie private tra laici*, cit., p. 24 s.

¹² Sempre per il Vismara anche la circostanza che in C.Th 1, 27, 1, si ricorra al termine ‘*legem*’ richiamerebbe «ad un ordinamento giuridico distinto e diverso da quello imperiale romano, che comprenderebbe un vero e proprio ordine giudiziario al quale le parti potrebbero fare ricorso con una manifestazione di volontà che verrebbe ad essere, sotto un

Nello specifico, invero, la predetta normativa, tra l'altro, sanciva la possibilità di ricorrere innanzi al vescovo anche *inter nolentes*, ossia contro la volontà dell'altra parte, previsione che, dunque, avrebbe permesso di distinguere questo rimedio da quello arbitrale. Inoltre, con questa prescrizione veniva altresì sancita la non operatività dei termini di prescrizione nonché l'intangibilità della decisione, atteso la preclusione di un qualche rimedio avverso la stessa, come si evince dall'inciso «*sententias episcoporum quolibet genere latis sine aliqua aetatis discretionem inviolatas semper incorruptasque servari*».

I dubbi sollevati in merito alla natura – giudiziale ovvero arbitrale – dell'*episcopalis audientia* paiono in seguito ridimensionarsi in favore della natura arbitrale della stessa grazie all'intervento di due costituzioni di Arcadio e Onorio, rispettivamente del 398¹³ – inclusa nel *codex* Giustiniano – e del 408¹⁴ d.C. – conservata nel codice Teodosiano.

Entrambe le costituzioni assumono significativa rilevanza laddove, quasi con un atteggiamento di cesura rispetto a quelle costantiniane, riconducono l'esperibilità del giudizio innanzi al vescovo ad una volontà concorde delle parti in lite.

certo aspetto, una professione di legge» (GIULIO VISMARA, *Episcopalis audientia. L'attività giurisdizionale del vescovo per la risoluzione delle controversie private tra laici*, cit., p. 17).

¹³ C.1, 4, 7: «(Imp. Arcadius et Honoris AA. Eutychiano pp.): Si qui ex consensu apud sacrae legis antistem litigare voluerint, non vetabuntur, sed experiuntur illius (in civili dumtaxat negotio) arbitri more residentis sponte iudicium. Quod his obesse non poterit nec debebit, quos ad praedicti cognitoris examen conventos potius afuisse quam sponte venisse constiterit».

¹⁴ C.Th. 1, 27, 2: «(Imp. Arcadius, Onorius et Theodosius AAA. Theodoro p(raefecto) p(raetorio)): Episcopale iudicium sit ratum omnibus, qui se audiri a sacerdotibus adqueverint. Cum enim possint privati inter consentientes etiam iudice nesciente audire, his licere id patimur, quos necessario veneramus eamque illorum iudicationi adhibendam esse reverentiam, quam vestris deferri necesse est potestatibus, a quibus non licet provocare. Per publicum quoque officium, ne sit cassa cognitio, definitioni exsecutio tribuatur».

Per tale profilo, dunque, benché una parte della dottrina¹⁵ rilevi come la locuzione «*episcopale iudicium*» tenderebbe a deporre per il carattere non arbitrario dell'*episcopalis audientia*, tuttavia altra dottrina indugia sul carattere volontario – *inter consentientes* – della devoluzione della controversia al vescovo, per dedurne la riconducibilità al novero dell'arbitrato¹⁶; vi è anche chi, come la Cimma, ritiene che le predette costituzioni contribuiscano ancor più ad annoverare l'*episcopalis audientia* come *species* del *genus* arbitrario, attesa l'assenza – riscontrabile invece nell'*arbitratus* classico – della necessità che l'accordo fosse formalizzato in un *compromissum*.

Tale formalizzazione, peraltro, deve attribuirsi ad una costituzione di Valentiniano III nel 456¹⁷, il quale richiede – applicando quanto previsto alle controversie dei chierici – la sussistenza di un '*vinculum compromissi*', ossia la previa stipulazione di un compromesso *ad hoc* tra le parti, sì da sancirne – ovvero, a secondo della tesi seguita, ribadirne – la definitiva natura arbitraria.

Dal breve *excursus* sin qui delineato emerge, a prescindere dalle questioni ancor oggi dibattute circa la natura dell'*episcopalis audientia* – comunque, già a partire da Costantino, quella «volontà di potenziare e porre al servizio dell'intera

¹⁵ Cfr., in particolare, GIULIO VISMARA, *Episcopalis audientia. L'attività giurisdizionale del vescovo per la risoluzione delle controversie private tra laici*, cit., p. 32.

¹⁶ Cfr. BIONDO BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, cit., p. 457 s.

¹⁷ Nov.Val. 35 pr.-2: «(Imp.Valentinianus A. Firmino p(raefecto) p(raetorio) et patricio): De episcopali iudicio diversorum saepe causatio est: ne ulterius querella procedat, necesse est presenti lege sanciri. Itaque cum inter clericos iurgium vertitur et ipsis litigatoribus convenit, habeat episcopus licentia iudicandi, praeunte tamen vinculo compromissi. Quod et de laicis, si consentiant, auctoritas nostra permittit: aliter eos iudices esse non patimur, nisi voluntas iurgantium interposita, sicut dictum est, conditione praecedat, quoniam constat episcopos (et presbyteros) forum legibus non habere nec de aliis causis secundum Arcadii et Onorii divalia constituta, quae theodosianum corpus ostendit, praeter religionem posse conoscere. Si ambo eiusdem officii litigatores nolint vel alteruter, agant publicis legibus et iure communi: sin vero petitor laicus, seu in civili seu in criminali causa, cuiuslibet loci clericum adversarium suum, si id magis eligat, per auctoritatem legitimam in publico iudicio respondere compellat».

comunità i compiti che i vescovi già erano chiamati a svolgere in virtù della loro missione pastorale»¹⁸, con la quale dunque sarebbe sorto quel ruolo pubblicistico del vescovo – attuatosi grazie al conferimento di poteri civili – che rientra nel novero di quella – assai discussa¹⁹ – nozione di diritto romano-cristiano su cui ha indugiato il Biondi in un’autonoma trattazione²⁰ per rilevare dunque quella vigorosa influenza che il cristianesimo ebbe sul diritto romano.

Questa premessa ci consente di acquisire una minima consapevolezza storica ai fini della successiva trattazione del *christian arbitration*, non tanto ad un fine comparatistico – che esula dall’oggetto della presente indagine – quanto più per attribuire un significativo – e meritato – riconoscimento al mondo antico, specie laddove ci si confronta con istanze attuali che non sono altro che la reiterazione di esigenze già avvertite in passato.

¹⁸ MARIA ROSA CIMMA, *L’episcopalis audientia nelle costituzioni imperiali da Costantino a Giustiniano*, cit., p. 21.

¹⁹ Per una critica a tale nozione si rimanda a GIULIANO CRIFÒ, *Sul carattere cristiano della legislazione costantiniana*, in *Anabases*, vol. 12, 2010, pp. 119-125.

²⁰ Cfr. *supra*, nt. 7.

CAPITOLO SECONDO

TRATTI DISTINTIVI DELLA DISCIPLINA STATUNITENSE
IN TEMA DI ARBITRATO E DI LIBERTÀ RELIGIOSA

Sommario: 11. Premessa. - 2. L'arbitrato nell'ordinamento statunitense. -
2.1. Cenni storici. - 2.2. La disciplina federale: il *Federal Arbitration Act (FAA)*. - 2.3. La disciplina statale: l'*Uniform Arbitration Act* e il *Revised Uniform Arbitration Act*. - 2.4 Il significativo ruolo delle corti nell'accertamento della validità della clausola compromissoria. - 3. La disciplina della libertà religiosa negli Stati Uniti d'America: uno sguardo alle garanzie costituzionali. - 3.1. Brevi cenni storico-evolutivi. - 3.2. La disciplina attuale: le *religious clauses* del Primo emendamento. - 3.2.1. L'*Establishment Clause*. - 3.2.2. La *Free Exercise Clause*. - 4. L'arbitrato religioso negli Stati Uniti: uno sguardo generale.

1. *Premessa.*

L'attenzione che la giurisprudenza e la dottrina odierna rivolgono al fenomeno dei metodi di risoluzione alternativa delle controversie, ormai comunemente noti come ADR – *alternative dispute resolution* –, è senza dubbio la risposta alla capillare diffusione di tale tutela *extra iudicium*, sia nei paesi di *civil law* che di *common law*.

Comprendere il successo di un tale fenomeno postula un'estesa attenzione ai singoli sistemi giuridici e alle ragioni storiche-sociologiche che ne hanno consentito – o in alcuni casi, imposto²¹ – l'insediamento e che necessiterebbe pertanto di un'autonoma trattazione. Sia sufficiente qui richiamare quello che può considerarsi un comun denominatore che connota di certo, in ogni caso, il successo degli ADR: la possibilità per i contendenti di adattare il processo di soluzione della propria controversia nel modo più rispondente alle proprie esigenze (economiche, – evitando i costi del processo –, di tempo, *etc.*)²².

L'ordinamento statunitense, non scevro da un simile successo di tali strumenti, ha recepito, specie nel XX secolo, un vigoroso sistema di mezzi alternativi di risoluzione delle controversie, in particolare nella *species* dell'arbitrato, esercitando nei confronti di quest'ultimo una significativa politica di *favor*, sotto lo sguardo accondiscendente delle numerose associazioni e organizzazioni che già si occupavano di offrire ai privati una 'sede' alternativa al sistema giurisdizionale al fine di risolvere le proprie controversie²³; in tal ottica, dal canto loro anche diverse comunità religiose – riconducibili o meno a una determinata confessione religiosa – hanno approfittato di tale approccio governativo per istituzionalizzare una prassi che

²¹ Si veda il caso italiano, in cui, ad esempio, il d.lgs. n. 28/2010 contempla l'esperimento del procedimento di mediazione quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale per determinate controversie.

²² Cfr. MICHAEL J. BROYDE, *Sharia tribunals, rabbinical courts, and christian panels. Religious Arbitration in America and the West*, New York, Oxford University Press, 2017, p. xix.

²³ Giacché il fenomeno, come illustrato più compiutamente nel paragrafo successivo, non era ignorato, ma anzi diffuso, seppur non riconoscesse alcuna vincolatività alla decisione pronunciata; in sostanza l'arbitrato non costituiva un metodo alternativo 'equivalente' alle corti statali, ma solamente un mezzo di risoluzione della controversia dotato dell'efficacia che l'adempimento spontaneo delle parti gli conferiva.

di fatto già conoscevano e per attribuire alla stessa la rilevanza civilistica che – come avremo modo di vedere – in precedenza veniva negata al fenomeno arbitrale *tout court* considerato.

Oggetto di questo capitolo sarà pertanto il tentativo di illustrare i caratteri essenziali della disciplina dettata dall'ordinamento statunitense in tema di arbitrato nonché di quella sancita con riferimento alla libertà religiosa²⁴, per comprendere dunque il terreno normativo entro il quale è germogliato – *recte* cresciuto – il fenomeno dell'arbitrato religioso, con particolare riferimento al *christian arbitration*.

È bene altresì precisare, in questa breve premessa introduttiva, che nel novero degli ADR di tipo 'religioso' sono ricomprese non solo la figura dell'arbitrato – assimilabile, *mutatis mutandis*, a quella del nostro ordinamento – ma ulteriori distinte procedure quali negoziazione, mediazione, conciliazione, *etc.*; agli effetti della nostra ricerca, tuttavia, l'attenzione verrà circoscritta allo strumento arbitrale inteso quale procedura alternativa di risoluzione delle controversie dotata di efficacia vincolante fra le parti e che dunque, esplicando effetti meramente civilistici, viene necessariamente a confrontarsi in modo significativo con l'ordinamento statale e i suoi principi fondamentali di tutela dell'autonomia contrattuale e della libertà religiosa.

Alla precisazione testé menzionata, si accompagna altresì una considerazione di ordine generale: gli Stati Uniti presentano un complesso ordinamento 'capillare', ove a un sistema giuridico federale si affiancano tanti ordinamenti quanti gli stati che compongono la nazione, ciascuno con

²⁴ La cui trattazione è necessaria per comprendere in seguito i diversi problemi che sorgono in relazione al peculiare dialogo tra sistema arbitrale e corti statali comporta, come si avrà modo di affrontare nel capitolo IV.

propri organi legislativi, esecutivi e giudiziari; si tenterà pertanto, nell'affrontare i predetti profili, di offrire uno sguardo che tenga in considerazione sia le disposizioni federali sia quelle statali rilevanti ai fini dell'indagine corrente²⁵.

2. *L'arbitrato nell'ordinamento statunitense.*

2.1 *Cenni storici.*

In origine, fino agli inizi del ventesimo secolo, le corti statunitensi riservavano al fenomeno dell'arbitrato un atteggiamento senza dubbio ostile²⁶, probabilmente recependo un contegno tipico delle corti inglesi, la cui avversità al procedimento arbitrale poggiava per lo più su una preoccupazione prettamente economica, giacché i giudici d'oltremarica venivano retribuiti in relazione al numero di controversie risolte²⁷.

²⁵ Per un'attenta comprensione del Sistema giudiziario statunitense si suggerisce il chiaro contributo di EDWARD ALLAN FARNSWORTH, *An introduction to the legal system of the United States*, New York, Oceana, 1996; per una storia dell'ordinamento statunitense sin dall'epoca della sua fondazione si rinvia, fra tutti, all'autorevole opera di LAWRENCE M. FRIEDMAN, *Storia del diritto americano*, trad. it. a cura di Guido Alpa, Michele Marchesiello e Giorgio Rebuffa, Milano, Giuffrè, 1995.

²⁶ Cfr., sul punto, tra gli altri, FRANCIS J. PAVETTI, *Why the States Should Enact the Revised Uniform Arbitration Act*, in *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, vol. 3, n. 3, 2003, p. 447; AARON MCCLAIN, *Green Tree Financial Corp.-Alabama v. Randolph*, in *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 17, n. 1, 2001, p. 234; SCOTT A. BOOTH, *Arbitration Law*, in *Suffolk University Law Review*, vol. 43, n. 4, 2010, p. 1017; CHARITY ROBL, *Recent developments. Circuit City Stores, Inc. v. Adams*, in *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 17, n. 1, 2001, p. 219; HIRO N. ARAGAKI, *The Federal Arbitration Act as procedural reform*, in *New York Law Review*, vol. 89, n. 6, 2014, p. 1956.

²⁷ Cfr. JON O. SHIMABUKURO - JENNIFER A. STAMAN, *Mandatory arbitration and the Federal Arbitration Act*, in *CSR Report – Congressional Research Service*, Washington,

In sostanza, l'arbitrato statunitense seguiva la longeva 'revocability doctrine'²⁸ del diritto inglese, in virtù della quale, nelle sole fattispecie di clausola arbitrale relativa a controversie future, – ma non già per quelle tendenti a deferire una controversia già in essere – ciascuno dei contraenti aveva diritto di 'revocare'²⁹ – o meglio, porre fine – alla procedura arbitrale fino al momento in cui non fosse intervenuta la decisione dell'arbitro. In tal modo, nel caso di sopravvenuto diniego di una parte alla continuazione dello svolgimento della procedura arbitrale prima della conclusione della stessa, la parte insoddisfatta poteva sì rivolgersi all'autorità giudiziaria – che avrebbe

CRS, 2017, p. 2; si veda, altresì, ALISON B. OVERBY, *Arbitrability of disputes under the Federal Arbitration Act*, in *Iowa Law Review*, vol. 71, n. 4, 1986, p. 1139.

²⁸ La quale si ritiene risalga al noto *Vynior's case* del 1609, in cui la corte inglese presieduta da Lord Coke sanciva la pacifica revocabilità dell'impegno di ciascun contraente a sottoporre l'eventuale futura controversia alla procedura arbitrale; benché, come messo in luce da PAUL D. CARRINGTON - PAUL Y. CASTLE (*The revocability of contract provisions controlling resolution of future disputes between the parties*, in *Law and Contemporary Problems*, vol. 67, 2004, p. 209), «Unfortunately, common law judges seldom articulated the policy reasons underlying the rules they applied, and so Lord Coke did not explain the reasoning behind his revocability doctrine», ad avviso dei medesimi autori, la ragione di tale decisione dovrebbe risiedere nella tutela dell'arbitro, la cui unica «substantive constraint [...] resided in the ability of either party to revoke his authority. This assured that the arbitrator knew at the moment of undertaking his duty that he was acting on the trust of both parties» (ivi, p. 210); *contra*, HIRO N. ARAGAKI, *The Federal Arbitration Act as procedural reform*, cit., p. 1998, per il quale è più probabile che la *revocability doctrine* «originated in procedural concerns about the adequacy (real or imagined) of extrajudicial forums», dovuta alla 'lacunosa' conoscenza della legge da parte degli arbitri.

²⁹ Invero, la revoca non inficiava *in toto* la validità della clausola arbitrale, per cui il contraente che si sottraeva all'obbligo di esperire la procedura arbitrale poneva in essere comunque una condotta inadempiente e pertanto poteva essere condannato al risarcimento del danno nei confronti dell'altra parte; cfr. HIRO N. ARAGAKI, *The Federal Arbitration Act as procedural reform*, cit., p. 1946 s.; HAROUT J. SAMRA - RAMYA RAMACHANDERAN, *A cure for everly ill? Remedies for "pathological" arbitration clauses*, in *University of Miami Law Review*, vol. 74, n. 4, 2020, p. 1113.

deciso la controversia –, ma vedendosi tuttavia preclusa la possibilità di essere rimessa innanzi all'arbitro³⁰.

L'ostilità nei confronti dell'arbitrato iniziò a eclissarsi con l'avvento dell'industrializzazione e il conseguente incremento delle controversie in ambito commerciale³¹; in siffatto contesto, invero, di sempre più frequenti scambi commerciali, specie a livello interstatale o internazionale, la *'revocability doctrine'* iniziò ad essere percepita come anacronistica per le maturate esigenze dell'epoca³²; all'inizio del ventesimo secolo gli Stati Uniti cominciarono ad adottare dunque una posizione di favoreggiamento dell'arbitrato per la risoluzione delle controversie commerciali, sia di natura internazionale, che statale³³. Si avvertiva, invero, una sempre maggiore esigenza di fornire una congrua tutela alla clausola arbitrale, riconoscendone l'effetto obbligatorio tra le parti, con la conseguenza che la stessa sarebbe divenuta suscettibile di acquisire efficacia esecutiva per mezzo di una pronuncia della corte statale. A sostegno di siffatta esigenza, trovava rilievo la circostanza che la vincolatività della clausola arbitrale era avvertita sempre

³⁰ Tale possibilità però conduceva ad un utilizzo del tutto arbitrario di tale strumento, specie considerato che, ben potendo ciascuna parte invocare la revoca della clausola arbitrale fino alla pronuncia del lodo, la parte che presagiva, secondo l'andamento del procedimento, la propria soccombenza, invocava la revocabilità della clausola e approfittava del diverso giudizio esperito innanzi alla corte statale, giovandosi così dell'eventuale decisione difforme di tale giudicante o, comunque, dell'effetto dilatorio di tale mutamento di procedimento; cfr., sul punto, HIRO N. ARAGAKI, *The Federal Arbitration Act as procedural reform*, cit., p. 1999.

³¹ Cfr. JON O. SHIMABUKURO - JENNIFER A. STAMAN, *Mandatory arbitration and the Federal Arbitration Act*, cit., p. 2.

³² Cfr. HIRO N. ARAGAKI, *The Federal Arbitration Act as procedural reform*, cit., p. 1939; ALISON B. OVERBY, *Arbitrability of disputes under the Federal Arbitration Act*, cit., p. 1939.

³³ Cfr. KRISTINA L. MORRISON, *A misstep in U.S. arbitral law: a call for change in the enforcement of nondomestic arbitral awards*, in *Tort Trial & Insurance Practice Law Journal*, vol. 46, n. 3-4, p. 803.

CAPITOLO SECONDO

più quale corollario del diritto di libertà contrattuale costituzionalmente tutelato, che pertanto necessariamente doveva ricomprendere financo il diritto dei contraenti di disporre della controversia che eventualmente sarebbe potuta scaturire in futuro da tale contratto³⁴.

In tal ottica, già nel 1924 la Corte Suprema aveva riconosciuto la legittimità di una legge dello stato di New York³⁵ la quale sanciva che «*a provision in a written contract to settle by arbitration a controversy thereafter arising between the parties “shall be valid, enforceable and irrevocable, save upon such grounds as exist at law or in equity for the revocation of any contract”*»³⁶; la corte, in sostanza, con tale decisione confermava una normativa – statale – che attribuiva efficacia obbligatoria a una clausola arbitrale relativa ad una controversia in tema di contratto di navigazione.

Si ritiene³⁷ che fu questa decisione ad ispirare il successivo riconoscimento della generale validità ed efficacia delle clausole compromissorie, dapprima a livello federale mediante il *Federal Arbitration Act* e in seguito a livello statale, con l'*Uniform Arbitration Act*.

³⁴ Cfr. HIRO N. ARAGAKI, *The Federal Arbitration Act as procedural reform*, cit., p. 1939; cfr. anche ALISON B. OVERBY, *Arbitrability of disputes under the Federal Arbitration Act*, cit., p. 1948, che sottolinea come «*the right of freedom of contract which the Constitution guarantees to men, includes the right to dispose of any controversy which may arise out of the contract*».

³⁵ Nello specifico, l'*Arbitration Law of New York*, emanata nel 1920.

³⁶ *Red Cross Line v. Atlantic Fruit Co.*, 264 U.S. 109 (1924).

³⁷ Cfr. JON O. SHIMABUKURO - JENNIFER A. STAMAN, *Mandatory arbitration and the Federal Arbitration Act*, in *CSR Report – Congressional Research Service*, cit., p. 2.

2.2. *La disciplina federale: il Federal Arbitration Act (FAA)*

Il 2 febbraio 1925 venne emanato, con firma del presidente dell'epoca Calvin Coolidge, l'*United States Arbitration Act* – meglio noto come *Federal Arbitration Act* (d'ora in poi, *FAA*) –, con cui il Congresso statunitense riconobbe normativamente la validità e la vincolatività della clausola arbitrale afferente ai contratti relativi a operazioni marittime o al commercio interstatale, prevedendo alla sezione 2 che

«A written provision in any maritime transaction or a contract evidencing a transaction involving commerce to settle by arbitration a controversy thereafter arising out of such contract or transaction, or the refusal to perform the whole or any part thereof, or an agreement in writing to submit to arbitration an existing controversy arising out of such a contract, transaction, or refusal, shall be valid, irrevocable, and enforceable, save upon such grounds as exist at law or in equity for the revocation of any contract»³⁸.

L'emanazione di questa legge segnò l'inizio di quella che la giurisprudenza tende a ravvisare come una considerevole politica di *favor* dello strumento arbitrale³⁹ – come vedremo, tutt'ora in corso – in luogo, dunque, dell'ordinario sistema giurisdizionale di risoluzione delle controversie, quanto meno quelle di natura privatistica.

³⁸ *Federal Arbitration Act of 1925, U.S. Code, title 9, section 2* (d'ora in poi, solo '9 U.S.C. § 2').

³⁹ Cfr. *Southland Corp. v. Keating*, 465 U.S. 1 (1984), p. 10: «Congress declared a national policy favoring arbitration and withdrew the power of the states to require a judicial forum for the resolution of claims which the contracting parties agreed to resolve by arbitration. [...] Congress has thus mandated the enforcement of arbitration agreements».

CAPITOLO SECONDO

In tal ottica, invero, il *FAA* venne accolto come «*the brainchild of early twentieth-century merchants who saw arbitration as a means to achieve greater commercial autonomy and self-governance*» a causa della circostanza che essi erano «*desperate for qualitatively superior adjudicative alternatives to the increasingly unworkable public system of civil justice*»⁴⁰.

Ciò era dovuto anche al generale fallimento del sistema processualciviltistico statunitense, caratterizzato da regole procedurali che avevano assunto requisiti formali tali da tradursi in un formalismo esasperato, sì che la giustizia sostanziale rischiava di venire sacrificata a causa di meri refusi financo meramente grammaticali: l'omissione di un articolo o la dimenticanza di un congiunzione o di una virgola nella redazione dell'atto difensivo potevano comportare il rigetto della domanda attorea o anche – pare assurdo – la mancata condanna di un criminale per invalidità della formulazione dell'accusa⁴¹.

In questa situazione – dal sapore quasi kafkiano – l'arbitrato venne ravvisato come una '*obvious solution*', in quanto strumento connotato da significativa flessibilità, anziché dalla rigidità tipica del processo; l'arbitro infatti non era vincolato alle rigorose e formali regole processuali, che neppure il *FAA* prevedeva, limitandosi, quest'ultimo provvedimento, come vedremo, a delineare una disciplina 'quadro'.

⁴⁰ HIRO N. ARAGAKI, *The Federal Arbitration Act as procedural reform*, cit., p. 1941 s.

⁴¹ Al punto tale che il presidente della Kentucky Bar Association nel 1911 così si esprimeva: «*“the actual miscarriages of justice, because of nothing more than a mere slip in a phrase or a mere error in an immaterial form, are nothing less than shocking”*» (HIRO N. ARAGAKI, *The Federal Arbitration Act as procedural reform*, cit., p. 1942, nt. 11; si vedano, altresì, pp. 1962-1973).

In tal modo l'obiettivo del Congresso non fu solo quello di proteggere l'interesse delle parti – e quindi il principio di autonomia privata – concedendo ad esse il riconoscimento dell'efficacia obbligatoria della clausola arbitrale, ma altresì di ovviare ai significativi costi, tempi e rischi del giudizio⁴².

Passando ad un vaglio di ordine contenutistico, si noti come il *FAA* sia suddiviso in tre capitoli, ciascuno dei quali contempla molteplici disposizioni, c.d. '*sections*': il primo capitolo ha ad oggetto il *domestic arbitration* – dunque l'arbitrato interno –, mentre il secondo capitolo è rivolto a disciplinare l'arbitrato internazionale – in particolare, il lodo arbitrale c.d. *non domestic e foreign*⁴³ – ed incorpora la convenzione di New York del 1958⁴⁴ ratificata dagli Stati Uniti nel 1974 e dedicata appunto al riconoscimento, ad opera delle corti statunitensi, dell'efficacia esecutiva del lodo arbitrale pronunciato in uno Stato estero; il terzo capitolo, infine, recepisce l'*Inter-American Convention on International Commercial Arbitration* – la c.d. *Panama Convention* – e, così, la disciplina dettata all'uopo per i soli arbitrati conclusi tra soggetti dei diversi Stati del continente americano aderenti all'Organizzazione degli Stati Americani.

⁴² Cfr. JON O. SHIMABUKURO - JENNIFER A. STAMAN, *Mandatory arbitration and the Federal Arbitration Act*, p. 2; v. anche HAROUT J. SAMRA - RAMYA RAMACHANDERAN, *A cure for everly ill? Remedies for "pathological" arbitration clauses*, cit., 1114.

⁴³ Per la cui discussa distinzione si rimanda a KRISTINA L. MORRISON, *A misstep in U.S. arbitral law: a call for change in the enforcement of nondomestic arbitral awards*, cit., pp. 808-810.

⁴⁴ Ratificata, ad oggi, da più di 160 Stati e pertanto definita «*the most successful international instrument in the field of arbitration, and perhaps [...] the most effective instance of international legislation in the entire history of commercial law*»; così, MICHAEL J. MUSTIN, *Arbitration: history and background*, in *Journal of International Arbitration*, vol. 6, n. 2, 1989, p. 49.

CAPITOLO SECONDO

Ai fini della nostra indagine, è opportuno richiamare il contenuto del primo capitolo del *FAA*, il quale – è d'uopo precisare – non consta di particolari regole procedurali per l'espletamento del procedimento arbitrale, in pieno accordo con la volontà governativa di non reiterare eventuali tecnicismi e formalismi tipici del procedimento giudiziale e nell'ottica di garantire la libera autonomia delle parti nella delineazione dei termini di conduzione dell'arbitrato.

Ciò nonostante, benché il *FAA* non contenga un novero di regole dettagliate o fondate su un tecnicismo esasperato, e al di là della sezione II del primo capitolo del *FAA*, la quale rappresenta il fulcro della riforma – in quanto attribuisce effetti obbligatori alla clausola arbitrale – la normativa prescrive comunque alcune regole di natura procedurale⁴⁵; si tratta, tuttavia, di norme che disciplinano per lo più il giudizio innanzi alla corte, qualora queste ultime vengano investite del vaglio giudiziale in ordine alla validità ed efficacia di una clausola compromissoria ovvero di un lodo pronunciato all'esito di una procedura arbitrale. In particolare, la sezione 2 dispone che la corte, adita per una controversia in realtà oggetto di clausola compromissoria, disponga la sospensione del processo e la rimessione delle parti innanzi all'arbitro, qualora apposita istanza sia formulata dalla parte che intenda

⁴⁵ In tal modo, secondo parte della dottrina statunitense, contribuendo alla riforma processuale per le azioni civili che si avrà con la codificazione del *Federal Rules of Civil Procedure* nel 1938 (HIRO N. ARAGAKI, *The Federal Arbitration Act as procedural reform*, cit., p. 1987); *contra*, una pronuncia della corte Suprema ove si rileva che «*The legislative history of the Act establishes that the purpose behind its passage was to ensure judicial enforcement of privately made agreements to arbitrate. We therefore reject the suggestion that the overriding goal of the Arbitration Act was to promote the expeditious resolution of claims. The Act, after all, does not mandate the arbitration of all claims, but merely the enforcement -- upon the motion of one of the parties -- of privately negotiated arbitration agreements. [...]*» (Dean Witter Reynolds, *Inc. v. Byrd*, 470 U.S. 213 (1985) p. 479).

avvalersi di siffatto accordo compromissorio⁴⁶; analogamente, la sezione 4 consente a colui che lamenti l'inadempimento della clausola arbitrale da parte della controparte di esercitare apposita azione civile per ottenere l'ordine giudiziale di rimessione delle parti innanzi all'arbitro, con atto da notificarsi entro 5 giorni⁴⁷. Ove poi – come avviene sovente – la clausola o la sua applicabilità alla specifica controversia sia oggetto di contestazione, la corte sarà chiamata a decidere in maniere celere e *incidenter tantum* sul merito⁴⁸. La sezione 5 contempla la designazione dell'arbitro, che dovrà avvenire secondo quanto sancito dalle parti nella clausola compromissoria ovvero per il tramite dell'autorità giudiziaria, in caso di omessa indicazione o di contrasto sulla nomina⁴⁹. La sezione 9, inoltre, disciplina la conferma del lodo

⁴⁶ Cfr. 9 U.S.C. § 3: «*If any suit or proceeding be brought in any of the courts of the United States upon any issue referable to arbitration under an agreement in writing for such arbitration, the court in which such suit is pending, upon being satisfied that the issue involved in such suit or proceeding is referable to arbitration under such an agreement, shall on application of one of the parties stay the trial of the action until such arbitration has been had in accordance with the terms of the agreement, providing the applicant for the stay is not in default in proceeding with such arbitration*».

⁴⁷ Cfr. 9 U.S.C. § 4: «*A party aggrieved by the alleged failure, neglect, or refusal of another to arbitrate under a written agreement for arbitration may petition any United States district court [...], for an order directing that such arbitration proceed in the manner provided for in such agreement. Five days' notice in writing of such application shall be served upon the party in default. [...] The court shall hear the parties, and upon being satisfied that the making of the agreement for arbitration or the failure to comply therewith is not in issue, the court shall make an order directing the parties to proceed to arbitration in accordance with the terms of the agreement*».

⁴⁸ Cfr., ancora, 9 U.S.C. § 4: «*If the making of the arbitration agreement or the failure, neglect, or refusal to perform the same be in issue, the court shall proceed summarily to the trial thereof. [...] If the jury find that no agreement in writing for arbitration was made or that there is no default in proceeding thereunder, the proceeding shall be dismissed. If the jury find that an agreement for arbitration was made in writing and that there is a default in proceeding thereunder, the court shall make an order summarily directing the parties to proceed with the arbitration in accordance with the terms thereof*».

⁴⁹ Cfr. 9 U.S.C. § 5: «*If in the agreement provision be made for a method of naming or appointing an arbitrator or arbitrators or an umpire, such method shall be followed; but*

CAPITOLO SECONDO

arbitrale – previa richiesta di parte all'uopo formulata entro un anno dalla pronuncia dello stesso – statuendo il dovere della corte di riconoscere efficacia esecutiva al lodo, salvo la controparte non eccepisca motivi che ne consentano la revoca o la modifica, secondo quanto disposto rispettivamente alle sezioni 10 e 11⁵⁰ e secondo le modalità procedurali di cui alla sezione 12.

Da quanto sin qui brevemente illustrato, si comprende come la determinazione di regole specifiche tese a governare lo svolgimento dell'arbitrato non sia annoverata tra le disposizioni del *FAA*, bensì venga demandata alla volontà contrattuale delle parti; tuttavia, è bene precisare che sovente i privati si affidano a procedure standardizzate e istituzionalizzate secondo i canoni all'uopo offerti da determinati enti, quali camere di commercio, associazioni di commercianti o altre organizzazioni di settore che offrono una disciplina *ad hoc* per l'espletamento della procedura arbitrale e delineano dunque dei prototipi procedurali per determinati tipi di controversie⁵¹, che financo possono statuire la nullità dello stesso lodo ove non siano ottemperate, sì che il richiamo delle stesse nella clausola compromissoria ne fa assumere il carattere inderogabile.

if no method be provided therein, or if a method be provided and any party thereto shall fail to avail himself of such method, [...] then upon the application of either party to the controversy the court shall designate and appoint an arbitrator or arbitrators [...].

⁵⁰ Cfr. 9 U.S.C. § 9: «*If the parties in their agreement have agreed that a judgment of the court shall be entered upon the award made pursuant to the arbitration, and shall specify the court, then at any time within one year after the award is made any party to the arbitration may apply to the*

court so specified for an order confirming the award, and thereupon the court must grant such an order unless the award is vacated, modified, or corrected as prescribed in sections 10 and 11 of this title. [...].»

⁵¹ Cfr. HIRO N. ARAGAKI, *The Federal Arbitration Act as procedural reform*, cit., p. 1892 e 1991.

Da siffatto contesto, di libertà delle parti nella disciplina delle regole che governano la procedura arbitrale⁵², consegue anche il pacifico riconoscimento in capo all'autonomia contrattuale delle parti della libertà di operare una duplice scelta, in ordine sia alla legge applicabile ai fini della risoluzione della controversia (c.d. *choice of law*)⁵³ sia dell'organo – dunque l'arbitro – chiamato a decidere (c.d. *choice of forum*).

In ultima analisi emerge altresì che, se da un lato il tecnicismo tendente al formalismo necessitava di essere insindacabilmente escluso dal *FAA* proprio per consentire una maggiore tutela della volontà dei privati e per porre rimedio alla situazione paradossale che aleggiava nelle corti, d'altro conto la formulazione dello stesso *FAA* è piuttosto sintetica e ricorre all'utilizzo di termini anche generici, con la conseguenza che numerose sono le questioni interpretative che ne sono conseguite, *in primis* quelle inerenti alla portata applicativa di siffatta normativa, e che hanno richiesto continui interventi giurisprudenziali che ne hanno definito – in maniera sempre più estesa, è d'uopo precisarlo – i contorni, prendendo come parametro lo scopo del *FAA* e la sottesa politica di *favor* dello strumento arbitrale⁵⁴.

Uno dei profili che ha creato più discussione attiene al significato – e alla reale portata – del termine '*commerce*' annoverato nella sezione 2, il

⁵² Che è stata definita come '*freedom of contract procedure*'; cfr. HIRO N. ARAGAKI, *The Federal Arbitration Act as procedural reform*, cit., pp. 1956 e ss.;

⁵³ Cfr. *Parnell v. Cashcall, Inc.*, 181 F. Supp. 3d 1025 (N.D. Ga. 2016), p. 1043: «[...] *parties are free within bounds to use a choice of law clause in an arbitration agreement to select which local law will govern the arbitration*»; cfr. anche *Allied Adjustment Serv. v. Heney*, 125 N.H. 698 (N.H. 1984), p. 700; cfr., altresì, HAROUT J. SAMRA - RAMYA RAMACHANDERAN, *A cure for everly ill? Remedies for "pathological" arbitration clauses*, cit., p. 1121.

⁵⁴ Cfr. HIRO N. ARAGAKI, *The Federal Arbitration Act as procedural reform*, cit., p. 1994 e 1952.

CAPITOLO SECONDO

quale viene delineato – in maniera non esaustiva – alla sezione 1⁵⁵, laddove si precisa, tra l’altro, che l’applicabilità del *FAA* è circoscritta alle sole ipotesi di ‘*interstate commerce*’, con esclusione dunque della regolamentazione di rapporti tra privati all’interno di uno stesso stato.

Pare doveroso soffermarci brevemente su questo profilo per due ordini di motivi: da un lato, una corretta comprensione del termine ‘*commerce*’ – la cui somiglianza con il corrispondente termine italiano ‘commercio’ potrebbe ingenerare comprensibili refusi – consente di apprendere l’ambito delle controversie che possono essere rese oggetto di valida clausola arbitrale; dall’altro, al contempo, cogliere l’attuale estensione del concetto di ‘interstatalità’ permette di individuare se la disciplina arbitrale applicabile ad una determinata controversia – in cui venga contestata la validità di una clausola arbitrale o di un lodo – sia quella dettata a livello federale ovvero quella eventualmente adottata a livello statale (benché, come si vedrà, non si ravvisino differenze di rilievo significativo tra le diverse normative in tema di arbitrato, quanto meno ai fini della presente indagine).

Come poc’anzi premesso, dunque, il Congresso non ha precisato la reale portata della locuzione ‘*contract evidencing a transaction involving [interstate] commerce*’⁵⁶, a soccorso della quale si sono dovute susseguire una

⁵⁵ Cfr. 9 U.S.C. § 1: «[...] “*commerce*”, as herein defined, means commerce among the several States or with foreign nations, or in any Territory of the United States or in the District of Columbia, or between any such Territory and another, or between any such Territory and any State or foreign nation, or between the District of Columbia and any State or Territory or foreign nation, but nothing herein contained shall apply to contracts of employment of seamen, railroad employees, or any other class of workers engaged in foreign or interstate commerce».

⁵⁶ Cfr. JON O. SHIMABUKURO - JENNIFER A. STAMAN, *Mandatory arbitration and the Federal Arbitration Act*, cit., p. 2.

serie di pronunce che ne hanno interpretato l'ambito di applicazione senza dubbio in modo estensivo.

In particolare, fino al 1995, alcune corti federali, invero, interpretavano l'inciso «contract evidencing a transaction involving commerce» in senso piuttosto restrittivo, ritenendo applicabile il *FAA* solamente a quei contratti la cui esecuzione – come risultante dalla volontà dei contraenti – contemplasse necessariamente un'operazione commerciale tra cittadini di stati diversi⁵⁷ (si pensi alla spedizione di beni da uno stato all'altro). Altre corti federali, invece, propendevano per un'interpretazione estensiva di siffatta nozione, sì che la clausola '*involving commerce*' era da intendersi alla stregua della *commerce clause* di cui alla costituzione federale e dunque in senso così ampio⁵⁸ da ricomprendere qualsiasi «*business or commercial exchanges in any and all forms between citizens of different states, including purely social communication between citizens of different states by telegraph, telehone, or radio, and the mere passage of persons from one state to another for either business or pleasure*»⁵⁹; in tal ottica l'applicabilità del *FAA* veniva così estesa a quelle situazioni giuridiche che '*affecting interstate commerce*', cioè che si caratterizzavano per un qualche elemento di interstatalità, anche solo indirettamente o in via di mero fatto⁶⁰.

⁵⁷ Cfr. JON O. SHIMABUKURO - JENNIFER A. STAMAN, *Mandatory arbitration and the Federal Arbitration Act*, cit., p. 3.

⁵⁸ Cfr., al riguardo, HENRY C. STRICKLAND, *The Federal Arbitration Act's interstate commerce requirements: what's left for state arbitration law?*, in *Hofstra Law Review*, vol. 21, n. 2, p. 410 e ss.

⁵⁹ WILLIAM LESSER, *American business regulation: understand, survive and thrive*, New York, Taylor & Francis, 2015, p. 100.

⁶⁰ Cfr. JON O. SHIMABUKURO - JENNIFER A. STAMAN, *Mandatory arbitration and the Federal Arbitration Act*, p. 2.

CAPITOLO SECONDO

Quest'ultimo orientamento interpretativo è stato in seguito avallato dalla Corte Suprema nel 1995⁶¹, sì che attualmente il campo operativo del *FAA* – e così la validità delle clausole arbitrali che esso prescrive – incontra un terreno fertile anche in relazione a rapporti giuridici che esulano dall'ambito contrattuale *stricto sensu* inteso (e dunque, in materia di eredità, di risarcimento del danno da illecito extracontrattuale, di rapporti tra vicinato, *etc.*) nonché intercorrenti tra cittadini anche di uno stesso stato.

In tal modo la giurisprudenza è giunta a riconoscere una sempre maggiore estensione dell'ambito applicativo del *FAA*⁶² in ordine alla disciplina delle clausole compromissorie, con il conseguente ridimensionamento di quelle normative statali adottate in tema di arbitrato, la cui disciplina viene richiamata di seguito.

⁶¹ Con la decisione *Allied-Bruce Terminix Cos. v. Dobson*, 513 U.S. 265 (1995), in cui la corte ravvisa il requisito dell'interstatalità per il solo fatto che la prestazione contrattuale – nel caso di specie, la disinfestazione di un'abitazione delle termiti – veniva eseguita dall'obbligato con materiale acquistato presso un diverso stato.

⁶² Per una più approfondita analisi – in chiave evolutiva – del disposto di cui al § 2 del *FAA* fino alla decisione *Allied-Bruce Terminix Cos. v. Dobson* si rinvia a PRESTON DOUGLAS WIGNER, *The United States Supreme Court's expansive approach to the Federal Arbitration Act: a look at the past, present, and future of section 2*, in *University of Richmond Law Review*, vol. 29, n. 5, 1995, pp. 1499-1552. Si segnala che nel 2001 la *Supreme Court* è intervenuta nuovamente – con la decisione *Circuit City Stores, Inc. v. Adams*, 532 U.S. 105 (2001) – sull'estensione della sezione 2 del *FAA*, interpretando la clausola di esclusione contenuta nella conclusione del § 1 («*nothing herein contained shall apply to contracts of employment of seamen, railroad employees, or any other class of workers engaged in foreign or interstate commerce*») e circoscrivendola ai soli rapporti di lavoro di marinai, impiegati ferroviari e altri impiegati delle imprese di trasporti, per le cui controversie l'arbitrabilità è già consentita dalla normativa federale specificamente dettata al riguardo, quale il *Shipping Commissioners Act* e il *Transportation Act*; cfr., in punto, JON O. SHIMABUKURO - JENNIFER A. STAMAN, *Mandatory arbitration and the Federal Arbitration Act*, cit., p. 4.

2.3. *La disciplina statale: l'Uniform Arbitration Act e il Revised Uniform Arbitration Act.*

Come visto, già prima del *FAA* alcuni stati avevano adottato una legislazione in materia di arbitrato, come lo Stato di New York. A seguito della promulgazione del *FAA* alcuni stati introdussero un'analogia normativa, basata proprio sul *FAA* o sulla disciplina adottata dallo stato di New York, senza che si ravvisasse un'uniformità legislativa anche a livello statale.

È soltanto a partire dagli anni '50 del secolo scorso che la politica di favoritismo dello strumento arbitrale viene progressivamente promossa anche a livello statale, nel senso di incentivare la vincolatività – e, con essa, l'azionabilità – delle clausole arbitrali innanzi all'autorità giudiziaria secondo un modello normativo uniforme, di modo che anche per le controversie sottratte all'applicabilità del *FAA* non si corresse più il rischio che «*different rules for arbitration from state to state [would only] increase forum-shopping and confusion*»⁶³.

⁶³ JOHN M. MCCABE, *Uniformity in ADR: thoughts on the Uniform Arbitration Act and Uniform Mediation Act*, in *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, vol. 3, n. 3, 2003, p. 319.

Nel 1955, invero, la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*⁶⁴ (NCCUSL), promulgò il *Uniform Arbitration Act*⁶⁵, all'esito di un percorso iniziato nel 1943⁶⁶, diretto a dettare una disciplina uniforme che riconoscesse la validità e vincolatività della clausola compromissoria stipulata anche per l'eventualità di controversie future, sì da poter fungere da modello normativo per i singoli stati.

In particolare, la sezione 1, sulla scorta di quanto dettato dal *FAA* a livello federale – definito «*its federal counterpart*»⁶⁷ –, sancisce la

⁶⁴ Si tratta di un'organizzazione, costituita nel 1892 e tutt'ora esistente, composta da delegati di ciascuno degli Stati USA con l'obiettivo di «*promote uniformity in the law among the several States on subjects as to which uniformity is desirable and practicable*» (così l'art. 2.1 dell'atto costitutivo). In sostanza il compito della commissione è quello di redigere delle normative uniformi in determinate materie, in particolare in quelle sottratte alle competenza legislativa esclusiva del Congresso, permettendo così ai singoli stati – quindi su base volontaria – di recepire tale normativa e di garantire non solo un'uniformità a livello legislativo, ma anche a livello culturale e di teoria generale del diritto; per un approfondimento storico di tale organo si vedano in particolare ROBERT A. STEIN, *Forming a more perfect union: a history of the Uniform Law Commission*, Charlottesville, Matthew Bender & Company, 2013, nonché ALLISON DUNHAM, *A history of the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, in *Law and Contemporary Problems*, vol. 30, n. 2, 1965, pp. 233-249; per l'attenzione che la NCCUSL ha rivolto in passato anche all'uniformità della legislazione in ordine alle problematiche transazionali, si veda in particolare PETER WINSHIP, *The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws and the international unification of private law*, in *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol. 13, n. 2, 1992, pp. 228-285.

⁶⁵ In realtà, si segnala che un primo tentativo da parte della NCCUSL fu espletato nel 1925 con l'emanazione di un primo *Uniform Arbitration Act*, che tuttavia risultò di scarso interesse normativo giacché sanciva la vincolatività degli accordi arbitrari conclusi per controversie in essere e non per dispute future.; così JOHN. M. MCCABE, *Uniformity in ADR: thoughts on the Uniform Arbitration Act and Uniform Mediation Act*, cit., che evidenzia come «*the first Uniform Arbitration Act lacked an essential quality*» giacché «*it only affirmed agreements to arbitrate disputes that precede the agreement to arbitrate and not disputes arise after agreement to arbitrate*» (ivi, p. 317).

⁶⁶ E diretto proprio a rivisitare il primo – 'infruttuoso' – *Arbitration Act*, di cui alla nota precedente.

⁶⁷ TIMOTHY J. HEINSZ, *The Uniform Arbitration Act: introduction*, in *Journal of Dispute Resolution*, vol. 2001, n. 2, 2001, p. 385.

vincolatività, efficacia e irrevocabilità dell'accordo con cui le parti demandano alla procedura arbitrale la risoluzione di una controversia già esistente tra di esse o che potrebbe sorgere in futuro⁶⁸.

La parte restante della normativa – 25 articoli, o più correttamente, 'sections', in totale – pone delle regole generali dirette a disciplinare il giudizio della corte chiamata a decidere sull'esistenza, validità o efficacia della clausola ovvero sulla conferma, modifica o revoca del lodo pronunciato all'esito dell'arbitrato che dovranno seguirsi qualora una tale clausola; nello specifico vengono previste, tra l'altro, norme che disciplinano: la proposizione della domanda giudiziale diretta ad ottenere il deferimento delle parti all'arbitro – qualora una delle due rifiuti di ottemperare alla clausola compromissoria – ovvero la formulazione dell'*exceptio compromissi*⁶⁹; la richiesta di sospensione del procedimento arbitrale iniziato dalla controparte in assenza di una clausola compromissoria⁷⁰; la designazione degli arbitri ad

⁶⁸ UAA, § 1: «A written agreement to submit any existing controversy to arbitration or a provision in a written contract to submit to arbitration any controversy thereafter arising between the parties is valid, enforceable and irrevocable, save upon such grounds as exist at law or in equity for the revocation of any contract. This act also applies to arbitration agreements between employers and employees or between their respective representatives».

⁶⁹ Cfr. UAA, § 2, l. a): «On application of a party showing an agreement described in Section 1, and the opposing party's refusal to arbitrate, the Court shall order the parties to proceed with arbitration, but if the opposing party denies the existence of the agreement to arbitrate, the Court shall proceed summarily to the determination of the issue so raised and shall order arbitration if found for the moving party, otherwise, the application shall be denied».

⁷⁰ Cfr. UAA, § 2, l. b): «On application, the court may stay an arbitration proceeding commenced or threatened on a showing that there is no agreement to arbitrate. Such an issue, when in substantial and bona fide dispute, shall be forthwith and summarily tried and the stay ordered if found for the moving party. If found for the opposing party, the court shall order the parties to proceed to arbitration».

opera della corte, qualora manchi un accordo delle parti in tal senso⁷¹; la conferma del lodo⁷², il suo annullamento⁷³ ovvero la modifica o correzione⁷⁴ dello stesso:

L'UAA contempla, inoltre, alcune norme di tipo procedurale per il corretto espletamento della procedura arbitrale, di modo tale che la procedura in concreto scelta dalle parti – e di solito fornita da organismi all'uopo identificati – debba rispettare delle garanzie minime – talune delle quali peraltro espressamente inderogabili –, quali: il diritto all'assistenza legale⁷⁵;

⁷¹ Cfr. UAA, § 3: «*If the arbitration agreement provides a method of appointment of arbitrators, this method shall be followed. In the absence thereof, or if the agreed method fails or for any reason cannot be followed, or when an arbitrator appointed fails or is unable to act and his successor has not been duly appointed, the court on application of a party shall appoint one or more arbitrators [...]*».

⁷² Cfr. UAA, § 11: «*Upon application of a party, the Court shall confirm an award, unless within the time limits hereinafter imposed grounds are urged for vacating or modifying or correcting the award, in which case the court shall proceed as provided in Sections 12 and 13*».

⁷³ Cfr. UAA, § 12: «*(a) Upon application of a party, the court shall vacate an award where: (1) The award was procured by corruption, fraud or other undue means; (2) There was evident partiality by an arbitrator appointed as a neutral or corruption in any of the arbitrators or misconduct prejudicing the rights of any party; (3) The arbitrators exceeded their powers; (4) The arbitrators refused to postpone the hearing upon sufficient cause being shown therefor or refused to hear evidence material to the controversy or otherwise so conducted the hearing, contrary to the provisions of Section 5, as to prejudice substantially the rights of a party; or (5) There was no arbitration agreement and the issue was not adversely determined in proceedings under Section 2 and the party did not participate in the arbitration hearing without raising the objection; [...]*».

⁷⁴ Cfr. UAA, § 13: «*(a) Upon application made within ninety days after delivery of a copy of the award to the applicant, the court shall modify or correct the award where: (1) There was an evident miscalculation of figures or an evident mistake in the description of any person, thing or property referred to in the award; (2) The arbitrators have awarded upon a matter not submitted to them and the award may be corrected without affecting the merits of the decision upon the issues submitted; or (3) The award is imperfect in a matter of form, not affecting the merits of the controversy*».

⁷⁵ Cfr. UAA, § 6: «*A party has the right to be represented by an attorney at any proceeding or hearing under this act. A waiver thereof prior to the proceeding or hearing is ineffective*».

l'istruzione probatoria⁷⁶; la forma e i termini per la pronuncia del lodo⁷⁷; le spese della procedura⁷⁸.

Ecco, pertanto, che sulla base di questo 'archetipo' normativo⁷⁹ numerosi stati adottarono – chi prima, chi dopo –, il proprio *Arbitration Act*, sicché si vennero a contare all'incirca 48 stati che prima degli anni 2000⁸⁰ erano dotati di una propria disciplina arbitrale interna.

Tuttavia, il *UAA* condivideva con il *FAA* anche la sinteticità delle disposizioni in tema di arbitrato nonché un inquadramento piuttosto astratto della materia⁸¹, con la conseguenza che venne demandato alle corti, in seguito, l'onere di risolvere i diversi risvolti applicativi che una tale

⁷⁶ Cfr. *UAA*, § 7: «(a) *The arbitrators may issue (cause to be issued) subpoenas for the attendance of witnesses and for the production of books, records, documents and other evidence, and shall have the power to administer oaths. Subpoenas so issued shall be served, and upon application to the Court by a party or the arbitrators, enforced, in the manner provided by law for the service and enforcement of subpoenas in a civil action*».

⁷⁷ Cfr. *UAA*, § 8: «(a) *The award shall be in writing and signed by the arbitrators joining in the award. The arbitrators shall deliver a copy to each party personally or by registered mail, or as provided in the agreement. (b) An award shall be made within the time fixed therefor by the agreement or, if not so fixed, within such time as the court orders on application of a party. The parties may extend the time in writing either before or after the expiration thereof. A party waives the objection that an award was not made within the time required unless he notifies the arbitrators of his objection prior to the delivery of the award to him*».

⁷⁸ Cfr. *UAA*, § 10: «*Unless otherwise provided in the agreement to arbitrate, the arbitrators' expenses and fees, together with other expenses, not including counsel fees, incurred in the conduct of the arbitration, shall be paid as provided in the award*».

⁷⁹ Per un approfondimento al riguardo, anche con riferimento alle variazioni apportate all'*UAA* da parte degli stati che lo hanno recepito, si rimanda a Aa.VV, *The Uniform Arbitration Act*, in *Missouri Law Review*, vol. 48, n. 1, 1983, pp. 137-219.

⁸⁰ È nel 2000, infatti, come si dirà tra qualche riga, che venne redatto il *RUAA* e alcuni stati adottarono questa nuova versione.

⁸¹ Tant'è che la dottrina ha definito entrambi i provvedimenti alla stregua di «*bare bones acts*» proprio per evidenziarne il contenuto piuttosto carente; così FRANCIS J. PAVETTI, *Why the states should enact the Revised Uniform Arbitration Act*, in *Pepperdine Dispute Resolution Law*, vol. 3, n. 3, 2003, p. 443.

normativa – necessaria certo, ma anche piuttosto astratta – comportava, come si era verificato a livello federale con l'applicazione del *FAA*.

Proprio al fine di sopperire ad una regolamentazione vista talora come 'lacunosa' e in un'ottica di maggior tecnicismo normativo, a partire dal 1995⁸² la NCCUSL ha dato vita ad un progetto di revisione dell'UAA che è sfociato nel 2000 con la promulgazione del *Revised Uniform Arbitration Act*, ad oggi adottato da 18 stati⁸³, così da fornire delle più compiute «*statutory rules which facilitate the goal of making arbitration fairer, more efficient, expeditious and economical, while maintaining the consensual and finality attributes of arbitration as a litigation alternative*»⁸⁴.

Tale atto si differenzia da quello degli anni '50 proprio per delineare una serie di questioni di natura procedurale – ad esempio, le spese legali, rimedi cautelari, mezzi di comunicazione, *etc.* – che la disciplina previgente non aveva contemplato, dettando così una più compiuta disciplina adottabile dai singoli stati⁸⁵.

⁸² FRANCIS J. PAVETTI, *Why the states should enact the Revised Uniform Arbitration Act*, cit., p. 443.

⁸³ Come indicato nel sito web della commissione, all'indirizzo www.uniformlaws.org (ultima visita il 10 novembre 2021).

⁸⁴ FRANCIS J. PAVETTI, *Why the states should enact the Revised Uniform Arbitration Act*, cit, p. 445 s.; per un approfondimento sui pro e contro di tale emendamento si veda, oltre al contributo testé citato, anche MATTHEW E. BRAUN, *The Revised Uniform Arbitration Act*, in *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 18, n. 1, 2002, pp. 237-248.

⁸⁵ Cfr., in punto, TIMOTHY J. HEINSZ, *The Revised Uniform Arbitration Act: modernizing, revising, and clarifying arbitration law*, in *Journal of Dispute Resolution*, vol. 2001, n. 1, 2001, p. 2 s.

2.4 *Il significativo ruolo delle corti nell'accertamento della validità della clausola compromissoria.*

Le poche regole – e dal sapore ‘astratto’ – delineate in tema di arbitrato, sia a livello federale e statale, nonché i problemi interpretativi che siffatte disposizioni possono sollevare conferiscono alla predetta disciplina un carattere ‘caotico’, come rilevato in dottrina, ove si evidenzia come «*the FAA, the various states' arbitration laws, and the landmark decisions of the U.S. Supreme Court, the federal courts and - where applicable – state courts, create a very complex interplay which is not even very accessible to U.S. lawyers without particular arbitration experience*»⁸⁶.

Ed è sotto tale profilo, dunque, che alle corti viene richiesto un accertamento ‘sistematico’ ai fini di valutare la validità e l’efficacia di una clausola compromissoria. In sostanza la corte viene investita di un vaglio molteplice, come di seguito enunciato.

a) *In primis* la corte è tenuta a determinare quale sia la disciplina arbitrale applicabile alla fattispecie concreta, ossia accertare se la controversia rientra tra quelle disciplinate dal *FAA* – e quindi afferente al commercio interstatale (nell’ampio senso sopra inteso) – ovvero dalla legislazione statale⁸⁷. Si tratta di un profilo non del tutto irrilevante, attesa la sussistenza di normative statali che impongono dei criteri più restrittivi – rispetto a quelli sanciti dal *FAA* – ai fini della validità e dell’efficacia della

⁸⁶ STEPHAN WILSKÉ, *The Global Competition for the Best Place of Arbitration for International Arbitrations – A More or Less Biased Review of the Usual Suspects and Recent Newcomer*, in *Contemporary Asia Arbitration Journal*, vol. 1, n. 1, 2008, 43)

⁸⁷ Cfr. ALISON B. OVERBY, *Arbitrability of disputes under the Federal Arbitration Act*, cit., p. 1138 s.

clausola compromissoria; talora, invero, le discipline statali escludono l'arbitrabilità di talune controversie ovvero impongono dei criteri formali più stringenti rispetto alla sola forma scritta dell'accordo prescritta dal *FAA*⁸⁸. Pertanto, per scongiurare l'atteggiamento di alcune corti statali che dichiaravano l'invalidità di clausola compromissorie per contrasto con le regole prescritte a livello statale, disattendendo così il *FAA*, la giurisprudenza della Corte Suprema ha riconosciuto in diverse occasioni la prevalenza – c.d. '*preemption*' – del *FAA* rispetto alla normativa statale dettata in tema di arbitrato, laddove quest'ultima introduca delle prescrizioni che renderebbero invalida la clausola arbitrale nella fattispecie concreta⁸⁹; ove sia indi adita una corte statale innanzi alla quale venga dedotta la sussistenza di una clausola compromissoria ed emerga che la controversia rientra tra quelle a cui si estende l'applicabilità del *FAA*, la corte statale dovrà fare applicazione della normativa federale e non dunque quella statale⁹⁰, giungendosi così a riconoscere un vero e proprio diritto federale che «*that state courts must enforce*»⁹¹. Laddove invece la corte – statale o, se del caso, anche federale –

⁸⁸ Si veda ad esempio, il *Montana Arbitration Act* che prescrive non soltanto la forma scritta *ad substantiam* per la validità della clausola compromissoria, ma altresì l'indicazione – in carattere maiuscolo e sottolineato – nella prima pagina del contratto che lo stesso è soggetto a siffatta clausola; cfr. *Mont. Code Ann.* § 27-5-114: «(4) *Notice that a contract is subject to arbitration pursuant to this chapter shall be typed in underlined capital letters on the first page of the contract; and unless such notice is displayed thereon, the contract may not be subject to arbitration*».

⁸⁹ Cfr., sul punto, anche MICHAEL F. HOELLERLING, *Arbitrability of disputes*, in *The Business Lawyer*, vol. 41, n. 1, 1985, pp. 128 s.

⁹⁰ Ed invero, la circostanza che la controversia sia instaurata innanzi ad una corte federale o statale non preclude – per alcuna delle stesse – l'applicazione della disciplina statale o federale; come precisato anche in *R.J. Palmer Constr. v. Wichita Band Instrument*, 7 Kan. App. 2 (1982), p. 365: «*The Federal Arbitration Act [...] applies regardless of whether the action sounds in tort or in contract. If the federal act is applicable to a controversy, it will apply whether the action is pending in state or federal court*».

⁹¹ *Southland Corp. v. Keating*, cit., p. 35.

accerti che la controversia sia sottratta all'operatività del *FAA*, potrà trovare pacificamente applicazione la disciplina statale prevista in materia di arbitrato⁹² e, con essa, anche gli eventuali criteri più rigorosi che eventualmente comportino l'invalidità o l'inefficacia della clausola compromissoria.

b) La corte è poi chiamata a accertare se le parti hanno concluso una valida clausola arbitrale, anzitutto valutando la sussistenza dell'arbitrabilità in astratto della controversia, ossia se la controversia contemplata dalla clausola compromissoria afferisce a un ambito giuridico che consenta alle parti di derogare all'autorità giudiziaria o meno.

Al riguardo, invero, si può di certo convenire che l'atteggiamento delle corti statunitensi, in particolare di quella suprema, nell'interpretazione del *FAA* sia sempre stato quello di concedere in favore dei privati la massima discrezionalità per quanto concerne la '*substantive arbitrability*' delle controversie, ossia in quali ambiti contrattuali le parti possano ricorrere alla procedura arbitrale per la risoluzione della loro controversia; tuttavia si ravvisano alcune materie in relazione alle quali eventuali controversie vengono escluse dal novero di quelle su cui può intervenire la pronuncia di un lodo, a prescindere dalla volontà contrattuale delle parti.

Ciò può accadere anzitutto per la vigenza di normative – promulgate a livello federale o statale in determinate materie – che vengono interpretate dalle corti statunitensi nel senso di escludere l'arbitrabilità delle controversie

⁹² Cfr., ad esempio, *Lehman Props. v. Constr. Co., Inc.*, 81 Ark. App. 104 (2003), p. 109: «*The appellee purchased these supplies locally, all of the parties are situated in Arkansas, and the work was done in Arkansas. Moreover, the contract itself did not evidence a transaction involving interstate commerce. Thus, the judge was correct in finding that the FAA does not apply*».

civili ai fini di tutelare maggiormente il significativo e delicato interesse pubblico che esse sottendono⁹³. Talora, invece, sono le stesse legislazioni statali dettate in tema di arbitrato che, come già anticipato, escludono talune controversie dal novero di quelle arbitrabili, imponendo alle parti dunque il divieto di rinunciare alla tutela giurisdizionale ordinaria; ne costituisce un esempio⁹⁴ la versione previgente dell'*Arkansas Arbitration Act*, che, nel recepire l'*Uniform arbitration Act* escludeva l'arbitrabilità delle controversie in materia assicurativa, di illecito extracontrattuale e di rapporti di lavoro⁹⁵.

c) Ancora, la corte dovrà verificare se la clausola compromissoria conclusa dalle parti è valida alla luce delle regole generali dettate dal diritto dei contratti, attesa la clausola di salvezza contemplata sia nel *FAA* che nell'*UAA* e nel *RUAA* secondo cui la clausola compromissoria è valida, efficace e irrevocabile «*save upon such grounds as exist at law or in equity for the revocation of any contract*». In tal ottica, l'autorità giudiziaria dovrà trattare dunque la clausola compromissoria alla stregua di una qualunque clausola contrattuale, a doglianza della quale, dunque, potranno trovare applicazione i rimedi generali previsti a sanzione dell'invalidità del

⁹³ Ad esempio, per il *Security Act* del 1933, in materia di tutela del mercato azionario, la Corte Suprema – nel caso *Wilko v. Swan*, 346 U.S. 427 (1953) – riconosceva che il Congresso «*has enacted the Securities Act to protect the rights of investors, and has forbidden a waiver of any of those rights. [...] we decide that the intention of Congress concerning the sale of securities is better carried out by holding invalid such an agreement for arbitration of issues arising under the Act*» (ivi, p. 438).

⁹⁴ Oltre agli ulteriori che si illustreranno *infra*, al cap. III

⁹⁵ *AR Code* § 16-108-230 (2014): «*Uniform Arbitration Act – Savings clause – Certain actions excluded: [...] (b) This subchapter does not apply to: (1) Personal injury or tort matters; (2) Employer-employee disputes; or (3) An insured or beneficiary under any insurance policy or annuity contract*».

contratto⁹⁶; sotto questo profilo, atteso che la disciplina dei contratti è demandata principalmente ai singoli stati⁹⁷, la giurisprudenza uniformemente⁹⁸ richiama tra le cause di invalidità della clausola compromissoria «*fraud, duress or unconscionability*». Se il concetto di ‘*fraud*’ ricorda quello di ‘dolo’⁹⁹ e la nozione di ‘*duress*’ rimembra quella di ‘violenza’ – morale e fisica –¹⁰⁰ rispettivamente conosciuti dal nostro ordinamento, più ostica si pone la comprensione del concetto di ‘*unconscionability*’; quest’ultimo vizio si configura come rimedio di matrice giurisprudenziale da cui può scaturire l’annullamento di una clausola contrattuale – se non dell’intero contratto – laddove emerga il carattere intrinsecamente ‘ingiusto’ della medesima, o perché lo squilibrio di potere tra le parti in fase di trattative contrattuali precluda una concreta e genuina manifestazione di volontà di una parte a vantaggio dell’altra (c.d. ‘*procedural*

⁹⁶ Cfr. BRIAN FARKAS, *The continuing voice of dissent: Justice Thomas and the Federal Arbitration Act*, in *Harvard Negotiation Law Review*, vol. 22, 2016, p. 72, nt. 176, il quale osserva come la clausola di salvezza «*seems to allow courts to rely on general contract defenses to decline enforcement of arbitration agreements*»; cfr. altresì JON O. SHIMABUKURO - JENNIFER A. STAMAN, *Mandatory arbitration and the Federal Arbitration Act*, cit., p. 9, che evidenziano come «*pursuant to the FAA’s saving clause[,] arbitration agreements may be rendered unenforceable based on factors that would invalidate the contract as a whole*».

⁹⁷ Cfr. EDWARD ALLAN FARNSWORTH, *An introduction to the legal system of the United States*, cit., p. 122, che sottolinea come il diritto dei contratti «*is largely state rather than federal law, but it usually differs only in details from one state to another*».

⁹⁸ A partire da *Doctor’s Associates, Inc. v. Casarotto*, 517 U.S. 681 (1996); cfr., in particolare, p. 687: «*[...] generally applicable contract defenses, such as fraud, duress, or unconscionability, may be applied to invalidate arbitration agreements without contravening § 2 [FAA]. [...] Courts may not, however, invalidate arbitration agreements under state laws applicable only to arbitration provisions*».

⁹⁹ Cfr. HENRY CAMPBELL BLACK, voce ‘*fraud*’, in *Black’s Law Dictionary*, St. Paul, West Publishing Co., 4th ed., 1968, p. 788 s.

¹⁰⁰ Cfr. HENRY CAMPBELL BLACK, voce ‘*duress*’, in *Black’s Law Dictionary*, cit., p. 594.

substantiability’)¹⁰¹ o perché la clausola presenta un contenuto significativamente pregiudizievole nei confronti di una parte e marcatamente favorevole a vantaggio dell’altra (c.d. ‘*substantial unconscionability*’)¹⁰².

Senza alcuna pretesa di presentare in maniera compiuta un istituto sul quale ancora oggi non sia ravvisabile una definizione univoca o ‘tipizzata’¹⁰³, il cui accertamento pertanto deve essere perseguito «*in the light of its setting, purpose and effects [...] on a case by case basis*»¹⁰⁴ e che, peraltro, presenta comunque caratteri che possono differire da stato a stato¹⁰⁵, si è ritenuto opportuno quanto meno richiamarne il contenuto essenziale dell’*unconscionability*¹⁰⁶, giacché, siffatto vizio verrà menzionato nell’esposizione casistica oggetto capitolo successivo.

4) infine¹⁰⁷, la corte sarà tenuta ad accertare la sussistenza dell’arbitrabilità in concreto della controversia, ossia se quella determinata

¹⁰¹ La clausola, per utilizzare le parole delle corti, «[is] *presented on a take-it-or-leave-it basis and it [is] oppressive due to an inequality of bargaining power that result[ed] in no real negotiation and an absence of meaningful choice*»; così *Galen v. Redfin Corp.*, Case No. 14-cv-05229-TEH (N.D. Cal. Dec. 1, 2015), non pubblicata nei registri ufficiali e reperibile all’indirizzo www.casetext.com/case/galen-v-redfin-corp-2, p. 13.

¹⁰² Cfr. *Galen v. Redfin Corp.*, cit., p. 13: «*Substantive unconscionability is shown where a provision produces “overly harsh” or “one-sided” results*».

¹⁰³ Cfr. *Miller v. Cotter*, 448 Mass. 671 (2007), p. 679.

¹⁰⁴ *Miller v. Cotter*, cit., p. 679.

¹⁰⁵ Talora, invero, la *case law* di taluni stati – come quella californiana – richiede la contemporanea sussistenza di entrambi i profili di *unconscionability* ai fini dell’integrazione di tale vizio.

¹⁰⁶ Per una più attenta disamina dell’*unconscionability*, specie in relazione ai contratti di adesione, si veda DAVID HORTON, *Unconscionability wars*, in *Northwestern University Law Review*, vol. 106, n. 1, 2012, spec. pp. 390-394.

¹⁰⁷ Un ulteriore e risalente limite, poi superato dalla giurisprudenza della Corte Suprema, si ravvisava nella c.d. giustiziabilità della controversia: la corte cioè prima di riconoscere come efficace una clausola arbitrale doveva procedere ad un vaglio nel merito della controversia per valutare se la stessa fosse meritevole di tutela, nel senso che la controversia sarebbe potuta essere decisa nel merito anche dalla stessa corte, escludendo

controversia insorta tra le parti era ricompresa o meno nel novero di quelle che i contraenti intendevano demandare al giudizio dell'arbitro; si tratta quest'ultimo di un profilo che parrebbe *prima facie* insussistente e che invece incontra un significativo risvolto applicativo che dipende dal modo in cui la clausola è stata formulata e dall'intenzione originaria dei contraenti, specie

così cause in cui non sussisteva una vera e propria disputa, oppure la disputa assumeva un rilievo 'insignificante'. Tale approccio è stato in seguito abbandonato nel 1960 con la decisione *Steelworkers v. American Mfg. Co.*, 363 U.S. 564 (1960) in cui la suprema corte ha riconosciuto la presunzione di arbitrabilità delle controversie precludendo alla corte il vaglio sul merito della disputa, statuendo che «*The courts, therefore, have no business weighing the merits of the grievance, considering whether there is equity in a particular claim, or determining whether there is particular language in the written instrument which will support the claim. The agreement is to submit all grievances to arbitration, not merely those which the court will deem meritorious. The processing of even frivolous claims may have therapeutic values of which those who are not a part of the plant environment may be quite unaware*».

ove le parti facciano ricorso ad espressioni generiche o suscettibili di molteplici interpretazioni^{108 109}.

¹⁰⁸ Si pensi a una clausola compromissoria circoscritta ‘a tutte le controversie nascenti dal contratto’ ovvero ‘solo alle controversie concernenti il corrispettivo’. Al riguardo, peraltro, le parti potrebbero anche contemplare una c.d. ‘*delegating clause*’, quale parte della clausola compromissoria nella quale esse prevedono che la stessa controversia circa l’arbitrabilità o meno della lite sia rimessa al giudizio dell’arbitro ovvero del giudice; cfr. MICHAEL R. STANLEY, *U.S. Supreme Court continues to define contours of arbitration under FAA*, in *Massachusetts Lawyers Weekly*, 2019, all’indirizzo www.masslawyersweekly.com/2019/01/31/u-s-supreme-court-continues-to-define-contours-of-arbitration-under-faa/ (ultima visita il 10 novembre 2021). Un ulteriore problema che può sorgere da una generica formulazione della clausola compromissoria concerne l’applicabilità della disciplina arbitrale allo strumento conciliativo individuato dalle parti, al di là, dunque, del *nomen iuris* attribuito dalle stesse; in tal ottica, invero, un accordo che preveda l’esperienza del procedimento di mediazione ai fini della risoluzione delle controversie parrebbe escludere l’operatività della disciplina arbitrale; cfr., in punto, DAVID J. MCLEAN - SEAN-PATRICK WILSON, *FAA applicability to med-arb agreements*, in *New York Law Journal*, vol. 240, n. 8, 2008, pag. 1, col. 3; tuttavia, alcune corti interpretano in maniera estensiva la nozione di arbitrato, sì da sancire, in via analogica, l’applicabilità della legislazione arbitrale anche alla procedura di mediazione; così, la Northern District Court dell’Illinois che, nella decisione *Cecala v. Moore*, 982 F. Supp. 609 (N.D. Ill. 1997) ha ritenuto applicabile la normativa statale in tema di arbitrato – l’*Illinois Uniform Arbitration Act* – alla clausola di mediazione sottoscritta dalle parti, rimettendole innanzi all’arbitro. Altre corti, al contrario, hanno interpretato in maniera restrittiva la nozione di arbitrato, escludendo l’applicabilità della normativa dettata in materia laddove le stesse abbiano previsto nella clausola l’opzione – in via alternativa – tra mediazione o arbitrato, con la conseguenza che, ad avviso della giurisprudenza, non sussisterebbe un obbligo in capo alle parti di esperire la procedura arbitrale, ma soltanto la facoltà – peraltro alternativa – di raggiungere ad un accordo stragiudiziale, con esclusione dell’applicazione della normativa in tema di arbitrato; in sostanza, come si legge in *Advanced Bodycare Sols., LLC v. Thione Int’l, Inc.*, 524 F.3d 1235 (11th Cir. 2008): «*this alternative dispute mechanism merely provides a forum for the parties to pursue pre-suit settlement negotiations: Within this forum, the arbitral procedure is simply one option that the aggrieved party may or may not invoke, having the alternative option of pursuing mediation. Because the contract does not require [the aggrieved party] to invoke the arbitral aspect of the alternative dispute resolution mechanism, and because an agreement to mediate is generally not susceptible to FAA enforcement, [...] there was no agreement to arbitrate this dispute within the meaning of the FAA and this court lacks authority to stay the case pending arbitration pursuant to 9 U.S.C. §3*». La questione tuttavia, parrebbe complicarsi per quelle clausole che, anziché prevedere la sola mediazione o l’alternativa tra mediazione e arbitrato, contemplano entrambi i rimedi, da esperirsi uno rispettivamente in precedenza all’altro, e solo ove il

primo abbia esito infruttuoso (c.d. ‘*med-arb agreement*’); ciò non ostante, in tali ipotesi, la giurisprudenza ha mostrato nuovamente la propria politica di *favor* dell’arbitrato, ritenendo in tali casi la mediazione parte integrante del procedimento arbitrale, e riconoscendo dunque, alla parte insoddisfatta, la possibilità di esperire la procedura di mediazione alla quale, in caso di esito negativo, dovrà necessariamente seguire quella arbitrale; cfr. DAVID J. MCLEAN - SEAN-PATRICK WILSON, *FAA applicability to med-arb agreements*, cit., p. 2, col. 2.

¹⁰⁹ Il problema di una congrua redazione della clausola compromissoria è uno dei più rilevanti in quanto può sollevare delle problematiche piuttosto significative e idonee – nei casi più estremi – a precludere alla corte di riconoscerne la validità o l’efficacia, tant’è che si suole parlare di clausole arbitrali patologiche; con quest’espressione, coniata per la prima volta da FRÉDÉRIC EISEMANN (*La clause d’arbitrage pathologique*, in *Arbitrage commercial: essais in memoriam Eugenio Minoli*, UTET, Torino, 1974, pp. 129-161), ci si riferisce a «convenzioni d’arbitrato che, a causa dell’incerta ed ambigua formulazione, non possono definirsi efficaci e, quindi, (i) produrre l’effetto obbligatorio in capo alle parti di ricorrere all’arbitrato; (ii) escludere l’intervento delle corti nazionali; (iii) generare il potere, in capo agli arbitri, di emettere un lodo risolutivo della controversia; e (iv) consentire che venga iniziato un procedimento arbitrale da cui scaturirà un lodo vincolante per le parti» (Giovanni Zarra, *Il principio del favor arbitrati e le convenzioni arbitrali patologiche nei contratti commerciali internazionali*, in *Rivista dell’Arbitrato*, anno 25, f. 1, p. 138 s.). Tale rilievo dipende anche dalla circostanza che sovente le clausole compromissorie vengono inserite all’esito di una lunga trattativa negoziale, quando cioè i termini del contratto sono fissati¹⁰⁹ – in maniera anche meticolosa – e da ultimo una delle parti rappresenta l’intenzione di inserire una clausola arbitrale, che viene formulata senza molto indugio; con riferimento a tali circostanze, gli avvocati statunitensi sogliono ricorrere a termini quali ‘*midnight clause*’ – detatta proprio dall’exasperazione di concludere l’accordo ormai raggiunto – o anche ‘*champagne clause*’ – quando si è cioè in procinto di festeggiare la conclusione del contratto – con la conseguenza che ne viene pregiudicata una corretta e meditata formulazione; cfr., in punto, HAROUT J. SAMRA - RAMYA RAMACHANDERAN, *A cure for everly ill? Remedies for “pathological” arbitration clauses*, cit., p. 1111 e NANCY HOLTZ, *Beware the midnight clause: hold the champagne?*, in *JAMS*, 19 febbraio 2016, p. 1, col. 2, all’indirizzo web <https://www.jdsupra.com/post/contentViewerEmbed.aspx?fid=c85b1a9b-29b0-459a-82d9-a98a7e07ed94> (ultima visita il 10 novembre 2021). Per scongiurare tali rischi si ritengono adeguati il parametro individuato da Frederick Eisman (v. *supra*) nel 1974 secondo cui ai fini di redigere una clausola valida ed efficace la stessa dovrebbe assolvere quattro funzioni: produrre effetti obbligatori tra le parti; escludere l’intervento statale nella risoluzione della disputa; attribuire ad un terzo il potere di dirimere la controversia, con la possibilità – legislativamente prevista – di investire la corte solo a lodo promulgato; contemplare una procedura arbitrale che garantisca celerità ed efficienza nella risoluzione della lite, mediante la pronuncia di una decisione suscettibile di essere resa esecutiva in sede giudiziale; così, come richiamati da HAROUT J. SAMRA - RAMYA RAMACHANDERAN, *A cure for everly ill? Remedies for “pathological” arbitration clauses*, cit., pp. 1111: «[...] arbitration clause must fulfill four essential functions: (1) produce mandatory consequences

Merita, a questo punto, un richiamo anche all'eventuale aspetto patologico del lodo pronunciato all'esito della procedura arbitrale. Sia lo statuto federale che quello statale in tema di arbitrato oltre a contemplare le ipotesi tipiche di modifica o correzione del lodo, sanciscono i motivi in virtù dei quali, su istanza di parte, una corte può pronunciare l'annullamento dello stesso.

I vizi che rendono il lodo annullabile sono individuati in maniera pressoché uniforme sia dal *FAA* che dall'*UAA* – nonché dalla versione novellata di quest'ultimo, il *RUAA* – e attengono, principalmente, a rilievi di tipo procedurale, determinati da una condotta, dolosa o colposa ma comunque illegittima, dell'arbitro; in particolare, essi si sostanziano nella corruzione dell'arbitrato o nella sua evidente parzialità¹¹⁰; nel rifiuto ingiustificato

for the parties; (2) exclude the intervention of State courts in the settlement of the disputes, at least before the issuance of the award; (3) give powers to the arbitrators to resolve the disputes likely to arise between the parties; and (4) implement a procedure which fosters the best conditions of efficiency and speed resulting in a final award that is susceptible to judicial enforcement»; ancora, sulla clausola arbitrale 'patologica' in generale, si veda, fra tutti, FRANK MORTEN, *Interpretation of pathological arbitration agreements: non-existing and Inaccessible Elements*, in *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, vol. 20, n. 3, 2020; FREDERICK E. SHERMAN - STEVEN C. BENNETT, *Avoiding Pathological Arbitration Clauses*, in *The Practical Lawyer*, Vol. 52, n. 4, 2006, pp. 43-50; Fouchard Gaillard Goldman on *International Commercial Arbitration*, a cura di Emmanuel Gaillard - John Savag The Hague, Kluwer Law International, 1999, pp. 262-268; PIERRE A. KARRER, *Pathological arbitration clauses – Malpractice, diagnosis and therapy*, in *The International Practice of Law. Liber amicorum for Thomas Bar and Robert Karrer*, a cura di Nedim Peter Vogt, Helbing Lichtenhahn, Basel, 1997, pp. 109-128. Sulla congrua modalità di redazione della clausola compromissoria si vedano in particolare AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION, *Drafting Dispute Resolution Clauses – A Practical Guide*, AAA, Inc., New York, 2013 e JOHN M. TOWNSEND, *Drafting arbitration clauses: avoiding the 7 deadly sins*, in *Dispute Resolution Journal*, vol. 58, n. 1, pp. 1-7.

¹¹⁰ Cfr. 9 U.S.C. § 10, l. a), n. 1 e 2: «[...] *the award was procured by corruption, fraud, or undue means [or] there was evident partiality or corruption in the arbitrators, or either of them*»; cfr. *UAA*, § 12, l. a), n. 1 e 2: «(1) *The award was procured by corruption,*

dell'arbitro di differire l'udienza in presenza di un giustificato motivo ovvero nell'omessa valutazione di prove con pregiudizio dei diritti delle parti¹¹¹; l'eccesso di potere¹¹², che si configura quando si pronuncia oltre l'ambito decisorio conferitogli dalle parti; e ancora, annoverato nella sole disposizioni adottate a livello statale, qualora non sussista alcuna clausola compromissoria e il procedimento si sia comunque svolto pur con la tempestiva opposizione di una delle parti¹¹³.

Si tratta dunque, di rilievi che non determinano un annullamento della decisione sulla base di un'analisi del merito della stessa, che invece può

fraud or other undue means; (2) There was evident partiality by an arbitrator appointed as a neutral or corruption in any of the arbitrators or misconduct prejudicing the rights of any party»; cfr. RUAA, § 23, l. a), n. 1 e 2: «(1) the award was procured by corruption, fraud, or other undue means; (2) there was: (A) evident partiality by an arbitrator appointed as a neutral (B) corruption by an arbitrator; or (C) misconduct by an arbitrator prejudicing the rights of a party to the arbitration proceeding».

¹¹¹ Cfr. 9 U.S.C. § 10, l. a), n. 3: «[...] the arbitrators were guilty of misconduct in refusing to postpone the hearing, upon sufficient cause shown, or in refusing to hear evidence pertinent and material to the controversy; or of any other misbehavior by which the rights of any party have been prejudiced»; cfr. UAA, § 12, l. a), n. 4: «The arbitrators refused to postpone the hearing upon sufficient cause being shown therefor or refused to hear evidence material to the controversy or otherwise so conducted the hearing, contrary to the provisions of Section 5, as to prejudice substantially the rights of a party»; cfr. RUAA, § 23, l. a), n. 3: «an arbitrator refused to postpone the hearing upon showing of sufficient cause for postponement, refused to consider evidence material to the controversy, or otherwise conducted the hearing contrary to Section 15, so as to prejudice substantially the rights of a party to the arbitration proceeding».

¹¹² Cfr. 9 U.S.C. § 10, l. a), n. 4: «[...] the arbitrators exceeded their powers, or so imperfectly executed them that a mutual, final, and definite award upon the subject matter submitted was not made»; cfr. UAA, § 12, l. a), n. 3: «The arbitrators exceeded their powers»; cfr. RUAA, § 23, l. a), n. 4: «an arbitrator exceeded the arbitrator's powers».

¹¹³ Cfr. UAA, § 12, l. a), n. 5: «There was no arbitration agreement and the issue was not adversely determined in proceedings under Section 2 and the party did not participate in the arbitration hearing without raising the objection»; cfr. RUAA, § 23, l. a), n. 5: «there was no agreement to arbitrate, unless the person participated in the arbitration proceeding without raising the objection under Section 15(c) not later than the beginning of the arbitration hearing».

trovare luogo, in virtù di due ulteriori difese, quali il ‘*manifest disregard of the law*’ e la contrarietà alla ‘*public policy*’¹¹⁴.

La prima è uno ‘standard’ di creazione giurisprudenziale a cui ricorrono le corti qualora la decisione sia stata assunta dall’arbitro in totale ‘spregio’ della disciplina risolutiva del caso¹¹⁵, in sostanza laddove «*the governing law may have such widespread familiarity, pristine clarity, and irrefutable applicability that a court could assume the arbitrators knew the rule and, notwithstanding, swept it under the rug*»¹¹⁶; si pensi al caso di vigenza di una norma inderogabile che venga manifestamente disapplicata dall’arbitro.

Il concetto di ‘*public policy*’ permea invece qualsiasi aspetto dell’ordinamento, sì da non richiederne – anch’esso – una formalizzazione statutaria, lasciando il compito di definirne i connotati alla giurisprudenza e alla dottrina, che lo configurano quale «*policy the objective of which is the common good; it is a policy which its maker believes will serve the people well*»¹¹⁷ come manifestato nella costituzione, nei trattati negli statuti federali e nei precedenti vincolanti¹¹⁸; siffatto principio – che potrebbe rievocare, con le dovute cautele, quello di ‘ordine pubblico’ del nostro ordinamento – trarrebbe origine dal contratto sociale su cui si fondò l’ordinamento

¹¹⁴ Cfr. NICHOLAS WALTER, *Religious arbitration in the United States and Canada*, in *Santa Clara Law Review*, vol. 52, n. 2, 2012, p. 518: «[...] courts may vacate awards given under federal or state law on the grounds that they violate “public policy” or show “manifest disregard for the law”. This enables courts to vacate awards that clash with certain federal or state constitutional rights».

¹¹⁵ Cfr. MICHAEL H. LEROY, *Are arbitrators above the law? The ‘manifest disregard of the law’ standard*, in *Boston College Law Review*, vol. 52, n. 1, 2011, p. 139 ss., che evidenzia anche come non vi sia una giurisprudenza costante al riguardo.

¹¹⁶ *Advest, Inc. v. McCarthy*, 914 F.2d 6 (1st Cir. 1990), p. 10.

¹¹⁷ RICHARD H. W. MALOY, *Public policy – Who should make it in America’s oligarchy*, in *Detroit College of Law at Michigan State University Law Review*, vol. 1998, n. 4, 1998, p. 1158.

¹¹⁸ Cfr. *Hurd v. Hodge*, 334 U.S. 24 (1948), p. 35.

statunitense e che legittima quell'eccezionale intromissione del potere autoritativo nei rapporti privatistici sulla considerazione che «*individual parties cannot force the peoples' governmental representatives to exercise social-contract power to enforce agreements prohibited by the majority*»¹¹⁹.

Anch'esso, dunque consentirebbe una censura del lodo laddove questo – nel merito – si ponga in contrasto con dei principi fondamentali dell'ordinamento cui neppure la volontà dei privati o la decisione del terzo possono disattendere.

3. La disciplina della libertà religiosa negli Stati Uniti d'America: uno sguardo alle garanzie costituzionali.

Il tema della libertà religiosa negli Stati Uniti d'America ha fatto gettare un'ingente quantità di inchiostro – sin dal momento della sua fondazione – sia alle corti statunitensi nonché agli *scholars* che nell'arco di decenni si sono adoperati per tracciarne i contenuti, i profili problematici e le criticità che ancora oggi paiono non sopirsi.

Sebbene un'esposizione completa della disciplina del fenomeno religioso nell'ordinamento statunitense non sia l'oggetto precipuo della presente analisi, ciò non ostante, al fine non solo di comprendere – in modo esaustivo – lo sviluppo e le caratteristiche dell'arbitrato cristiano, ma soprattutto allo scopo di coglierne le criticità che emergono nel dialogo tra il

¹¹⁹ JONATHAN A. MARCANTEL, *The crumbled difference between legal and illegal arbitration awards: hall street associates and the waning public policy exception*, in *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, vol. 14, n. 3, p. 611.

predetto istituto e il vaglio delle corti¹²⁰, si rende indispensabile delineare i tratti essenziali della disciplina ecclesiastica nell'ordinamento statunitense, tentando dunque, in questa sede, di richiamare – in maniera sintetica e per quanto possibile compiuta – i fondamenti normativi e i concetti nodali che vigono in tema di libertà religiosa nel sistema statunitense, a partire dalle radici storiche e dalle attuazioni contemporanee di tale principio, per dotarsi così degli strumenti nozionistici imprescindibili ai fini di una congrua riflessione critica – nel prosieguo – intorno al fenomeno dell'arbitrato religioso con particolare riferimento al *christian arbitration*.

3.1. *Brevi cenni storico-evolutivi.*

L'attuale configurazione giuridica del fenomeno religioso negli Stati Uniti è il risultato di un processo evolutivo – *in primis* di natura sia politica che sociale – che trae origine dallo stanziamento sul suolo americano delle prime colonie europee a partire dal XVII secolo, alla presenza di popolazioni autoctone – i nativi-americani –, i cui contatti con la sfera religiosa si sostanziavano nell'esclusiva forma di fedi politeiste o comunque animiste¹²¹. I primi insediamenti separati dal dominio europeo si ravvisavano invero ad inizio del '600 nella zona del Massachussets e vedevano come protagonisti i c.d. *pilgrims*, gruppi di dissidenti inglesi in contrasto con la Chiesa

¹²⁰ Come verrà illustrato *infra*, nel cap. IV.

¹²¹ Cfr. ASHLEY ISAACSON WOOLLEY, voce *United States*, in *Encyclopedia of law and religion*, a cura di Gerhard Robbers e W. Cole Durham Jr., Leiden – Boston, Brill – Nijhoff, vol. 2, 2016, pp. 231. Peraltro, vale qui precisare che alcuni dei costumi religiosi tipici dei nativi americani saranno oggetto anche di attenzione da parte della giurisprudenza, come dimostra il caso *Employment Div. v. Smith*, 494 U.S. 872, 110 S. Ct. 1595 (1990), – che richiameremo brevemente in seguito – in cui viene sottoposta al vaglio della corte la legittimità o meno dell'utilizzo della droga peyote per fini sacramentali.

d'Inghilterra e con il confessionismo di stato e alla ricerca di un ideale di religione praticata in maniera pacifica, avulsa da ogni costrizione o imposizione a livello governativo¹²². A questo primo insediamento si susseguirono ulteriori colonizzazioni, nella zona dell'est, da parte di inglesi protestanti e di alcuni piccoli gruppi di cattolici e di ebrei¹²³.

Sin dal principio e per tutto il secolo successivo, dunque, si assistette alla formazione di nuovi gruppi religiosi protestanti come presbiteriani, metodisti e battisti, sì che è possibile convenire come le popolazioni delle colonie certamente rappresentassero – quasi in antitesi al modello continentale europeo – un esempio di pluralismo religioso, giungendo ad offrire una sorta di configurazione sociale odierna *ante litteram* –, benché non si possa ancora parlare di una tolleranza religiosa propriamente garantita dal diritto, e in taluni casi nemmeno accettata di fatto, specie all'interno di talune colonie ove era sovente il verificarsi anche di episodi persecutori e di emarginazione a carico di dissidenti o eretici, in particolare quaccheri e cattolici, come in territori del Massachussets – specie nella colonia di Plymouth, divenuta luogo di insediamento di nuclei di puritani¹²⁴. Ciò

¹²² Cfr. ASHLEY ISAACSON WOOLLEY, voce *United States*, cit., p. 231; si veda altresì CHARLES KELBLEY, *Modeling Church and State: the ideological use of history in Establishment Clause jurisprudence*, in *Ohio Northern University Law Review*, vol. 38, n. 2, 2012, pp. 639-700, il quale richiama il significativo contributo di Roger Williams, fondatore dello stato del Rhode Island, nella diffusione del concetto di libertà religiosa nelle prime colonie nel diciassettesimo secolo.

¹²³ Cfr. ASHLEY ISAACSON WOOLLEY, voce *United States*, cit., p. 231, la quale sottolinea come «*these settlers consciously sought to break free from the entrenched historical European religion and establish a new godly society*».

¹²⁴ Cfr. ASHLEY ISAACSON WOOLLEY, voce *United States*, cit., p. 231. Sul punto si veda anche TYLER BROKER, *Church and state originalism*, in *University of Memphis Law Review*, vol. 50, n. 1, 2019, p. 5, nt. 8, il quale critica l'utilizzo del generico termine 'cristiani' per indicare *tout court* la configurazione religiosa della società dell'epoca, attesa la pluralità di confessioni spesso confliggenti tra di esse: «*the differences between Episcopalians, Baptists, Congregationalists, Lutherans, Presbyterians, Methodists, and*

nondimeno alcune colonie, come nel Maryland – il primo stato a tutelare giuridicamente, benché a ‘singhiozzo’¹²⁵, la libertà di religione – e altri stati quali New Jersey e Pennsylvania si atteggiavano a territori inclini al riconoscimento di una generale tolleranza religiosa e quindi un rifugio per quelle minoranze che cercavano riparo dalle ostracizzazioni subite nelle comunità più chiuse¹²⁶. Come riassunto in modo significativo, dunque, nel periodo pre-rivoluzionario si erano venuti a configurare «tre tipi di atteggiamento e di situazione: in un primo gruppo, che comprendeva Massachusetts, Connecticut, New Hampshire, Virginia, North Carolina e South Carolina, vi erano chiese stabilite; in un secondo gruppo – New York, New Jersey, Maryland e Georgia, vi erano bensì forme di riconoscimento di varie chiese, ma esso non aveva alcuna stabilità; nel terzo gruppo – Pennsylvania, Rhode Island e Delaware – non vi erano chiese stabilite e larga era la misura di libertà religiosa che vi si godeva»¹²⁷.

In seguito, l’unificazione delle prime colonie e la proclamata indipendenza dall’Inghilterra, benché affondasse le proprie radici in moventi politici – quali tassazione eccessiva, mancanza di rappresentanza politica,

Quakers were vast from a theological standpoint, and these significant differences often led to social conflicts, even violence».

¹²⁵ Cfr. ASHLEY ISAACSON WOOLLEY, voce *United States*, cit., p. 231: «*Maryland [...] was the first state to pass a religious freedom law, in 1649, although the law was repealed and re-enacted several times over the next century and a half*»; cfr. altresì VALENTINA VALENTINI, *Gli Stati Uniti e la religione. Separatismo e libertà religiosa nella democrazia americana*, Milano, Cedam, 2010, p. 19

¹²⁶ Cfr ASHLEY ISAACSON WOOLLEY, voce *United States*, cit., p. 231.

¹²⁷ GIUSEPPE BUTTÀ, *The First Liberty. Politica e religione nell’età della formazione degli Stati Uniti d’America*, in *La libertà religiosa*, a cura di Mario Tedeschi, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2002, p. 470.

*etc.*¹²⁸ – fu altresì l’occasione per delineare nella seconda metà del XVIII secolo la cesura definitiva da quella che era avvertita un’ingiusta ingerenza della Chiesa d’Inghilterra nel fenomeno religioso delle colonie¹²⁹.

Ed è appunto nella stessa Dichiarazione d’Indipendenza del 1776 che da un lato viene recepito quel contegno di incondizionato riconoscimento dell’esistenza del divino¹³⁰, ma con la consapevole e volontaria adesione ad un’ideale religioso ‘aconfessionale’, disancorato cioè dai dogmi di una o dell’altra chiesa e radicato invece sui valori propri della tradizione giudaico-cristiana che connotava i costituenti, e dall’altro, al contempo, viene preannunciato quel regime separatista in seguito reso esplicito con l’adozione del Primo emendamento¹³¹.

Siffatta visione – che ancora oggi riecheggia nel nazionalismo a volte esasperato tipico della nazione statunitense – germogliava da una pretesa alleanza intercorsa tra il popolo americano e Dio, sì che – quasi a ricalcare l’antica *pax deorum* romanistica –, il destino della nuova confederazione sarebbe stato dettato in conformità all’osservanza ovvero alla disobbedienza

¹²⁸ Cfr. TYLER BROKER, *Church and state originalism*, cit., p. 5, il quale evidenzia come la preoccupazione preponderante dei padri fondatori all’epoca della rivoluzione americana si ravvisasse nell’ottenimento di adeguate «*limitations of the power of federal government in general and, more particularly, limitations on the government’s power to tax*».

¹²⁹ Cfr. ASHLEY ISAACSON WOOLLEY, voce *United States*, cit., p. 231.

¹³⁰ Che si evince dal ricorso a locuzioni o termini quali ‘*God’s nature*’ o ‘*Creator*’ ivi contenuti, per giustificare l’uguaglianza degli uomini e così la volontà di separarsi dalla Gran Bretagna. Da ciò si deduce altresì la vicinanza – o comunque l’influenza – rispetto al deismo di alcuni Padri fondatori, come Thomas Jefferson. Per un approfondimento sulla religione dei Padri costituenti e con specifico riferimento alla predominante influenza del cristianesimo, si segnala, tra gli altri, THOMAS S. KIDD, *God of liberty: a religious history of the American revolution*, New York, Basic, 2010.

¹³¹ Cfr. ASHLEY ISAACSON WOOLLEY, voce *United States*, cit., p. 231.

della stessa neonata nazione a Dio¹³², inteso alla stregua di principi cristiani di carattere universale, in quanto espressi «*in a non-denominational manner*»¹³³.

Tale atteggiamento politico – di distacco dell'autorità statale dal fenomeno religioso e al contempo di innegabile vincolo costituito dalla propria tradizione – incontrerà dunque la propria consacrazione nel 1791 con la promulgazione del Primo emendamento ad opera del Congresso federale, una 'novella' che, assieme agli altri nove emendamenti, dà vita al riconoscimento di un novero di diritti fondamentali dei singoli rispetto al potere federale – peculiarità che ne varrà la denominazione di '*Bill of Rights*' – tra cui il diritto alla libertà religiosa. Sotto questo profilo, mediante l'enunciazione a livello costituzionale del principio di libertà religiosa – declinata con la previsione di un espresso divieto in seno al Congresso di adottare interventi normativi che comportino il riconoscimento di una religione ufficiale (c.d. *Establishment Clause*) ovvero limitino l'esercizio della fede religiosa dell'individuo (c.d. *Free Exercise Clause*) viene definitivamente sconfitta quella «*millenium-old assumptions inherited from western Europe – that one form of Christianity must be established in a community and that the state must protect and support it against all other*

¹³² Cfr. VALENTINA VALENTINI, *Gli Stati Uniti e la religione*, cit., p. 6 che evidenzia proprio come i fondatori «ritennero di aver stipulato un nuovo accordo con il Signore, analogo a quello stipulato con le tribù d'Israele, tanto da far coincidere i concetti 'contratto sociale' e 'covenant', il patto con Dio».

¹³³ ASHLEY ISAACSON WOOLLEY, voce *United States*, cit., p. 231. Si potrebbe ritenere addirittura ritenere, quanto meno per l'assetto odierno, che «il Dio della religione americana è un Dio propriamente americano che non si identifica col Dio dei cristiani, né col Dio degli ebrei, dei musulmani o dei mormoni»; così EMILIO GENTILE, *La democrazia di Dio. La religione americana nell'era dell'impero e del terrore*, Roma – Bari, Laterza, 2015, p. VI.

forms of faith [...]» mentre trova avallo l'idea per cui «*all form of christianity had to stand on their own feet and on a equal footing with all the religions»*¹³⁴.

Il XIX secolo, oltre all'espansione territoriale e all'adesioni di nuovi stati al governo federale¹³⁵ vide altresì profilarsi una vera e propria proliferazione delle chiese evangeliche, specie negli stati meridionali, nei confronti dei quali ancor oggi ci si riferisce con il termine '*bible belt*'¹³⁶; il successo delle chiese evangeliche protagoniste del 1800 ha ceduto in seguito il posto – già a partire dalla prima metà del secolo scorso – alla diffusione di variegati fenomeni religiosi dovuti in particolare al flusso migratorio di nuove comunità di persone provenienti da vari paesi del Medioriente, dell'Africa e dell'Asia, sì da sancire definitivamente quel pluralismo non solo sociale, ma anche religioso¹³⁷ che continua a contraddistinguere il territorio

¹³⁴ MICHAEL J. BROYDE, *Historical foundations and enduring fundamentals of American religious freedom*, in *Studies in Christian Ethics*, vol. 33, n. 2, 2020, p. 157.

¹³⁵ A fine '800 gli Stati Uniti risultavano composti da 45 stati, per un'estensione territoriale che dalla costa atlantica giungeva a quella dell'oceano Pacifico.

¹³⁶ Il termine, dal sapore piuttosto dispregiativo, venne coniato negli anni '20 dal giornalista Henry Louise Mencken per riferirsi a quelle zone del sud degli Stati Uniti ove le Sacre Scritture venivano – e talora, ancora oggi, vengono – interpretate secondo un significato esclusivamente letterale, attesa la diffusione di chiese protestanti conservatrici che dominano la scena politica e sociale; cfr., sul punto, AA.VV., voce *Bible belt*, in *Encyclopedia of religion in American politics*, a cura di Jeffrey D. Schultz, John G. West e Iain Maclean, Phoenix, Oryx Press, 1999; cfr. anche ASHLEY ISAACSON WOOLLEY, voce *United States*, cit., p. 232, che evidenzia come nelle aree rurali e meno industrializzate del sud i ministri del culto perseveravano nella diffusione della c.d. '*covenant theology*', in virtù della quale «*the salvaton of souls is the salvation of the nation*».

¹³⁷ Cfr. ASHLEY ISAACSON WOOLLEY, voce *United States*, cit., p. 233: «*If the 19th century was the age of Evangelicalism, the 20th century was the age of pluralism. Protestant denominations continued to proliferate and evolve, while immigration and globalization diversified the religious landscape which, although it remained largely Protestant, came to include virtually the entire array of human religious experience and expression*».

nordamericano contemporaneo e che riceve una fiorente salvaguardia dalle garanzie offerte dal Primo emendamento¹³⁸.

3.2. *La disciplina attuale: le religious clauses del Primo emendamento.*

L'*excursus* storico testé brevemente tratteggiato, consente di dispiegare in modo più congruo l'attuale regolamentazione della libertà religiosa, che conserva quella – ormai secolare – tutela offerta dal Primo emendamento – nella duplice declinazione fornita dalle c.d. *religious clauses* –, benché mutata a seconda delle interpretazioni che di tale principio si sono susseguite in seno alla giurisprudenza e che hanno dunque ampliato la portata delle predette clausole, come sarà possibile apprendere nelle prossime righe.

Or bene – come anticipato in premessa – l'*Establishment Clause* è il *nomen* con cui viene comunemente definita quella clausola del Primo emendamento in virtù della quale «*Congress shall make no law respecting an establishment of religion*», e che un'autorevole – e a nostro avviso chiara

¹³⁸ Cfr., al riguardo, TED G. JELEN, *The Constitutional basis of religious pluralism in the United States: causes and consequences*, in *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol 612, 2007, pp. 26-41, spec. p. 31: «[...] *the religion clauses of the First Amendment to the Constitution may serve to enhance religious diversity and religious vitality in the United States. The Establishment Clause arguably forces religions to seek support among potential members by denying religious bodies the ability to invoke the coercive power of government for such support. The Free Exercise Clause may protect the religious prerogatives of adherents of unconventional religious traditions from the power of popular majorities [...] The Constitution, in sum, ensures a religious market in which religious organizations are neither supported nor regulated, and this combination of constitutional provisions may promote religious pluralism in the United States*».

– traduzione italiana interpreta alla stregua seguente: «il Congresso non emanerà alcuna norma diretta all’instaurazione di una religione di Stato»¹³⁹.

Dal dettato della clausola è agevole evincere – con tutta la sua forza storica – quella visione volutamente separatista¹⁴⁰ – ma non per questo indissolubilmente laica – dei Costituenti; una visione che nell’epoca corrente si traduce – quanto meno in linea generale – non già nel mero divieto di ‘*establishment*’, ossia di riconoscimento di una religione di stato, quanto più nello scongiurare gli atteggiamenti di *favor* da parte del governo a beneficio di una confessione o organizzazione religiosa in luogo di altre, nel perseguimento dunque di un atteggiamento di imparzialità ed equidistanza del potere politico dal fenomeno religioso, sì da garantire un trattamento di eguaglianza politica specie con riguardo alle minoranze religiose¹⁴¹.

¹³⁹ La traduzione è di Neri Capponi in PIETRO GISMONDI, *Commento a sentenza 17 giugno 1963 Corte Suprema degli Stati Uniti d’America – Casi Abington School District v. Schempp e Murray v. Curlett*, in *Foro it.*, vol. 87, n. 1, 1964, p. 10.

¹⁴⁰ Cfr. NOAH FELDMAN, *From liberty to equality: the transformation of the Establishment Clause*, in *California Law Review*, vol. 90, n. 3, 2002, p. 675: «*the freedom-loving Framers hit upon nonestablishment as a reaction against the european phenomenon of violent religious persecutions*».

¹⁴¹ Poiché, come mette in luce il Professor Feldman, «*if church and state were entwined, religious minorities would feel excluded from the polity*» con la conseguenza che questo senso di esclusione «*would create political inequality by impeding religious minorities' equal participation in the political life of the United States. The Establishment Clause would police the symbolic content of government action, keeping church and state separate in order to ensure political equality for religious minorities*» (*ivi*, p. 676); cfr. altresì ASHLEY ISAACSON WOOLLEY, voce *United States*, in *Encyclopedia of law and religion*, a cura di Gerhard Robbers e W. Cole Durham Jr., Leiden – Boston, Brill - Nijhoff, vol. 2, 2016, p. 234, col. 2: «*[...] the government may work cooperatively with religions to advance common causes such as social welfare [...]*»; ancora si veda l’opinione della Corte Suprema in *Lynch v. Donnelly*, 465 U.S. 668 (1984), p. 465: «*the Constitution does not require complete separation of church and state; it affirmatively mandates accommodation, not merely tolerance, of all religions, and forbids hostility toward any*».

Accanto all'*Establishment Clause*, quale ulteriore e complementare disposizione cardine diretta alla tutela costituzionale della libertà religiosa – viene annoverata la *Free Exercise Clause*, in virtù della quale «*Congress shall make no law [...] prohibiting the free exercise [of religion]*» ossia «il Congresso non emanerà alcuna norma diretta [...] a proibire il libero esercizio di una religione»¹⁴².

Se dunque l'*Establishment Clause* è diretta a fornire un baluardo che impedisca al potere governativo – federale e statale – di esternarsi concretizzando un atteggiamento differenziato – di favore o disfavore, specie di tipo economico – innanzi all'eterogeneità del fenomeno religioso nella sua espressione collettiva, la *Free Exercise Clause* pone un significativo limite allo stesso potere governativo innanzi all'esercizio di un diritto riconosciuto in capo al singolo individuo.

È necessario precisare che, dal dettato letterale delle clausole, il principio di libertà religiosa parrebbe vincolare espressamente il Congresso – e con esso – la sola legislazione federale; tuttavia grazie all'intervento della giurisprudenza della Corte Suprema le predette clausole religiose sono state recepite – o '*incorporated*'¹⁴³ –, unitamente agli altri diritti protetti dal Primo emendamento, nel novero di quelli di cui al Quattordicesimo emendamento, il quale, tra l'altro, alla sezione I, impone ai singoli stati il divieto di promulgare o eseguire interventi normativi che si pongano in contrasto con i

¹⁴² Anche questa traduzione è di Neri Capponi in PIETRO GISMONDI, *Commento a sentenza 17 giugno 1963 Corte Suprema degli Stati Uniti d'America – Casi Abington School District v. Schempp e Murray v. Curlett*, cit., p. 10.

¹⁴³ Per un approfondimento al riguardo si veda FREDERICK MARK GEDICKS, *Incorporation of the Establishment Clause against the states: a logical, textual, and historical account*, in *Indiana Law Journal*, vol. 88, n. 2, 2013, pp. 669-722.

diritti fondamentali – quali il diritto alla vita, alla libertà, alla proprietà, *etc.* – riconosciuti a tutti i cittadini americani.

Al riguardo, invero, se la Corte Suprema già da tempo risalente aveva riconosciuto che le libertà di espressione e di stampa protette dal Primo emendamento – a livello dunque federale – rientravano tra quei diritti tutelati anche dal Quattordicesimo emendamento¹⁴⁴ – sì da vincolare a siffatta tutela anche i singoli stati –, così con la decisione *Cantwell v. Connecticut*¹⁴⁵ del 1940, la stessa *Supreme Court* giunse ad estendere il divieto di *establishment* – nonché il correlato divieto di limitare il libero esercizio della libertà religiosa – anche in capo all’azione statale e locale¹⁴⁶, sì che oggi la protezione della libertà religiosa è garantita nei confronti di ogni potere governativo *tout court* considerato¹⁴⁷.

Tuttavia, questi due volti della ‘*freedom of religion*’ sono stati entrambi oggetto di un’importante attenzione giurisprudenziale che tenta ancor oggi di definirne i connotati e coglierne l’effettiva portata normativa.

¹⁴⁴ In tal senso si veda, *ex multis*, *Schneider v. State*, 308 U.S. 147 (1939), p. 308: «*The freedom of speech and of the press secured by the First Amendment against abridgment by the United States is similarly secured to all persons by the Fourteenth against abridgment by a state*».

¹⁴⁵ *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940).

¹⁴⁶ *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940), p. 303: «*The fundamental concept of liberty embodied in that Amendment embraces the liberties guaranteed by the First Amendment. The First Amendment declares that Congress shall make no law respecting an establishment of religion or prohibiting the free exercise thereof. The Fourteenth Amendment has rendered the legislatures of the states as incompetent as Congress to enact such laws*».

¹⁴⁷ La disciplina del fenomeno religioso non si esaurisce nelle due clausole costituzionali testé menzionate, ma si declina poi anche attraverso la legislazione fedale e statale, che ricalca – eventualmente con lievi precisazioni – le garanzie costituzionali dettate dal Primo emendamento; ai nostri fini, sono i profili costituzionali che interessano maggiormente e in relazione al quale sorgerà il dialogo giurisprudenziale con il *christian arbitration*.

3.2.1. *L'Establishment Clause.*

La formulazione dell'*Establishment Clause*, quale norma – appunto – ‘di principio’, ha dato vita ad una vera e propria – e, ad oggi, inesauribile – evoluzione interpretativa in senso estensivo di tale dettato normativo¹⁴⁸, al fine di circoscrivere nel concreto la reale portata del divieto di *establishment* e così di tentare di tracciare dei confini al delicato rapporto – qualora si configuri come inevitabile ingerenza – tra autorità governativa e religione.

Nel concreto, però, si deve rilevare che il compito interpretativo di cui sono state investite le corti nel corso dei decenni si è rivelato tutt'altro che semplice, tant'è che la stessa clausola viene definita da alcuni esponenti della giurisprudenza nordamericana un vero e proprio ‘*hot mess*’¹⁴⁹. La difficoltà nell'approccio interpretativo dell'*Establishment Clause*, invero, è quella di riuscire a concordare un criterio uniforme che possa fungere da congrua guida per la risoluzione di fattispecie concrete nelle quali le corti – specie quelle inferiori – sono chiamate ad accertare la violazione o meno della clausola¹⁵⁰; tale rilievo problematico discende *in primis* da una difformità – in particolar

¹⁴⁸ Per una prospettiva in chiave evolutiva del concetto originario di *Establishment Clause* si veda CHRISTOPHER S. GREY, *Giving up on the founding: the separation of church and state and the writing of Establishment Clause history*, in *Politics and Religion*, vol. 6, 2013, pp. 402–434.

¹⁴⁹ In sostanza un ‘disastro’, così viene definita la giurisprudenza della Corte Suprema in relazione all'*Establishment Clause* da parte del Giudice Kevin Newsom della Court Of Appeals For The Eleventh Circuit nel caso *Kondrat'yev v. City of Pensacola*, 903 F.3d 1169 (11th Cir. 2018), p. 1179.

¹⁵⁰ Cfr. NOAH C. CHAUVIN, *Unifying Establishment Clause purpose, standing, and standards*, in *University of Memphis Law Review*, vol. 50, n. 2, 2019, pp. 320-323.

modo a livello giurisprudenziale – di visioni circa la finalità stessa della disposizione¹⁵¹.

Si rivengono ad oggi tre visioni diverse¹⁵² circa lo scopo dell'*Establishment Clause*, che comportano poi – nella risoluzione di casi concreti in cui venga adita l'autorità giudiziaria per un'asserita violazione della clausola – differenti regimi di applicazione della stessa così come la proposizione di differenti standard per una sua interpretazione¹⁵³.

Una prima corrente – del tutto minoritaria¹⁵⁴ – ravvisa nell'*Establishment Clause* un baluardo meramente strutturale, sì da configurarsi alla stregua di una norma federale che grava del divieto di riconoscere una religione ufficiale soltanto il governo federale, nel senso dunque di ritenere ammissibile che un simile potere sarebbe invece concesso ai singoli stati¹⁵⁵. In sostanza, ad avviso di questa interpretazione restrittiva,

¹⁵¹ Cfr. NOAH C. CHAUVIN, *Unifying Establishment Clause purpose, standing, and standards*, cit., p. 325.

¹⁵² E non si tratterebbe di una mera distinzione dottrinale, perché dall'adesione delle corti, ed in particolare dei singoli giudici, ad uno o all'altra corrente sovente ne discendono i diversi criteri interpretativi della clausola, la quale ancora oggi dimostra di non essere suscettibile di ricevere un'applicazione uniforme o comunque univoca; in tal senso, NOAH C. CHAUVIN, *Unifying Establishment Clause purpose, standing, and standards*, cit., p. 326.

¹⁵³ Cfr. NOAH C. CHAUVIN, *Unifying Establishment Clause purpose, standing, and standards*, cit., p. 325 s.

¹⁵⁴ Cfr. NOAH C. CHAUVIN, *Unifying Establishment Clause purpose, standing, and standards*, cit., p. 327: «*relatively few people subscribe to this position*».

¹⁵⁵ Cfr. CARL H. HESBECK, *Uses and abuses of textualism and originalism in Establishment Clause interpretation*, in *Utah Law Review*, vol. 2011, n. 2, 2011, p. 585 s. V. altresì NOAH C. CHAUVIN, *Unifying Establishment Clause purpose, standing, and standards*, cit., p. 327: «*Some prominent judges and academics view the Establishment Clause as a federalism provision that prevents the federal government from establishing a religion, but allows states and localities to establish a religion if they choose to do so*»; si veda, ad esempio, l'opinione del Giudice della Corte Suprema Clarence Thomas nel caso *Elk Grove Unified School District v. Newdow*, 542 U.S. 1, 49 (2004), ove lo stesso rilevata la necessità di un 'ripensamento' in ordine all'*Establishment Clause* e, esprimendo una

la clausola proibirebbe al Congresso di porre in essere interventi normativi che interferiscano con – o comunque limitino – i rapporti tra le confessioni religiose e i singoli stati, questi ultimi liberi dunque nel dettare la disciplina del fenomeno religioso demandandola alla propria costituzione interna o allo strumento legislativo ordinario. Tale assunto si basa su un'interpretazione meramente letterale – di matrice indubbiamente storica¹⁵⁶ – che l'*Establishment Clause* vincolerebbe soltanto il Congresso e non i singoli stati; peraltro, la circostanza che la clausola sancisca espressamente il mezzo legislativo quale strumento per cui opera il divieto di *establishment* induce i sostenitori di tale corrente a ritenere che il divieto non solo non opererebbe a livello statale, ma non sarebbe applicabile neppure a livello federale qualora

posizione quasi dissenziente rispetto all'applicazione della stessa clausola anche ai singoli stati in virtù del Quattordicesimo emendamento, riconosce che, sebbene «*the Free Exercise Clause, which clearly protects an individual right, applies against the States through the Fourteenth Amendment*» tuttavia «*the Establishment Clause is another matter. The text and history of the Establishment Clause strongly suggest that it is a federalism provision intended to prevent Congress from interfering with state establishments*» (ivi, p. 6). Il caso concerneva lo statuto di un istituto scolastico che prevedeva che gli studenti e gli insegnanti prima dell'inizio delle lezioni prestassero il giuramento di fedeltà alla bandiera americana (c.d. *Pledge of allegiance*), in ossequio alla disposizione § 52720 dell'*Education Code* della California, la quale statuisce che «*In every public elementary school each day during the school year at the beginning of the first regularly scheduled class or activity period at which the majority of the pupils of the school normally begin the schoolday, there shall be conducted appropriate patriotic exercises. The giving of the Pledge of Allegiance to the Flag of the United States of America shall satisfy the requirements of this section*». Il problema circa la violazione della libertà religiosa – sia ai sensi dell'*Establishment Clause* che della *Free Exercise Clause* – veniva sollevato dal padre – ateo – di una alunna, il quale contestava all'istituto di esercitare, tramite la recita del giuramento, una forma di indottrinamento religioso della figlia giacché il *Pledge of allegiance* contiene la locuzione '*under God*'. Per un'analisi più approfondita del caso e della decisione che ne è seguita si rimanda al commento di RACHEL PROUSER, *Elk Grove Unified School District v. Newdow*, in *Journal of Gender, Social Policy & the Law*, vol. 13, n. 1, 2005, pp. 235-249.

¹⁵⁶ Cfr. CARL H. HESBECK, *Uses and abuses of textualism and originalism in Establishment Clause interpretation*, cit., p. 585 s.

venisse ‘aggirato’ attraverso interventi perseguiti con mezzi diversi da quello legislativo, ad esempio a mezzo della giurisprudenza delle corti federali.

Peraltro, i sostenitori di tali tesi sollevano dunque dubbi circa la proclamata ‘*incorporation*’ dell’*Establishment Clause* nel Quattordicesimo emendamento e così il conseguente vincolo riconosciuto anche a livello statale¹⁵⁷.

Una seconda tesi – che della precedente ne condivide la sporadicità e si distingue invece per essere senza dubbio espressione di un separatismo esasperato – ritiene che il fine della clausola in esame sia sì quello di costituire un baluardo strutturale, ma che sia tale da impedire qualsiasi relazione tra qualunque potere governativo e il fenomeno religioso¹⁵⁸. Ad avviso di questa corrente, pertanto, qualsiasi rapporto a livello normativo tra governo – sia federale che statale – e fenomeno religioso implicherebbe di per sé il riconoscimento di una religione di stato o comunque un trattamento differenziato in favore – o disfavore – di una determinata confessione religiosa, a prescindere che tale intervento in concreto si sostanzi nella lesione di un diritto del singolo¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Cfr. ancora, al riguardo CARL H. HESBECK, *Uses and abuses of textualism and originalism in Establishment Clause interpretation*, cit., p. 596 ss., specie p. 596 ove rileva che «*the incorporation of the Establishment Clause through the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment presents an intriguing legal problem, [...] The essence of the puzzle is that if the Establishment Clause is structural rather than rights based, then it makes no sense to incorporate the clause as a Fourteenth Amendment “liberty” applicable to the states*».

¹⁵⁸ Cfr. NOAH C. CHAUVIN, *Unifying Establishment Clause purpose, standing, and standards*, cit., p. 329: «*The Establishment Clause serves as a structural restriction that prevents any relationship between the government and religion*».

¹⁵⁹ Si veda in particolare il caso *Engel v. Vitale*, 370 U.S. 421 (1962) nel quale la Corte Suprema sancì l’incostituzionalità – per contrasto con l’*Establishment Clause* – di una disposizione statale dello stato di New York che consentiva agli istituti scolastici di

La terza corrente – di rilievo maggioritario – è concorde nel ritenere che l'*Establishment Clause* costituisca – più che una disposizione diretta a scongiurare un sistema confessionista – *in primis* una norma a tutela dei diritti individuali¹⁶⁰, in particolare del diritto del singolo a non essere posto nella condizione di agire in senso contrario a quanto suggerito dalla propria coscienza nella sfera religiosa¹⁶¹.

Tale corrente interpretativa muove le proprie considerazioni sia da ragioni storiche che meramente politiche; quanto alle prime, invero, esse si baserebbero sulla concezione secondo cui i legislatori – al tempo della promulgazione del Primo emendamento – mirarono con tale clausola ad una tutela della libertà di coscienza e non tanto a scongiurare il riconoscimento di una religione di stato; quanto alle ragioni di ordine politico, siffatta tesi che la clausola mirerebbe così a tutelare il pluralismo religioso ed evitare

prescrivere la recita di una preghiera prima dell'inizio delle lezioni, senza comunque imporre alcun obbligo di aderirvi in capo agli alunni; in tale occasione, il Giudice Hugo Black così precisava: «*The Establishment Clause, unlike the Free Exercise Clause, does not depend upon any showing of direct governmental compulsion and is violated by the enactment of laws which establish an official religion whether those laws operate directly to coerce nonobserving individuals or not. [...] Its first and most immediate purpose rested on the belief that a union of government and religion tends to destroy government and to degrade religion*» (ivi, p. 430 s.).

¹⁶⁰ Benché vi siano poi delle differenti opinioni circa l'estensione del principio di separazione tra stato e chiesa, in totale antitesi dunque alla prima corrente.

¹⁶¹ Cfr. NOAH C. CHAUVIN, *Unifying Establishment Clause purpose, standing, and standards*, cit., p. 331; in tal senso, cfr. altresì E. DUNCAN JR. GETCHELL JR. - MICHAEL H. BRADY, *How the Constitutions of the thirty-seven States in effect when the Fourteenth Amendment was adopted demonstrate that the governmental endorsement test in Establishment Clause jurisprudence is contrary to American history and tradition*, in *Texas Review of Law and Politics*, vol. 17, n. 1, 2012, p. 127 s.; CARL H. HESBECK, *Uses and abuses of textualism and originalism in Establishment Clause interpretation*, cit., p. 598.

trattamenti differenziati di una religione rispetto ad un'altra¹⁶². In sostanza, il fine della clausola sarebbe proprio quello di «*maintain religious liberty by requiring a true secular purpose for government action*»¹⁶³.

Or bene, dalle correnti testé esaminate – portatrici ciascuna di una distinta visione circa il ruolo dell'*Establishment Clause* nell'ordinamento statunitense – discende uno dei profili critici¹⁶⁴ più significativi che si riscontrano in uno studio della predetta disposizione, ossia l'omessa individuazione da parte delle corti di un criterio uniforme che delimiti l'ambito di applicazione della clausola e che funga da guida nella risoluzione di controversie in cui venga fatto valere una violazione della predetta disposizione da parte di una legislazione federale o statale e che permetta così di verificare la legittimità costituzionale o meno di quest'ultima in riferimento all'*Establishment Clause*.

Sebbene nella giurisprudenza della Corte Suprema, come si avrà modo di richiamare brevemente nelle righe successive, nel corso degli anni non siano mancati affatto i tentativi di fornire – specie quale ausilio per le corti inferiori – dei parametri interpretativi che consentano al giudice una corretta valutazione dell'*Establishment Clause*, tuttavia ad oggi tali tentativi non possono ritenersi soddisfattivi, né in alcun modo risolutivi del problema; anzi,

¹⁶² Cfr. NOAH C. CHAUVIN, *Unifying Establishment Clause purpose, standing, and standards*, cit., p. 332.

¹⁶³ ANDREW D. COHEN, *How the Establishment Clause can influence substantive due process: adultery bans after Lawrence*, in *Fordham Law Review*, vol. 79, n. 2, 2010, p. 626.

¹⁶⁴ Altri profili attengono invece alla sussistenza della legittimazione ad agire del singolo – c.d. '*standing*' – per far valere in giudizio l'illegittimità costituzionale di una norma per contrasto con l'*Establishment* – nonché con la *Free Exercise – Clause*; sul punto, si rimanda a NOAH C. CHAUVIN, *Unifying Establishment Clause purpose, standing, and standards*, cit., pp. 333-343.

proprio il susseguirsi di molteplici standard e la mancata previsione di un criterio che possa assurgere a parametro ‘preferibile’ comporta la scelta della singola corte di decidere il caso alla luce di uno o dell’altro parametro, con la conseguenza che fattispecie analoghe vengano risolte secondo standard differenti e così con esiti del tutto difformi, e questo – si badi – non senza critiche.

Uno dei criteri interpretativi a cui è ricorsa – specie nel passato – la giurisprudenza è il c.d. ‘*wall of separation test*’, così denominato in quanto affonda le proprie origini sulla metafora elaborata dal terzo presidente degli Stati Uniti Thomas Jefferson¹⁶⁵, ad avviso del quale l’*Establishment Clause* doveva intendersi come un ‘muro’ che separava lo stato dalla religione. In ossequio a siffatto criterio, qualsiasi atteggiamento governativo – sia a livello federale che statale – da cui si evinca una relazione di favore o disfavore nei confronti di una determinata religione *tout court* considerata comporta di per sé una violazione dell’*Establishment Clause*; nello specifico, in virtù di codesto ‘standard’ interpretativo, per utilizzare le parole di un noto caso che ne ha seguito le orme, «*neither a state nor the Federal Government can set up a church. Neither can pass laws which aid one religion, aid all religions, or prefer one religion over another. Neither can force nor influence a person to go to or to remain away from church against his will or force him to profess a belief or disbelief in any religion. No person can be punished for entertaining or professing religious beliefs or disbeliefs, for church*

¹⁶⁵ Cfr. DAVIDE E. STEINBERG, *Thomas Jefferson’s Establishment Clause federalism*, in *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol. 40, n. 2, 2013, p. 279; si veda, altresì, MARK J. CHADSEY, *Thomas Jefferson and the Establishment Clause*, in *Akron Law Review*, vol. 40, n. 4, 2007, spec. p. 638 s.

attendance or non-attendance. No tax in any amount, large or small, can be levied to support any religious activities or institutions, whatever they may be called, or whatever form they may adopt to teach or practice religion. Neither a state nor the Federal Government can, openly or secretly, participate in the affairs of any religious organizations or groups and vice versa»¹⁶⁶.

Si tratta senza dubbio di un criterio interpretativo estremamente rigoroso – ed espressivo della seconda corrente sopracitata¹⁶⁷ –, che si prodiga affinché il muro eretto dall’*Establishment Clause* sia mantenuto «*high and impregnable*»¹⁶⁸ sì da precluderne qualsiasi infrazione.

Un ulteriore criterio, più diffuso, è il c.d. ‘*lemon test*’ dal nome del caso nel quale è stato adottato per la prima volta, *Lemon v. Kurtzman*¹⁶⁹; in tale fattispecie, la Corte Suprema proclamò l’incostituzionalità – per violazione dell’*Establishment Clause* – di due normative statali – degli stati della Pennsylvania e del Rhode Island – tese a riconoscere la copertura finanziaria di parte del salario degli insegnanti di istituti scolastici privati – rispettivamente tramite pagamento diretto ovvero rimborso –, che si erano risolte in una corresponsione di somme di denaro in favore di istituti scolastici di ispirazione confessionale.

¹⁶⁶ *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 1 (1947), p. 15 s.

¹⁶⁷ Tant’è che le parole poc’anzi citate provengono ancora dal Giudice Hugo Black; cfr. *supra*, nt. 159.

¹⁶⁸ *Everson v. Board of Education*, cit., p. 18; Per una critica a siffatta decisione, con particolare riferimento alla matrice storica del contenuto dell’*Establishment Clause* si veda, in particolare, ETHAN BERCOT, *Forgetting to weight: the use of history in the Supreme Court’s Establishment Clause*, in *Georgetown Law Journal*, vol. 102, n. 3, 2014, p. 855 e ss.

¹⁶⁹ *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602, 91 S. Ct. 2105 (1971).

In siffatta occasione la corte fondò la propria decisione parametrando le predette disposizioni alla luce di un nuovo criterio, cumulativo di tre standard adottati in decisioni precedenti in virtù del quale un determinato provvedimento, al fine di risultare conforme al divieto di *establishment* deve soddisfare tre criteri congiuntamente: perseguire uno scopo laico; essere produttivo di un effetto – principale o primario – che non favorisca né pregiudichi una determinata religione; e infine non tradursi in un eccessivo ‘coinvolgimento’ del governo nelle questioni afferenti alla religione¹⁷⁰; nel caso all’attenzione della corte, i giudici riconoscevano lo scopo secolare perseguito dalle normative, tuttavia cogliendo come le stesse si fossero tradotte in un risultato pratico che sottendeva un’eccessiva commistione tra potere governativo e religione.

Tuttavia, tale criterio tenta di risolvere un problema interpretativo creandone uno ulteriore, con riferimento proprio alla difficoltà di delineare la portata dei tre parametri illustrati, con la conseguenza che è tutt’ora oggetto di critiche da parte delle stesse corti statunitensi¹⁷¹.

La giurisprudenza statunitense ha dimostrato altresì di ricorrere ad un ulteriore – e distinto – criterio per definire quando un intervento di matrice pubblica determini la violazione dell’*Establishment Clause*, il c.d. *endorsement test*. Nel valutare la legittimità di una normativa ai sensi della

¹⁷⁰ Cfr. *Lemon v. Kurtzman*, cit., p. 612 s.: «*First, the statute must have a secular legislative purpose; second, its principal or primary effect must be one that neither advances nor inhibits religion, [...]; finally, the statute must not foster “an excessive government entanglement with religion.”*».

¹⁷¹ Si pensi alla ‘singolare’ definizione del Giudice Antonin Scalia nel caso *Lamb’s Chapel v. Ctr. Moriches Union Free Sch. Dist.*, 508 U.S. 384 (1993), ove definisce il ‘*lemon test*’ come «*some ghoul in a late-night horror movie that repeatedly sits up in its grave and shuffles abroad, after being repeatedly killed and buried*» (ivi, p. 398).

predetta clausola, questo criterio fa assurgere a *discrimen* la percezione che di tale intervento autoritativo possa avere la popolazione, da intendersi nel senso se esso determini l'esclusione di una determinata categoria di persone in virtù dell'aderenza o meno degli stessi ad una determinata fede religiosa¹⁷². In tal ottica, ad esempio, nel caso *Lynch v. Donnelly*¹⁷³ la Corte Suprema non giunse a ravvisare alcuna violazione del divieto di *establishment* per la circostanza che il comune di Pawtucket, nello stato del Rhode Island, avesse ricompreso anche l'installazione di un presepe tra le decorazioni con cui era stata addobbata la città in occasione delle festività natalizie; ad avviso della corte, invero, il messaggio che tale iniziativa comunicava non era diretto a favorire la religione cristiana ovvero a disapprovare le altre, bensì era volto a celebrare una festività pubblica nazionale che, pur ricomprendendo elementi

¹⁷² Cfr. *Lynch v. Donnelly*, 465 U.S. 668 (1984), p. 688: «*Endorsement sends a message to nonadherents that they are outsiders, not full members of the political community, and an accompanying message to adherents that they are insiders, favored members of the political community. Disapproval sends the opposite message*»; cfr., altresì, NOAH FELDMAN, *From liberty to equality: the transformation of the Establishment Clause*, cit., p. 694 ss.; MICHAEL I. MEYERSON, *The original meaning of God: using the language of the framing generation to create a coherent Establishment Clause jurisprudence*, in *Marquette Law Review*, vol. 98, n. 3, 2015, p. 1056 s.; KATHLEEN RITTER, *We are not struck with blindness: the Establishment Clause and religiously motivated State preemption of municipal non-discrimination Law*, in *Columbia Journal of Gender and Law*, vol. 39, n. 1, 2020, p. 231 s.; Per una critica al criterio in esame si veda E. DUNCAN GETCHELL JR., - MICHAEL H. BRADY, *How the Constitutions of the thirty-seven states in effect when the Fourteenth Amendment was adopted demonstrate that the governmental endorsement test in Establishment Clause jurisprudence is contrary to American history and tradition*, in *Texas Review of Law and Politics*, vol. 17, n. 1, 2012, pp. 125-184; sul problematico rapporto tra legittimazione ad agire (c.d. 'standing') ed *endorsement test* si rimanda, in particolare, a DANIEL J. AUSTIN, *How to reconcile the Establishment Clause and standing doctrine in religious display cases with a new coercion test*, in *Mississippi Law Journal*, vol. 83, n. 3, 2014, pp. 605-638.

¹⁷³ *Lynch v. Donnelly*, 465 U.S. 668 (1984).

CAPITOLO SECONDO

intrinsecamente di religiosità, perseguiva comunque uno scopo secolare, attesa la significativa rilevanza culturale della stessa¹⁷⁴.

Nonostante si siano riportati – a livello esemplificativo – soltanto alcuni degli standard applicativi elaborati e adottati dalla giurisprudenza statunitense, ciò ci permette di comprendere come un medesimo atteggiamento statale possa integrare o meno la violazione della libertà religiosa – nella sua accezione conferita dall'*Establishment Clause* – a seconda del differente criterio di cui di volta in volta viene fatta applicazione. Si tratta di una questione non sopita, come si evince dalla circostanza che talora, all'interno di una medesima decisione della Suprema Corte, si rinvenivano opinioni dissenzienti dei vari giudici che propendevano per la risoluzione di una determinata questione invocando l'applicazione dell'uno o dell'altro criterio¹⁷⁵.

All'esito di questo breve vaglio sulla portata dell'*Establishment Clause*, si avrà modo di affrontare i problemi interpretativi di medesima natura che involgono anche la *Free Exercise Clause*.

¹⁷⁴ Cfr. *Lynch v. Donnelly*, cit., p. 691: «*I would find that Pawtucket did not intend to convey any message of endorsement of Christianity or disapproval of non-Christian religions. The evident purpose of including the creche in the larger display was not promotion of the religious content of the creche, but celebration of the public holiday through its traditional symbols. Celebration of public holidays, which have cultural significance even if they also have religious aspects, is a legitimate secular purpose.*».

¹⁷⁵ Cfr., sul punto, *American Legion v. American Humanist Ass'n*, No. 17-1717 (U.S. Jun. 20, 2019).

3.2.2. *La Free Exercise Clause.*

Come poc'anzi premesso, analoghe considerazioni intorno ai problemi interpretativi che sorgono in relazione all'*Establishment Clause*, possono essere avanzate anche con riferimento alla *Free Exercise Clause*¹⁷⁶: invero, il divieto di emanare una normativa – a livello federale e, come visto, anche statale – che ‘proibisce’ il libero esercizio del culto da parte del singolo individuo postula la preliminare individuazione di idonei criteri per determinare in quali ipotesi ed entro che limiti, nella fattispecie concreta, una particolare normativa si ponga in conflitto con il libero esercizio della fede religiosa del singolo¹⁷⁷. In mancanza di un intervento normativo che disegni il contenuto e i limiti della libertà religiosa in questa sua declinazione, il compito di definire i connotati della *Free Exercise Clause* è stato nuovamente affrontato dalla giurisprudenza mediante un susseguirsi di pronunce che dalla fine del XIX secolo hanno inciso – come vedremo, tra arresti e progressioni

¹⁷⁶ La dottrina statunitense evidenzia come per lungo l'attenzione della giurisprudenza – specie della Corte Suprema – fosse tuttavia rivolta in misura maggiormente significativa a vagliare questioni più afferenti all'ambito dell'*Establishment Clause*, quali sussidi governativi alle organizzazioni religiose, normative che contemplavano il ricorso alla preghiera nelle scuole, la diffusione dei simboli religiosi, *etc.*; cfr., sul punto, MICHAEL W. MCCONNELL, *Free Exercise revisionism and the Smith decision*, in *University of Chicago Law Review*, vol. 57, n. 4, 1990, p. 1109: «for decades [...] the great debates over the relation of religion to government in our pluralist republic [...] almost without exceptions were issues of establishment»; cfr. altresì che ASHLEY ISAACSON WOOLLEY, voce *United States*, cit., p. 235, che evidenzia il carattere acerbo ma al contempo complesso della giurisprudenza statunitense in tema di *Free Exercise Clause*. Quanto testé rilevato non comporta, è bene precisare, che la *Free Exercise Clause* fosse esente da questioni interpretative, ma soltanto che queste cominciarono a delinarsi nel corso del XX secolo, mentre nel secolo precedente la clausola garantiva una copertura pressoché ‘assoluta’.

¹⁷⁷ Cfr., al riguardo, EDDIE LAM, *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v Smith: the limits of the Free Exercise Clause*, in *Thurgood Marshall Law Review*, vol. 16, n. 2, 1991, p. 378.

– il delicato rapporto tra la tutela dell’ordinamento secolare e la tutela della libertà religiosa; sotto tale profilo, dunque, come giustamente osservato, se da una parte il formante giurisprudenziale statunitense ha invero «specificato il contenuto assolutamente libero del credo religioso, dall’altra, in maniera più decisiva, ha stabilito i limiti entro i quali l’esercizio di tale libertà è consentito, vale a dire l’estensione entro cui le azioni compiute in nome di principi religiosi sono coperte dalla garanzia di libertà religiosa, e contemporaneamente il limite per l’azione stessa del legislatore interferente con le esigenze religiose»¹⁷⁸

Per ragioni di sinteticità ci limiteremo a vagliare quelle decisioni che, per la particolare riflessione intorno al contenuto dello *free exercise right* nonché per le significative conclusioni, hanno assunto la qualifica di c.d. *landmark cases*.

Il primo caso in cui la *Supreme Court* si è pronunciata circa il contenuto e la portata della *Free Exercise Clause* risale verso la fine dell’800, nella decisione *Reynold v United States*¹⁷⁹. La vicenda concerneva l’impugnazione

¹⁷⁸ VALENTINA VALENTINI, *Gli Stati Uniti e la religione. Separatismo e libertà religiosa nella democrazia americana*, cit., p. 41.

¹⁷⁹ *Reynolds v. United States*, 98 U.S. 145 (1878); cfr., sul caso: J. MORRIS CLARK, *Guidelines for the Free Exercise Clause*, in *Harvard Law Review*, vol. 83, n. 2, 1969, pp. 327-365; PATRICK A. KARBOWSKI, *The Free Exercise Clause and unemployment compensation for religious converts*, in *The Wayne Law Review*, vol. 33, n. 1, p. 162; ASHLEY ISAACSON WOOLLEY, voce *United States*, cit., p. 235; EDDIE LAM, *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v Smith: the limits of the Free Exercise Clause*, cit., p. 379; RONALD J. KROTOSZYNSKI JR., *The Apostle, Mr. Justice Jackson, and the “Pathological Perspective” of the Free Exercise Clause*, in *Washington and Lee Law Review*, vol. 65, n. 3, 2008, p. 1073, nt. 8; NICHOLAS MERKIN, *Getting rid of sinners may be expensive: a suggested approach to torts related to religious shunning under the Free Exercise Clause*, in *Columbia Journal of Law and Social Problems*, vol. 34, n. 4, p. 374 e s.; VINCENT PHILIP MUNOZ, *The original meaning of the Free Exercise Clause: the evidence from the First Congress*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 31, n.

proposta da un pastore di una comunità di mormoni dello Utah avverso la condanna di bigamia – condotta sanzionata penalmente in virtù di una normativa federale¹⁸⁰ – che gli era stata comminata da un corte distrettuale per aver contratto un secondo matrimonio. Il pastore si difendeva rilevando come l’aver contratto il secondo matrimonio fosse in linea con le pratiche religiose della propria comunità religiosa e che, pertanto, costituisse soltanto adempimento di ciò che poteva qualificarsi alla stregua di un dovere religioso¹⁸¹, espressione del proprio credo.

Si segnala che la corte a questo punto si trovava a dover affrontare due profili peculiari: da un lato, era necessario verificare se la disposizione normativa in tema di bigamia costituisse una normativa che inibiva il libero esercizio della religione, in violazione della *Free Exercise Clause*; dall’altro, era altresì imprescindibile valutare se la fede religiosa del singolo potesse costituire una giustificazione – c.d. ‘*exemption*’ – qualora si fosse tradotta in una condotta sanzionata dalla legge.

3, 2008, p. 1087 nt. 14; MICHELLE L. STUART, *The Religious Freedom Restoration Act of 1993: restoring religious freedom after the destruction of the Free Exercise Clause*, in *University of Dayton Law Review*, vol. 20, n. 1, 1994, p. 389 e s; STEPHANIE H. BARCLAY, *The historical origins of judicial religious exemptions*, in *Notre Dame Law Review*, vol. 96, n. 1, 2020, p. 66.

¹⁸⁰ Cfr. *Reynolds v. United States*, cit., p. 146, ove si riporta che la sezione n. 5352 del *Revised Statutes* prescriveva che «every person having a husband or wife living, who marries another, whether married or single, in a Territory, or other place over which the United States have exclusive jurisdiction, is guilty of bigamy, and shall be punished by a fine of not more than \$500, and by imprisonment for a term of not more than five years».

¹⁸¹ Cfr. *Reynolds v. United States*, cit., p. 161, in cui è annotata la difesa del condannato, il quale spiega come «[...] “it was the duty of male members of said church, circumstances permitting, to practise polygamy [...]» e che egli stesso «had received permission from the recognized authorities in said church to enter into polygamous marriage».

CAPITOLO SECONDO

Dopo aver ricostruito il fondamento giuridico¹⁸² del reato in esame, la corte concludeva anzitutto rilevando che, in considerazione dei poteri concessi al Congresso, la disposizione era conforme al dettato costituzionale e legittima come prescrizione vigente in tutti gli stati¹⁸³, per cui non si poneva in conflitto con la clausola religiosa del Primo emendamento. Quanto al secondo profilo, ossia se si potesse ravvisare un'*exemption* a tale regola in virtù di un determinato credo religioso, la corte concludeva in senso negativo; al riguardo infatti – ed è qui che i giudici intervengono proprio sul contenuto della *Free Exercise Clause* – ad avviso della corte un siffatto riconoscimento avrebbe comportato l'attribuzione di una sfumatura di superiorità alla libertà religiosa rispetto alle prescrizioni legislative, con il rischio che ogni cittadino – sulla base di un'asserita motivazione religiosa – avrebbe potuto considerarsi superiore alla legge¹⁸⁴. Tale argomentazione discendeva dalla distinzione – operata dalla corte – di un duplice modo di manifestazione della libertà religiosa: come convincimento interiore (c.d. '*religious belief or opinion*'), tutelato in maniera assoluta, e come pratica religiosa (c.d. '*religious act*') che, al contrario, può incontrare dei limiti imposti dal legislatore, qualora questi ultimi siano tesi a scongiurare azioni pregiudizievoli nei confronti dell'intera

¹⁸² Cfr. *Reynolds v. United States*, cit., p. 166, riconoscendo sul punto che la poligamia, al contrario della monogamia, conduceva ad un principio patriarcale che, ove applicato su larga scala, incatena le persone ad un despotismo radicato, e che pertanto rientrava tra i poteri di ogni governo civile determinare se la poligamia anziché la monogamia fosse lecita secondo le leggi della vita sociale.

¹⁸³ Cfr. *Reynolds v. United States*, cit., p. 166: «*In our opinion, the statute immediately under consideration is within the legislative power of Congress. It is constitutional and valid as prescribing a rule of action for all those residing in the Territories*».

¹⁸⁴ Cfr. *Reynolds v. United States*, cit., p. 167: «*To permit this would be to make the professed doctrines of religious belief superior to the law of the land, and, in effect, to permit every citizen to become a law unto himself*».

società, sull'assunto che il diritto è creato al fine di disciplinare le azioni¹⁸⁵ e non già le personali opinioni o convincimenti, con la conseguenza dunque che le leggi «*while they cannot interfere with mere religious belief and opinions, they may with practices*»¹⁸⁶; sulla base di queste considerazioni la Corte confermava la condanna inflitta dalla corte di grado inferiore.

In tal modo, dunque, per la prima volta nella storia dell'ordinamento statunitense si tenta di definire – seppur in linea di principio – il contenuto del libero esercizio della fede religiosa, operando una significativa distinzione tra piano interiore ed esteriore della libertà religiosa del singolo, al fine di riconoscere un legittimo potere limitativo della stessa ad opera dall'ordinamento, pur tuttavia senza che vengano precisati in modo esauriente – quanto meno per un lasso temporale significativo¹⁸⁷ – i contorni di tali limiti.

È soltanto in seguito¹⁸⁸ che la Corte Suprema comincia a superare quella che viene definita come semplice dicotomia¹⁸⁹ e ad espandere la protezione della libertà religiosa fornendo dei parametri più incisivi al fine di verificare

¹⁸⁵ Cfr. *Reynolds v. United States*, cit., p. 166: «*Laws are made for the government of actions [...]*».

¹⁸⁶ *Reynolds v. United States*, cit., p. 166.

¹⁸⁷ È con la decisione *Cantwell v. Connecticut*, cit., invero, che la corte affina il criterio in oggetto precisando che la disposizione che si traduca in una limitazione di una determinata pratica religiosa sia costituzionalmente lecita qualora sia «*drawn to define and punish specific conduct as constituting a clear and present danger to a substantial interest of the State*» (ivi, p. 331).

¹⁸⁸ Cfr. RONALD J. KROTOSZYNSKI JR., *The Apostle, Mr. Justice Jackson, and the "Pathological Perspective" of the Free Exercise Clause*, cit., p. 1078: «*The Supreme Court significantly expanded the scope of the Free Exercise Clause in a line of cases beginning with Sherbert v. Verner and ending with Employment Division v. Smith*».

¹⁸⁹ Così J. MORRIS CLARK, *Guidelines for the Free Exercise Clause*, cit., p. 328.

se una determinata disciplina possa giustificare la compressione del predetto diritto.

In particolare, nel 1963, con il noto caso *Sherbert v. Verner*¹⁹⁰, la Corte Suprema fornisce un diverso importante standard interpretativo della *Free Exercise Clause*.

Il caso riguardava un'avventista del settimo giorno che veniva licenziata dal proprio datore a seguito del rifiuto di prestare l'attività lavorativa nel giorno del sabato, in quanto ritenuto contrario al proprio credo religioso che prescriveva l'osservanza del sabato come giorno di festa. La lavoratrice, declinando diverse offerte di impiego a causa della mancata disponibilità a lavorare nel giorno del sabato, chiedeva pertanto la corresponsione dell'indennità di disoccupazione all'amministrazione dello stato del South Carolina; tuttavia, tale beneficio le veniva negato sull'assunto che il diniego dello stesso fosse prescritto dalla legislazione dettata al riguardo, nell'ipotesi in cui fosse provato che il lavoratore disoccupato non avesse accettato senza una giusta causa le possibilità di impiego che le venivano offerte¹⁹¹.

¹⁹⁰ *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963); ne trattano, tra gli altri, EDDIE LAM, *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v Smith: the limits of the Free Exercise Clause*, cit., p. 381; COLIN L. BLACK, *Free Exercise Clause and historic preservation law: suggestions for a more coherent Free Exercise analysis*, in *Tulane Law Review*, vol. 72, n. 5, 1998, p. 1775 e s.; J. MORRIS CLARK, *Guidelines for the Free Exercise Clause*, cit., p. 328 s.; JAMES E. WOOD JR., *Abridging the Free Exercise Clause*, in *Journal of Church and State*, vol. 32, n. 4, 1990, p. 774; ASHLEY ISAACSON WOOLLEY, voce *United States*, cit., p. 235; RONALD J. KROTOSZYNSKI JR., *The Apostle, Mr. Justice Jackson, and the "Pathological Perspective" of the Free Exercise Clause*, cit., p. 1078; REGAN B. TIRONE, *Locke v. Davey: an even narrower interpretation of the Free Exercise Clause: what next*, in *Northern Kentucky Law Review*, vol. 32, n. 2, 2005, p. 429.

¹⁹¹ Cfr. *Sherbert v. Verner*, cit., p. 339 e ss.

La questione qui sollevata, dunque, si sostanziava nel comprendere se la condotta dell'amministrazione statale – la quale, si ribadisce, aveva individuato quale giusta causa di diniego del beneficio economico la scelta della lavoratrice di rifiutare qualunque impiego che richiedesse lo svolgimento di attività lavorativa nel giorno del sabato – configurasse o meno una violazione dell'esercizio della libertà religiosa del singolo.

Or bene, il principio che viene in tale occasione recepito¹⁹² dalla Corte Suprema si ravvisa nel c.d. '*compelling governmental interest*' in virtù del quale la 'compromissione' dell'esercizio della libertà religiosa ad opera del governo può attuarsi lecitamente – e dunque senza infrangere la *Free Exercise Clause* – soltanto laddove l'interesse dello stato sia '*compelling*', ossia stringente, nel senso di porsi come superiore alla libertà religiosa del singolo nel bilanciamento tra i due interessi contrapposti¹⁹³.

La corte non trovava giustificazioni che potessero motivare la condotta dell'amministrazione e pertanto concludeva che nel caso in esame il diniego aveva costituito una violazione della *Free Exercise Clause*.

Tuttavia, siffatto criterio demanda alle corti il gravoso onere di contemperare – caso per caso – siffatto bilanciamento di interessi, con il rischio di avallare una 'discrezionale' compromissione della libertà religiosa innanzi ad un asserito preminente interesse statale¹⁹⁴.

¹⁹² In quanto coniato nel caso *Sweezy v. New Hampshire*, 354 U.S. 234 (1957), con riferimento alle libertà di parola, di stampa e di associazionismo politico.

¹⁹³ Cfr. *Sweezy v. New Hampshire*, cit., p. 265: «*For a citizen to be made to forego even a part of so basic a liberty as his political autonomy, the subordinating interest of the State must be compelling*».

¹⁹⁴ Come giustamente osservato, tale criterio rende «sufficiente un semplice interesse della società a giustificare la limitazione della libertà di tenere un determinato comportamento religioso, purché l'interesse pubblico sia considerato dal giudice di maggior rilievo rispetto all'interesse religioso in contrasto»; così VALENTINA DE MICHELI, *La libertà religiosa negli Stati Uniti d'America bloccata dal principio di separazione dei poteri e dalla*

Un ultimo e importante arresto della Corte Suprema viene raggiunto con il caso *Employment Div. v. Smith*¹⁹⁵, in cui trova applicazione un principio interpretativo meno rigoroso rispetto a quello testé esaminato.

La decisione trae origine dal diniego opposto dall'amministrazione dello stato dell'Oregon alla richiesta di corresponsione del sussidio di disoccupazione formulata da due lavoratori licenziati dal centro di riabilitazione presso il quale erano impiegati, a causa dell'utilizzo dell'allucinogeno peyote durante una cerimonia della Native American Church, a cui essi aderivano; ad avviso dell'amministrazione dunque il beneficio economico non poteva essere accordato, atteso che il motivo del licenziamento derivava da una condotta negligente degli stessi, sanzionata peraltro come illecito penale da una legge statale dell'Oregon; gli impiegati, al contrario, invocavano l'illegittimità del rifiuto ad essi opposto, giacché il ricorso all'allucinogeno costituiva lecito esercizio del proprio credo religioso.

La Corte Suprema, pertanto, si trovava a decidere, per richiamare le parole del Giudice Scalia, «*whether the Free Exercise Clause of the First Amendment permits the State of Oregon to include religiously inspired peyote*

“*establishment clause*”, in *Dir. eccl.*, vol. 109, f. 4, 1998, p. 591; cfr. altresì ALAN BROWNSTEIN, *The religion clauses as mutually reinforcing mandates: why the arguments for rigorously enforcing the Free Exercise Clause and Establishment Clause are stronger when both clauses are taken seriously*, in *Cardozo Law Review*, vol. 32, n. 5, 2011, pp. 1721 ss.

¹⁹⁵ *Employment Div. v. Smith*, cit., *supra*, nt. 2; il caso viene richiamato unanimemente dalla dottrina statunitense; si segnalano, oltre ai contributi previamente citati, anche DAVID APPLGATE, *Constitutional law: funding the Free Exercise Clause*, in *University of Florida Journal of Law and Public Policy*, vol. 16, n. 3, 2005, p. 627 s.; per un'analisi del caso da parte della dottrina italiana si veda, in particolare, GIUSEPPE D'ANGELO, *Libertà religiosa e diritto giurisprudenziale: l'esperienza statunitense*, Torino, Giappichelli, 2015, pp. 79 ss.

use within the reach of its general criminal prohibition on use of that drug, and thus permits the State to deny unemployment benefits to persons dismissed from their jobs because of such religiously inspired us»¹⁹⁶.

Or bene, dopo aver richiamato i precedenti criteri, in siffatta ipotesi la giurisprudenza supera il c.d. ‘*compelling interest test*’ testé menzionato – e la sua portata, come visto, ‘estensiva’ – in virtù di un principio ancora meno rigoroso e sempre più a tutela dell’interesse governativo¹⁹⁷, il c.d. ‘*neutral law of general applicability test*’; in ossequio a tale standard interpretativo il baluardo della *Free Exercise Clause* può essere limitato ogni qualvolta venga richiesto al singolo l’osservanza di una legge ‘neutrale’ – nel senso di configurarsi come applicabile alla generalità dei consociati e non volta specificamente a incidere su una determinata pratica religiosa – anche laddove la disposizione sia contraria – o limiti – l’esercizio della libertà religiosa del singolo e anche laddove la disposizione non risponda ad un preponderante interesse del potere governativo; in sostanza, con siffatto criterio «una legge che non è rivolta a sanzionare una particolare condotta religiosa e il cui scopo primario non è di interferire con la religione, non verrà ritenuta incostituzionale, anche se incidentalmente pone dei limiti alla libertà di culto»¹⁹⁸. Nel caso all’attenzione della corte il diniego opposto alla corresponsione del sussidio di disoccupazione veniva considerato legittimo e

¹⁹⁶ *Employment Div. v. Smith*, cit., p. 874.

¹⁹⁷ Al punto tale, come osservato da GIUSEPPE D’ANGELO, *Libertà religiosa e diritto giurisprudenziale*, cit., p. 79, tale decisione si configurerebbe come «un netto arretramento della libertà religiosa».

¹⁹⁸ VITTORIA BARSOTTI - NICOLA FIORITA, *Separatismo e laicità: testo e materiali per un confronto tra Stati Uniti e Italia in tema di rapporti stato/chiese*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 45.

non confliggente con la *Free Exercise Clause*¹⁹⁹, atteso che lo stesso veniva fondato sulla violazione di una legge che costituzionalmente incriminava una condotta – l’uso di sostanze stupefacenti – *tout court* contemplata, a prescindere che la stessa fosse dettata da una motivazione religiosa.

È bene comunque precisare sinteticamente che siffatto criterio incontrerà un significativo ridimensionamento a seguito dell’approvazione del *Religious Freedom Restoration Act (RFRA)* del 1993, con cui il Congresso ha inteso sancire la supremazia del ‘*compelling interest test*’²⁰⁰, in luogo del criterio applicativo individuato in *Employment Div. v. Smith* tentando così di ‘restaurare’ uno scrutinio più stringente per avallare il ‘sacrificio’ della *Free Exercise Clause* da parte di disposizioni normative sia statali che federali; ciò al precipuo fine di «arginare un’interpretazione giurisprudenziale [...] ritenuta lontana dalla coscienza sociale»²⁰¹, la quale rischiava di soffrire una compressione giurisprudenziale – significativa e talora troppo discrezionale – dell’esercizio della libertà religiosa.

Tuttavia, anche siffatto intervento normativo non ha resistito all’insindacabile giudizio della giurisprudenza di ultima istanza, che con il

¹⁹⁹ Cfr. *Employment Div. v. Smith*, cit., p. 890: «*Because respondents’ ingestion of peyote was prohibited under Oregon law, and because that prohibition is constitutional, Oregon may, consistent with the Free Exercise Clause, deny respondents unemployment compensation when their dismissal results from use of the drug*».

²⁰⁰ Cfr. 42 U.S. Code, tit. 42, § 2000bb-1: «*(a) In general. Government shall not substantially burden a person’s exercise of religion even if the burden results from a rule of general applicability, except as provided in subsection (b). (b) Exception. Government may substantially burden a person’s exercise of religion only if it demonstrates that application of the burden to the person: (1) is in furtherance of a compelling governmental interest; and (2) is the least restrictive means of furthering that compelling governmental interest*».

²⁰¹ GIUSEPPE D’ANGELO, *Libertà religiosa e diritto giurisprudenziale*, cit., p. 86, il quale ritiene altresì che la *ratio* dell’intervento del Congresso si debba ravvisare su motivazione politiche – più che giuridiche – «di accreditamento e rafforzamento dell’immagine degli Stati Uniti quale campione e propulsore su base planetaria delle libertà civili e politiche» (ivi).

caso *City of Boerne v. Flores*²⁰² ha dichiarato l'incostituzionalità del *RFRA*²⁰³, quanto meno con riferimento alla tutela della libertà religiosa a livello statale e locale, per la quale dunque sarebbe stato ancora 'operativo' il criterio meno rigoroso del c.d. *Smith test*; con riferimento al potere federale rimane invece in vigore il *RFRA* con il risultato – senza dubbio singolare – della contemporanea presenza di diversi standard interpretativi – più o meno rigorosi – della *Free Exercise Clause* rispettivamente a livello federale e a livello statale o locale²⁰⁴.

La disamina sin qui elaborata – senza alcuna pretesa di porsi come esaustiva – tende a tracciare i tratti essenziali del contenuto della libertà religiosa come costituzionalmente tutelato e in particolare l'atteggiamento – come visto, mutevole nel corso dei decenni – della giurisprudenza innanzi alla protezione offerta a livello costituzionale alle libertà connesse al fenomeno religioso; un'indagine, quest'ultima, necessaria per comprendere,

²⁰² *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507 (1997).

²⁰³ Giacché con esso il Congresso aveva ecceduto i poteri conferitigli dalla *section 5* del Quattordicesimo emendamento, in virtù della quale «*The Congress shall have power to enforce, by appropriate legislation, the provisions of this article*»; con tale intervento, invero, il Congresso aveva posto in essere un'illegittima incursione nel potere governativo statale vincolando ciascun singolo stato – o più rettamente, le corti statali – a un determinato criterio interpretativo della *Free Exercise Clause*.

²⁰⁴ Cfr., sul punto, VALENTINA VALENTINI, *Gli Stati Uniti e la religione. Separatismo e libertà religiosa nella democrazia americana*, p. 47 s.; con particolare riferimento al *RFRA* si vedano ALLAN IDES, *The text of the Free Exercise Clause as a measure of Employment Division v. Smith and the Religious Freedom Restoration Act*, in *Washington and Lee Law Review*, vol. 51, n. 1, 1994, pp. 135-156; BRIAN HUTLER, *Against the Political Use of Religious Exemptions*, in *Philosophy & Public Affairs*, vol. 47, n. 3, 2019, p. 321, nt. 8.; GIUSEPPE D'ANGELO, *Libertà religiosa e diritto giurisprudenziale*, cit., pp. 87 ss., spec. p. 89. Si segnala comunque che diversi governi statali si sono adoperati per adottare delle legislazioni interne volte a tutelare maggiormente la libertà religiosa, introducendo per le corti lo scrutinio più stringente del '*compelling interest*' rispetto a quello di *Smith*, e dunque recependo quanto già previsto dal *RFRA*.

nel successivo vaglio casistico di cui al successivo capitolo IV, quale sia stato l'atteggiamento delle corti in ordine allo strumento del *christian arbitration* e al contemperamento della libertà contrattuale e della libertà religiosa dei singoli contraenti.

4. *L'arbitrato religioso negli Stati Uniti: uno sguardo generale.*

È sul palcoscenico della disciplina sin qui richiamata in tema di arbitrato e di libertà religiosa, che è stata resa possibile l'entrata in scena dell'arbitro religioso, o, secondo la terminologia d'oltreoceano, del '*religious arbitration*' o '*faith-based arbitration*', inteso, per riprendere un'esautiva definizione fornita in dottrina²⁰⁵, quale metodo di risoluzione delle controversie deferite dai privati a un terzo chiamato a dirimerle alla stregua di una disciplina – normativa o paranormativa a seconda dei casi – di tipo religioso, al fine di conseguire una risoluzione che abbia efficacia vincolante e suscettibile di acquisire efficacia esecutiva attraverso una conferma pronunciata dall'autorità giudiziaria statale.

²⁰⁵ Cfr. MICHAEL A. HELFAND, *The future of religious arbitration in the United States: looking through a pluralist lens*, in *The Oxford Legal Handbook on Global Legal Pluralism*, New York, Oxford University Press, 2020, p. 906, il quale rileva che «*at its core, religious arbitration is a method of dispute resolution where the parties not only agree to submit their disputes for binding resolution to a neutral third party, but where the resolution of the dispute is conducted in accordance with religious law and where the neutral third party or parties are mutually agreed upon religious authorities*»; è bene tuttavia precisare che la questione controversa non necessariamente richiede l'intervento di un'autorità religiosa, ben potendo essere demandata anche a un organo non inserito all'interno di un determinato ordinamento confessionale, configurandosi, dunque, al più, quale ente di ispirazione religiosa, come nell'ipotesi del *christian arbitration*, come avremo modo di cogliere nel prosieguo,

Tale fenomeno, come visto, non sconosciuto nell'antichità, non era nemmeno ignorato dalle comunità religiose sin dal momento dei primi insediamenti nel territorio degli Stati Uniti, ravvisandosi già come prassi all'interno degli stessi nuclei coloniali di fedeli²⁰⁶, ma con il limite di concernere controversie di natura meramente 'religiosa' – scaturente cioè da questioni afferenti alla dottrina della confessione religiosa di appartenenza – , la cui competenza era sottratta alla giurisdizione dell'autorità statale; peraltro, quand'anche avesse avuto ad oggetto una disputa privata ben suscettibile del vaglio di un organo giurisdizionale statale, la decisione del membro della comunità non era produttiva di effetti obbligatori di natura civilistica, ma al più poteva comportare quale sanzione per la sua inottemperanza l'esclusione del singolo fedele dalla comunità²⁰⁷.

Pertanto, è soprattutto grazie alla minuziosa e costante opera delle corti statunitensi, portatrici di quella politica di *favor* dell'arbitrato iniziata agli

²⁰⁶ Cfr., in particolare, Nicholas Walter, *Religious arbitration in the United States and Canada*, cit., p. 509 ss.; vedi, altresì, MICHAEL J. BROYDE, *Sharia tribunals, rabbinical courts, and christian panels. Religious Arbitration in America and the West*, cit, p. 71 ss.

²⁰⁷ Peraltro siffatto fenomeno 'ostracizzativo', con riferimento al rifiuto di ricorrere all'arbitrato religioso per disputare la propria controversia ovvero di ottemperare alla decisione statuita, pare sussistere anche nella realtà odierna, specie all'interno delle comunità ebraiche; cfr al riguardo, MICHAEL A. HELFAND, *Religious arbitration and the new multiculturalism: negotiating conflicting legal orders*, in *New York University Law Review*, vol. 86, n. 5, 2011, p. 1286, nt. 242 e p. 1294, nt. 266; SHAI SILVERMAN, *Before the Godly: Religious Arbitration and the U.S. Legal System*, in *Drake Law Review*, vol. 65, n. 3, 2017, p. 744; SUKHSIMRANJIT SINGH, *Religious Arbitration and Its Struggles with American Law & Judicial Review*, in *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, vol. 16, n. 3, 2016, p. 744; IZHAK ENGLARD, *Law, religion, and the rule of law from a normative-positivistic perspective*, in *Journal of Law, Religion and State*, vol. 5, n. 3, 2017, p. 178 MICHAEL J. BROYDE, *Faith-based arbitration evaluated: the policy arguments for and against religious arbitration in America*, in *Journal of Law and Religion*, vol. 33, n. 3, 2018, p. 340-389; ancora, MICHAEL A. HELFAND, *Arbitration's counter-narrative: the religious arbitration paradigm*, in *Yale Law Journal*, vol. 124, n. 8, 2015, p. 3031.

albori del secolo scorso, che ha trovato spazio l'arbitrato religioso come strumento avente rilievo civilistico²⁰⁸.

Per comprendere i motivi che si celano dietro alla diffusione dell'arbitrato cristiano, è necessario richiamare – ad un livello più generale – le ragioni che hanno determinato la diffusione dell'arbitrato religioso valutando quelli che si considerano i moti che hanno condotto poi i singoli fedeli – a prescindere dal particolare credo – a riporre fiducia in questi strumenti.

La dottrina rileva, peraltro, come, al di là delle ragioni giuridiche menzionate in questa sede, si celino anche delle cause di carattere 'sociologico', che hanno indotto le varie comunità religiose a affinare i propri strumenti di risoluzione delle controversie civili, i quali dunque si sostanziano in una risposta, oltre che ad un rilievo di natura giuridica, anche a una considerazione distinta dalla politica arbitrale e riconducibile ad una progressiva secolarizzazione del diritto²⁰⁹.

Ciò è dovuto, invero, a fattori sociologici che costituiscono il riscontro ai cambiamenti evolutivi della compagine sociale ma che riflettono financo quelli schiettamente giuridici, dati in particolare dell'abbandono – sul piano legislativo – di quei tradizionali valori derivanti dalle fondamenta giudaico-cristiane in favore dell'adesione a ideali e soluzioni più 'secolarizzati'²¹⁰.

²⁰⁸ Cfr. MICHAEL A. HELFAND, *Litigating religion*, in *Boston University Law Review*, vol. 93, 2013, p. 506 il quale evidenzia che la circostanza per cui l'arbitrato religioso «*is becoming a prominent feature of dispute resolution in the United States is far from surprising given the expanding deference and autonomy granted to arbitration tribunals generally. Recent Supreme Court decisions continue to expand the scope of enforceable arbitration agreements*».

²⁰⁹ Cfr. MICHAEL J. BROYDE, *Sharia tribunals, rabbinical courts, and christian panels. Religious Arbitration in America and the West*, cit, p. 30 ss.

²¹⁰ Cfr. MICHAEL J. BROYDE, *Sharia tribunals, rabbinical courts, and christian panels. Religious Arbitration in America and the West*, cit, p. 32 ss.

A tal riguardo si è illustrato come, sin dalla sua fondazione, la legislazione statunitense, sebbene figlia di un separatismo costituzionalizzato, è sempre stata influenzata dai valori cristiano-giudaici di cui i fondatori *in primis*, e in seguito il popolo stesso, erano portatori²¹¹.

È negli ultimi decenni del ventesimo secolo invece che si è assistito ad una maggiore secolarizzazione del diritto, che sembra liberarsi delle proprie – ben celate – radici religiose per abbracciare dei valori più ‘laici’; questo atteggiamento politico-normativo ha inficiato la sensibilità dei fedeli, i quali hanno cominciato a percepire i propri valori e ideali meno rappresentati nella sfera pubblica, con la conseguenza – una fra molteplici²¹² – del ricorso ai sistemi arbitrali religiosi per risolvere le proprie controversie in aderenza a quei valori espressione del proprio sentimento religioso; basti considerare che, un recente sondaggio condotto dall’istituzione Pew Research Center nel 2020²¹³ ha interrogato l’opinione pubblica statunitense sull’opportunità che la legislazione americana sia soggetta alle influenze della Bibbia, mostrando – e questo è un dato significativo – come in uno stato laico la metà della

²¹¹ Come illustrato *supra*, la consacrazione degli ideali di libertà religiosa e il rifiuto di un atteggiamento giurisdizionalista erano la risposta alla cesura – se non un vero e proprio rifiuto – con il vecchio continente e le sue ideologie, più che un discostamento dai valori religiosi *tout court* considerati.

²¹² Altre conseguenze dell’allontanamento del diritto dai valori propri della tradizione religiosa statunitense si possono ravvisare nei c.d. *covenant marriages*, che introducono requisiti più stringenti sia per contrarre matrimonio che per lo scioglimento dello stesso, e che hanno trovato ingresso nell’ordinamento di stati – prettamente conservatori – quali l’Alabama e l’Arkansas; cfr., sul punto, MICHAEL J. BROYDE, *Sharia tribunals, rabbinical courts, and christian panels. Religious Arbitration in America and the West*, cit, p. 35 s.

²¹³ Cfr. MICHAEL LIPKA, *Half of Americans say Bible should influence U.S. laws, including 28% who favor it over the will of the people*, in *Pew Research Center – Short read*, 13 aprile 2020, all’indirizzo web www.pewresearch.org/fact-tank/2020/04/13/half-of-americans-say-bible-should-influence-u-s-laws-including-28-who-favor-it-over-the-will-of-the-people/ (ultima visita il 5 dicembre 2021).

popolazione adulta abbia espresso un parere favorevole²¹⁴; senza addentrarci nel considerare ulteriormente le caratteristiche della popolazione afferente al gruppo che ha espresso il proprio favore²¹⁵, tale aspetto riflette un'identità culturale, che, sebbene tendente alla maggior secolarizzazione rispetto al passato, non parrebbe ancora pronta a spogliarsi dell'influenza della propria tradizione giudaico-cristiana.

Ciò che si mette in risalto, dunque è la tendenza dei fedeli di legarsi in nuclei sociali che condividono gli ideali e i valori comuni dando vita a comunità religiose che siano espressione di tali ideali e che acquisiscono anche maggiore visibilità e potere in una determinata area, abbandonando dunque la comunità secolare da un punto di vista culturale, quand'anche non economico²¹⁶. Ed è proprio questo essere circoscritti in comunità che permette ai singoli, che entrano in contatto in ambiti afferenti a rapporti privatistici, di optare per una clausola con cui l'eventuale controversia che dovesse insorgere tra di essi sia demandata alla cognizione dell'arbitro religioso. In tal ottica, essi permettono che il rapporto negoziale sia governato dai principi attinenti alla propria fede religiosa, «*allowing them to inject their religious beliefs into their everyday life*»²¹⁷.

²¹⁴ Benché, si badi, il sondaggio incontri dei limiti nella circostanza che non veniva richiesto sotto quali aspetti o in che modo, nel concreto, tale influenza dovesse trovare riconoscimento.

²¹⁵ Limitandoci qui a sottolineare che si trattava principalmente di persone afferenti ai gruppi politici del conservatorismo tipicamente repubblicano.

²¹⁶ È il caso di comunità quasi totalmente separate dallo stato, come quelle degli amish; cfr. MICHAEL J. BROYDE, *Sharia tribunals, rabbinical courts, and christian panels. Religious Arbitration in America and the West*, cit., p. 37.

²¹⁷ MICHAEL J. BROYDE, *Sharia tribunals, rabbinical courts, and christian panels. Religious Arbitration in America and the West*, New York, Oxford University Press, 2017, p. 38. Si precisa che molto spesso il ricorso dall'arbitrato non è solo dovuto ad una mera volontà delle parti di deferire la questione ad un terzo affinché risolva la controversia – di natura civilistica – anziché alla corte, affinché applichi alla controversia non tanto la legge

Pertanto non si può che condividere il pensiero di Broyde, professore presso la Emory Law School e uno degli *scholar* più esperti in tema di arbitrato religioso nell'ordinamento statunitense, ad avviso del quale «*many religious observant americans view the secularization of american laws and policies as repugnant to their own beliefs and principles*» sì che «*[they] have become further entrenched in their traditional beliefs*» con la conseguenza che «*they [...] favor having their religious beliefs govern their everyday life in all respects, including the way they settle dispute*»²¹⁸.

Da siffatta impostazione, ne consegue il condivisibile rilievo dottrinale ad avviso del quale il ricorso all'arbitrato religioso rappresenta il *discrimen* che segna il passaggio da un 'vecchio' a 'nuovo' multiculturalismo²¹⁹ –

statale o federale quanto il precetto religioso; spesso è dovuto alla diffidenza delle parti in ordine al grado di comprensione delle corti di un accordo che non presenta solo elementi civilistici ma anche elementi religiosi, quando, cioè, la causa della contrattazione non è solo il perseguimento di una determinata funzione economico-sociale, ma altresì quella di aderire a principi religiosi o perseguire finalità religiose; si parla in tal caso non di un negozio in cui l'elemento di 'religiosità' è dato soltanto dall'apposizione della clausola arbitrale, ma di negozi in cui il linguaggio stesso del negozio è connotato da elementi intrinsecamente religiosi *etc.*; la dottrina in tal caso parla di *co-religionist commerce*: «*When commercial disputes arise among co-religionists, courts are asked—for example, in determining the parties' intents or customary norms to interpret religious terminology, standards, and practices*» (ivi); tuttavia, per siffatte ipotesi la giurisprudenza, onde evitare possibili intromissioni in violazione dell'*establishment clause*, tende a risolvere la controversia facendo applicazione dei '*neutral principles of law*', ossia non entrando nel merito dei connotati – e significati – religiosi del contratto, ma trattando le clausole alla stregua di un qualunque negozio 'secolare', spogliato dunque di ogni elemento di religiosità; cfr., sul punto, ASHLEY ISAACSON WOOLLEY, voce *United States*, cit., p. 241 s.; vedi, altresì, MICHAEL A. HELFAND - BARAK D. RICHMAN, *The challenge of co-religionist commerce*, in *Duke Law Journal*, vol. 64, n. 5, il quale rileva come «*relying on neutral principles of law allows courts to resolve disputes among co-religionists while avoiding “entanglement in questions of religious doctrine, polity, and practice”*», con la conseguenza, come giustamente rilevato dall'autore, che ne verrebbe tuttavia compromessa l'intenzione originaria dei contraenti.

²¹⁸ MICHAEL J. BROYDE, *Sharia tribunals, rabbinical courts, and christian panels. Religious Arbitration in America and the West*, cit., p. 10

²¹⁹ Inteso quale «*principle unifying various philosophical, political, and sociological programs that place a high value on culture and cultural groups*»; così, MICHAEL A.

quanto meno nell'ambito dei rapporti privatistici – in una società poliedrica quale è tipicamente quella statunitense; in tal ottica, se il 'vecchio' multiculturalismo, protagonista del secolo scorso, perseguiva il riconoscimento delle istanze e delle peculiarità di gruppi di minoranze – in ispecie di quelle religiose – all'interno della sfera pubblica, il 'nuovo' multiculturalismo, che dagli ultimi decenni del XX secolo ha conosciuto una vigorosa e costante crescita, «*conceives of minority identity as embodied not only in symbols and histories, but also in rules and practices that often constitute an independent legal order [...] look[s][ing] less for symbolic integration and more for jurisdictional differentiation*»²²⁰.

In risposta, dunque, a questo ordine di idee, ad oggi, quali protagonisti di siffatto fenomeno nel panorama statunitense si ravvisano tre sistemi arbitrari, ognuno dei quali afferente ad una distinta fede religiosa, riconducibile alle tre religioni monoteiste: arbitrato ebraico²²¹, considerata la forma più sofisticata e formalizzata nel panorama giuridico statunitense²²²,

HELFAND, *Religious arbitration and the new multiculturalism: negotiating conflicting legal orders*, cit., p. 1232.

²²⁰ MICHAEL A. HELFAND, *Religious arbitration and the new multiculturalism: negotiating conflicting legal orders*, cit., p. 1234; cfr., altresì, NICOLA FIORITA, *Tribunali religiosi e diritti dello Stato: un'analisi comparativa e qualche indicazione*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2020, p. 222.

²²¹ Cfr. MICHAEL J. BROYDE - IRA BEDZOW - SHLOMO C. PILL, *The Pillars of Successful Religious Arbitration: Models for American Islamic Arbitration Based on the Beth Din of America and Muslim Arbitration Tribunal Experience*, in *Harvard Journal on Racial and Ethnic Justice*, vol. 30, 2014, pp. 33–76.

²²² In tal senso SHAI SILVERMAN, *Before the Godly: Religious Arbitration and the U.S. Legal System*, cit., p. 731, nt. 57 e anche Michael J. Broyde, *Sharia tribunals, rabbinical courts, and christian panels. Religious Arbitration in America and the West*, cit., p. 14; per un approfondimento sull'arbitrato rabbinico del beth din negli stati uniti, si veda, oltre i contributi citati, anche GINNINE FRIED, *The collision of church and state: a primer to Beth Din arbitration and the New York secular courts*, in *Fordham Urban Law Journal*, vol. 31, n. 2, 2004, spec. p. 641 ss.

quello islamico²²³ ed, infine, quello cristiano, la cui origine e i cui tratti distintivi saranno oggetto del prossimo capitolo.

²²³ Che è anche del tipo di arbitrato religioso che incontra maggiori sfide nel sistema americano, se non una vera e propria tensione con i principi secolari; al riguardo si veda, in particolare, LEE ANN BAMBSCH, *The enforceability of arbitration decisions made by Muslim religious tribunals: examining the Beth Din precedent*, in *Journal of Law and Religion*, vol. 25, n. 2, 2010, pp. 379-414; cfr. altresì HAYA SANDBERG, *Dilemmas of civil tribunals in formulating their positions towards religious tribunals*, in *Journal of Law, Religion and State*, vol. 5, n. 3, 2017, spec. p. 239 ss.; per una prospettiva comparatistica con l'ordinamento canadese e quello britannico si veda, in particolare, ERIN SISSON, *The future of sharia law in American arbitration*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 48, n. 2, 2015, pp. 891-920.

CAPITOLO TERZO

CHRISTIAN ARBITRATION:

CLAUSOLA COMPROMISSORIA E PROFILI PROCEDURALI

SOMMARIO: 1. Cenni evolutivi e caratteristiche attuali dell'arbitrato cristiano. - 2. La *christian arbitration clause*. - 3. Aspetti procedurali dell'arbitrato cristiano: le *Rules of Procedure for Christian Conciliation*. - 3.1. I criteri di applicazione delle regole. - 3.2. Le parti. - 3.3. La fase introduttiva. - 3.4. La fase di trattazione e l'istruzione probatoria. - 3.5. La fase decisoria. - 3.6. La fase di impugnazione del lodo. - 3.7. Regole ulteriori: a) Il regime delle notificazioni e delle comunicazioni. - b) (segue) Il tempo e luogo delle udienze. - c) (segue) Il carattere 'riservato' del procedimento arbitrale. - d) (segue) Le spese del procedimento.

1. *Cenni evolutivi e caratteristiche attuali dell'arbitrato cristiano.*

L'origine dell'arbitrato cristiano negli Stati Uniti, quale metodo di risoluzione delle controversie civili alternativo a quello giudiziale come conosciuto ai nostri giorni, risale a cavallo degli anni '70 e '80 del secolo scorso, grazie all'intuizione di un avvocato, Laurence Eck, che nel 1980 ad

Albuquerque, nello stato del New Mexico, diede vita al primo Christian Conciliation Service, un ente che si ispirava alla religione cristiana, al fine di studiare e promuovere «*the concept and principles of Biblical conflict resolution*»²²⁴.

Da subito tale organismo ricevette il beneplacito della Christian Legal Society, una nota organizzazione non profit statunitense che, sin dalla sua costituzione nel 1961 nello stato dell'Illinois, promuoveva – e promuove tutt'ora – la diffusione dei principi cristiani nello studio e nell'applicazione del diritto, oltre che fornire assistenza legale alle persone in stato di bisogno²²⁵; ne prendono parte accademici, avvocati, giudici e studenti delle *law schools* nordamericane a prescindere dall'aderenza degli stessi ad una determinata confessione religiosa tra quelle cristiane²²⁶.

²²⁴ JUDITH M. KEEGAN, *The peacemakers: biblical conflict resolution and reconciliation as a model alternative to litigation*, in *Missouri Journal of Dispute Resolution*, vol. 1987, 1987, p. 16; cfr., altresì, GLENN G. WADDEL - JUDITH M. KEEGAN, *Christian conciliation: an alternative to "ordinary" ADR*, in *Cumberland Law Review*, vol. 29, n. 3, 1999, p. 585.

²²⁵ Cfr. CHRISTIAN LEGAL SOCIETY, *About us*, 2021, all'indirizzo www.christianlegalsociety.org/about (ultima visita il 18 dicembre 2021) «*Christian Legal Society (CLS) is a fellowship of Christians dedicated to serving Jesus Christ through the practice and study of law, the defense of religious freedom and life, and the provision of legal aid to the needy*»; cfr. altresì STEVE SHERWOOD, voce *Christian Legal Aid*, in *Encyclopedia of Christianity in the United States*, a cura di George Thomas Kurian - Mark A. Lamport, Lanham, Rowman & Littlefield, vol. 5, 2016, p. 488 s.

²²⁶ Invero, l'iniziale adesione della Christian Legal Society alla fede protestante – *tout court* considerata –, come esplicitamente richiamata nell'enunciazione dello scopo dell'organizzazione di cui all'art. 5 dell'atto costitutivo (cfr., al riguardo, CHRISTIAN LEGAL SOCIETY, *Articles of incorporations*, 1961, p. 2, all'indirizzo https://www.christianlegalsociety.org/sites/default/files/site_pdfs/1.pdf, ultima visita il 18 dicembre 2021): «*The purpose or purposes for which the corporation is organized are: to provide a means of society among Christian lawyers of the Protestant faith; [...]*») è stata abbandonata nel 1986 attraverso un emendamento della predetta disposizione, con il quale l'ente ha rivolto la propria finalità associativa a tutti i '*christian lawyers*'; cfr., sul punto, CHRISTIAN LEGAL SOCIETY, *Exhibit A to Articles of Amendment to the Articles of Incorporation of Christian Legal Society*, 1961, all'indirizzo

Or bene, proprio grazie al significativo supporto – nonché alla notevole popolarità – della Christian Legal Society, ben presto iniziarono a sorgere ulteriori Christian Conciliation Service in tutta la nazione statunitense, dapprima quali articolazioni territoriali formalmente affiliate alla Christian Legal Society, ed in seguito, a partire dal 1985, acquistando lo *status* di enti dotati di una propria autonomia²²⁷, pur tuttavia conservando il sostegno – per lo più amministrativo e gestionale²²⁸ – della predetta organizzazione²²⁹. In seguito, i predetti enti si riunirono nella Associated Christian Conciliation Service, al fine di agevolare la comunicazione e il supporto tra di essi, sempre con l’apporto ausiliario della Christian Legal Society e programmando altresì una conferenza annuale nella quale poter discutere i problemi più rilevanti e condividere reciproche esperienze circa gli aspetti procedurali dei servizi conciliativi che i singoli enti miravano ad offrire²³⁰; un’occasione di condivisione, quest’ultima, del tutto necessaria, giacché si può presumere

www.christianlegalsociety.org/sites/default/files/site_pdfs/1.pdf, ultima visita il 18 dicembre 2021): «*Article 5 of the Articles of Incorporation of corporation is amended to read as follow: the purpose for which the corporation are organized are fully religious and include the following: to provide a means of society, fellowhisp and nurture among Christian lawyers; [...]*».

²²⁷ Cfr. JUDITH M. KEEGAN, *The peacemakers: biblical conflict resolution and reconciliation as a model alternative to litigation*, cit., p. 16: «*independent, non-profit, tax-exempt corporations*».

²²⁸ In particolare, ciascun Christian Conciliation Service si impegnava a fare applicazione dei principi biblici nella risoluzione delle liti tra privati e a pubblicizzare iniziative promozionali per conto della Christian Legal Society; quest’ultima provvedeva a fornire materiali ed altri strumenti d’ausilio ai singoli enti; cfr. JUDITH M. KEEGAN, *The peacemakers: biblical conflict resolution and reconciliation as a model alternative to litigation*, cit., p. 16 s.

²²⁹ Cfr. JUDITH M. KEEGAN, *The peacemakers: biblical conflict resolution and reconciliation as a model alternative to litigation*, cit., p. 16 s.; cfr. anche GLENN G. WADDEL - JUDITH M. KEEGAN, *Christian conciliation: an alternative to “ordinary” ADR*, cit., p. 585.

²³⁰ Cfr. JUDITH M. KEEGAN, *The peacemakers: biblical conflict resolution and reconciliation as a model alternative to litigation*, cit., p. 17.

che, quanto meno nel corso degli anni '80, le predette organizzazioni agissero in modo piuttosto informale, specie da un punto di vista procedurale, senza dunque seguire un modello procedurale 'codificato' e comunque con decisioni non vincolanti per i litiganti.

È a partire dal 1989, invero, con l'elezione di Ken Sande – già direttore del Christian Conciliation Service dello stato del Montana – alla presidenza dell'Associated Christian Conciliation Service, la cui sede fu trasferita in Montana, che quest'ultima organizzazione contribuì a sviluppare un primo modello – seppur ancora allo stadio embrionale – di *christian arbitration*, iniziando a delineare una prima serie di regole procedurali per lo svolgimento dell'arbitrato cristiano nonché a mettere a disposizione appositi programmi di studio per i conciliatori²³¹.

In seguito, il Christian Conciliation Service del Montana cambiò denominazione assumendo il nome di Institute for Christian Conciliation e, giacché sia quest'ultimo che l'Associated Christian Conciliation Service «*had grown so much that it became impracticable for the threeperson staff to simultaneously carry out the two missions and report to two boards of directors*»²³², il consiglio direttivo dell'Associated Christian Conciliation Service propose di fondere i due enti²³³ in un'unica organizzazione – a livello,

²³¹ Cfr. GLENN G. WADDEL - JUDITH M. KEEGAN, *Christian conciliation: an alternative to "ordinary" ADR*, cit., p. 585 s.

²³² Cfr. GLENN G. WADDEL - JUDITH M. KEEGAN, *Christian conciliation: an alternative to "ordinary" ADR*, in *Cumberland Law Review*, vol. 29, n. 3, 1999, p. 586.

²³³ Per timore che Sande rassegnasse le dimissioni dalla carica di presidente e venisse così a mancare l'autorevolezza e dimestichezza che quest'ultimo aveva acquisito nei ruoli di cui era stato investito; cfr., sul punto, GLENN G. WADDEL - JUDITH M. KEEGAN, *Christian conciliation: an alternative to "ordinary" ADR*, cit., p. 586.

dunque, nazionale – sotto la comune denominazione di Institute for Christian Conciliation²³⁴.

Nel 1996, poi, l’Institute for Christian Conciliation assunse la denominazione ‘Peacemaker Ministries’ e ampliò la propria struttura organica, suddividendosi in molteplici sezioni, ciascuna con il proprio scopo, tra le quali veniva mantenuto lo stesso Institute for Christian Conciliation²³⁵; a distanza di venti anni, nel 2016, l’Institute for Christian Conciliation si è formalmente separato dalla Peacemaker Ministries diventando un organismo indipendente da quest’ultima²³⁶.

Ad oggi, pertanto, all’esito di questo processo evolutivo durato all’incirca quarant’anni, l’Institute for Christian Conciliation, ora denominato ICC Peace, si configura quale ente costituito in forma di *limited liability company* il cui obiettivo permane quello di annunciare «*the good news of Jesus Christ by supporting peacemaking communities in resolving legal and personal conflicts and reconciling relationships in a biblically faithful manner*»²³⁷.

Benché nell’esperienza nordamericana – proprio sull’insegnamento dei Christian Conciliation Service, prima, e dell’Institute for Christian

²³⁴ Cfr. GLENN G. WADDEL - JUDITH M. KEEGAN, *Christian conciliation: an alternative to “ordinary” ADR*, cit., p. 586.

²³⁵ Cfr. GLENN G. WADDEL - JUDITH M. KEEGAN, *Christian conciliation: an alternative to “ordinary” ADR*, in *Cumberland Law Review*, vol. 29, n. 3, 1999, p. 586.

²³⁶ Cfr. ICC PEACE, LLC - INSTITUTE FOR CHRISTIAN CONCILIATION (d’ora in poi solo ‘INSTITUTE FOR CHRISTIAN CONCILIATION’), *Guidelines for Christian Conciliation*, Escondido, 2021, p. 2. Pertanto, le considerazioni formulate dalla dottrina o dalla giurisprudenza con riferimento alla Peacemaker Ministries si ritengono condivisibili e riferibili tutt’ora all’Institute for Christian Conciliation.

²³⁷ INSTITUTE FOR CHRISTIAN CONCILIATION, *Guidelines*, cit., p. 2, e, cioè, di annunciare la buona novella del Cristo incoraggiando le singole comunità di fedeli a risolvere le proprie controversie giuridiche e personali e a riconciliarsi in modo conforme ai precetti biblici.

Conciliation, dopo – si possano rinvenire anche altri organismi che offrono un analogo metodo per risolvere le controversie tra privati mediante il ricorso all'arbitrato cristiano²³⁸, l'Institute for Christian Conciliation è riconosciuto come l'organizzazione più nota e diffusa, che la dottrina ha indicato come «*the largest multi-denominational Christian dispute resolution service in the country*»²³⁹.

La forza di quest'ente risiede specialmente nell'accurato livello di preparazione tecnica e sofisticata esperienza applicativa che contraddistinguono lo stesso²⁴⁰, oltre ad un sistema ben congeniato di linee guida – propriamente denominate '*Guidelines for Christian Conciliation*' – che forniscono, tra l'altro, un *vademecum* per comprendere la conciliazione cristiana *tout court* considerata nonché un quadro procedurale indispensabile per l'espletamento della stessa, e che si sostanziano a mo' di vero e proprio 'manuale' suddiviso in quattro sezioni, di seguito brevemente richiamate.

La prima parte ('*Frequently Asked Questions & Introduction to Christian Conciliation*'²⁴¹) è formulata secondo lo schema 'domanda-risposta' e fornisce un'introduzione alla conciliazione cristiana e un

²³⁸ Cfr. SUZANNE E. WHITE, *Operation restoration: the delicate dance of Christian conciliation*, in *ADR & the Law*, a cura di American Arbitration Association, New York, Juris Publishing, 2008, p. 100.

²³⁹ R. SETH SHIPPEE, *Blessed are the peacemakers: faith-based approaches to dispute resolution*, in *ILSA Journal of International & Comparative Law*, vol. 9, n. 1, 2002, p. 243.

²⁴⁰ Almeno secondo il giudizio della rara dottrina che ha affrontato il preciso fenomeno del *christian arbitration*, non soffermandosi solo, come sovente, alla valutazioni in tema di arbitrato rabbinico e islamico, istituti questi certamente più noti e discussi.

²⁴¹ Cfr. INSTITUTE FOR CHRISTIAN CONCILIATION', *Frequently Asked Questions & Introduction to Christian Conciliation*, in *Guidelines for Christian Conciliation*, cit., pp. 5-16.

approfondimento terminologico, oltre che illustrare numerosi profili per lo più ‘atecnici’, giacché le regole pratiche sono demandate alla seconda parte.

Anzitutto, viene offerta una sintetica definizione di *christian conciliation*, presentato quale strumento che si serve dei testi biblici non tanto ai meri fini risolutivi di una determinata controversia ma anche – come è bene comprensibile – allo scopo etico-spirituale di riavvicinamento dei litiganti²⁴², sì da rispondere a una missione escatologica di vera e propria riconciliazione dell’uomo con Dio.²⁴³

La scelta terminologica operata dalle linee guida – ossia il ricorso al termine ‘*conciliation*’ in luogo di ‘*arbitration*’ – è dettata dalla circostanza che la *christian conciliation* viene intesa come un *genus* a cui afferiscono tre differenti rimedi riconciliativi che sono soliti anche rappresentarne le diverse fasi secondo un ordine cronologico: il *counseling/coaching*, la mediazione e l’arbitrato. In sostanza, le parti in lite sono invitate dapprima a tentare di risolvere la disputa tra di esse, in via del tutto informale e privata, servendosi all’uopo del confronto e dell’aiuto di un conciliatore²⁴⁴ scelto dalle medesime; la previsione di siffatto stadio preliminare potrebbe apparire

²⁴² Cfr. INSTITUTE FOR CHRISTIAN CONCILIATION, *Introduction*, in *Guidelines*, cit., p. 5: «*Christian conciliation is a process for reconciling people and resolving disputes out of court in a biblical manner. The process is conciliatory rather than adversarial in nature – that is, it encourages honest communication and reasonable cooperation rather than unnecessary contention and advocacy*».

²⁴³ Cfr. INSTITUTE FOR CHRISTIAN CONCILIATION, *Introduction*, in *Guidelines*, cit., p. 5: «*Christian Conciliators often find the most overlooked voice in conflict is God’s voice. By helping the parties to refocus on God’s Word, they gain a new perspective on the conflict that includes not just their own interests but also the interests of others. May the miracle of our reconciliation to God give you hope as you seek to resolve conflict and restore your relationship with others*».

²⁴⁴ Si precisa che il termine ‘conciliatore’ viene utilizzato per designare genericamente sia il *counsellor* sia il mediatore sia l’arbitro, secondo il ruolo conciliativo che lo stesso che è chiamato nel concreto a ricoprire; cfr. INSTITUTE FOR CHRISTIAN CONCILIATION, *Introduction*, in *Guidelines*, cit., p. 5.

prima facie superflua, atteso che due soggetti che ricorrono alla conciliazione cristiana è presumibile abbiano previamente tentato di risolvere la lite in sede privata; tuttavia, essa deve essere valutata alla luce dello scopo e dei principi della conciliazione cristiana, sì che – come evidenziato peraltro dalle stesse linee guida²⁴⁵ – tale fase rappresenterebbe la traduzione pratica del precetto dell’evangelista Matteo²⁴⁶, in ossequio al quale i dissapori tra fedeli devono essere risolti privatamente mediante il dialogo, quale strumento rappacificativo espressione di quell’idea di fratellanza cui mirano gli insegnamenti del Cristo.

Ad ogni modo, al di là di questa fase preliminare, le parti poi possono²⁴⁷ – ovvero sono obbligate a²⁴⁸ – esperire il procedimento di mediazione e/o²⁴⁹ arbitrato; al riguardo, preme dunque sottolineare la differenza tra i due

²⁴⁵ Cfr. INSTITUTE FOR CHRISTIAN CONCILIATION, *Introduction*, in *Guidelines*, cit., p. 6: «*Before attempting mediation or arbitration, a conciliator can provide you with written materials and individual biblical counseling/coaching designed to help you explore ways to resolve your dispute by talking privately with the other party. Only after private efforts have been exhausted should you bring more people into the process (see Matt. 18:15–16)*».

²⁴⁶ Mt 18:15-16: «se tuo fratello ha peccato contro di te, va’ e convincilo fra te e lui solo. Se ti ascolta, avrai guadagnato tuo fratello; ma, se non ti ascolta, prendi con te ancora una o due persone, affinché ogni parola sia confermata per bocca di due o tre testimoni».

²⁴⁷ Qualora non si siano previamente vincolate, per cui convengono – a lite già insorta – di risolvere la stessa sottoscrivendo un apposito compromesso.

²⁴⁸ Qualora invece siano obbligate a risolvere eventuali liti future in virtù di un’apposita clausola compromissoria inserita nel contratto previamente stipulato.

²⁴⁹ Nulla toglie, invero, che l’accordo delle parti contempli entrambi i rimedi (in tal caso si parla di c.d. ‘*med-arb agreement*’), di guisa che le parti sono tenute previamente ad esperire il procedimento di mediazione e, solo qualora esso abbia esito infruttuoso, ad avviare la conseguente procedura arbitrale; cfr. INSTITUTE FOR CHRISTIAN CONCILIATION, *Introduction*, in *Guidelines*, cit., p. 7, per cui il *med-arb agreement* dà luogo a un «*process that begins with mediation. If mediation is unsuccessful, the parties are legally obligated to proceed to arbitration. Unless agreed otherwise, an entirely new panel of conciliators will be assigned to serve as arbitrators*».

istituti²⁵⁰: mentre la mediazione si sostanzia in un procedimento piuttosto informale e teso all'attuazione di una trattativa tra le parti che si concluda con la sottoscrizione di un accordo scritto tra di esse ovvero con un parere non vincolante fornito dal mediatore²⁵¹, l'arbitrato vede coinvolta l'autorità dell'arbitro, che opera alla stregua di un giudice e rende una decisione vincolante (c.d. 'award'), in quanto suscettibile di acquisire efficacia esecutiva in sede giudiziale²⁵², laddove la corte statale pronunci una decisione di conferma del lodo.

La specifica disciplina procedurale per l'espletamento dei predetti *christian mediation* e *arbitration* è demandata alla seconda parte delle linee guida ('*Rules of Procedure for Christian Conciliation*'²⁵³); tali regole – come vedremo nel prosieguo – costituiscono la parte più rilevante della nostra indagine, giacché l'applicazione delle stesse – con i limiti che verranno precisati – viene richiamata espressamente nella clausola compromissoria (o, se del caso, nel compromesso) sottoscritta dalle parti, sì che il contenuto delle stesse assume carattere obbligatorio per i contraenti.

²⁵⁰ Che comunque rievocano, nella sostanza, la mediazione e l'arbitrato previsti dal nostro ordinamento.

²⁵¹ Cfr. INSTITUTE FOR CHRISTIAN CONCILIATION, *Introduction*, in *Guidelines*, cit., p. 6: «*Mediation is a relatively informal and voluntary process in which mediators facilitate communication and negotiation between the parties. [...] If the parties do not reach an agreement on their own, they may ask the mediators to issue an advisory opinion, which is not legally binding but is often accepted by both sides*»; cfr., altresì, INSTITUTE FOR CHRISTIAN CONCILIATION, *Rules of Procedure for Christian Conciliation*, in *Guidelines*, cit., p. 19.

²⁵² Cfr. INSTITUTE FOR CHRISTIAN CONCILIATION, *Introduction*, in *Guidelines*, cit., p. 7: «*Arbitrators act as judges, and their decisions are legally binding*»; v. anche INSTITUTE FOR CHRISTIAN CONCILIATION, *Rules*, in *Guidelines*, cit., p. 19.

²⁵³ Cfr. INSTITUTE FOR CHRISTIAN CONCILIATION, *Rules of Procedure for Christian Conciliation*, in *Guidelines*, cit., pp. 19-34.

La terza parte (*'Standard of Conduct for Christian Conciliators'*²⁵⁴) è invece dedicata a delineare delle regole di condotta a carico del conciliatore, le quali gravano quest'ultimo di una serie di responsabilità – di natura forse più etica che giuridica – non solo nei confronti delle parti e dei terzi, quali l'autorità giudiziaria o colleghi, ma financo nei confronti di Dio.

Al riguardo, preme evidenziare che l'Institute for Christian Conciliation sprona le parti in lite a designare un conciliatore tra quei professionisti che sono affiliati all'ente medesimo, ossia coloro che dallo stesso hanno conseguito un certificato rilasciato all'esito di un apposito corso²⁵⁵; ed invero la predetta organizzazione – nell'ottica di esimersi da ogni responsabilità – tiene a precisare di non aver alcun controllo *«over persons or organizations that use these Guidelines for Christian Conciliation outside of its direct administration and cannot be responsible for the services they provide»*²⁵⁶.

In sostanza, una volta che i contraenti abbiano con una clausola compromissoria in cui venga fatto richiamo delle linee guida, al di là che entrambi – come l'arbitro scelto, dovranno essere vincolati alle stesse nulla vieta – ove non specificato – che l'arbitro chiamato a dirimere la controversia sia un *'quivis de populo'*, privo magari di confidenza con lo svolgimento di

²⁵⁴ Cfr. INSTITUTE FOR CHRISTIAN CONCILIATION, *Standard of Conduct for Christian Conciliators*, in *Guidelines*, cit., pp. 35-37.

²⁵⁵ Cfr. JILL RICHEY RAYBURN, *Neighborhood justice centers: community use of ADR – Does it really work?*, in *University of Memphis Law Review*, vol. 26, n. 3, 1996, p. 1204 s.

²⁵⁶ INSTITUTE FOR CHRISTIAN CONCILIATION, *Guidelines*, cit., p. 2.

siffatta procedura, proprio per questo viene consigliata la scelta di uno che abbia dimestichezza²⁵⁷.

A questo punto si può convenire che le disposizioni circa la condotta dell'arbitro, alle quali i conciliatori certificati devono attenersi, possano in tal caso assumere un rilievo civilistico, qualora vengano disattese dal conciliatore. In tal ottica h e comunque senza maggiori certezze – si potrebbe ritenere che le stesse regole –ipotizzando che vengano sottoscritte – valgano a definire in sostanza un rapporto contrattuale tra tra l'ente e il conciliatore, quasi a sottendere una possibile rivalsa per il caso in cui la parte scontenta agisca nei confronti dell'istituto e questo voglia esimersi – o quanto meno potersi rivalere – circa ogni eventuale profilo di responsabilità che gli viene addebitato per l'espletamento della procedura.

Infine, l'ultima sezione delle linee guida (*'Conciliation Clauses for Contracts and Wills'*²⁵⁸) propone una serie di clausole arbitrali standard cui le parti contrattuali possono ricorrere per la regolamentazione dei propri interessi negoziali, qualora intendano apporre una clausola compromissoria al proprio contratto; quest'ultimo aspetto è oggetto del prossimo paragrafo, il quale servirà ad introdurre – in seguito – la disanima delle regole procedurali.

²⁵⁷ Cfr. INSTITUTE FOR CHRISTIAN CONCILIATION, *Introduction*, in *Guidelines*, cit., p. 2: «[...] when parties select their own conciliators, they should carefully consider the training and experience of the individuals who may serve them».

²⁵⁸ Cfr. INSTITUTE FOR CHRISTIAN CONCILIATION, *Conciliation Clauses for Contracts and Wills*, in *Guidelines*, cit., pp. 38-41.

2. *La christian arbitration clause.*

La disciplina statunitense in tema di arbitrato consente ai privati – come già illustrato nel capitolo precedente e tenendo a mente tutti i delicati profili interpretativi ivi esposti²⁵⁹ – di deferire le proprie controversie – presenti o future – alla cognizione di un terzo che sarà chiamato a decidere nei limiti del potere attribuitogli dalle parti, alla cui volontà è demandata sia la scelta dell'organo deputato a tale risoluzione (c.d. *choice of forum*) sia la normativa applicabile ai fini della decisione (c.d. *choice of law*). Nella prassi, dunque, sono due gli strumenti con cui i privati possono conseguire tale risultato: l'inserimento di un'apposita clausola compromissoria nel contratto (c.d. *arbitration clause*), per l'ipotesi di controversie future che dovessero sorgere dal rapporto contrattuale²⁶⁰ ovvero la stipulazione di un accordo *ad hoc* (c.d. *arbitration agreement*) per demandare all'arbitro la risoluzione di una controversia già in essere, sorta in tal caso anche al di fuori dunque di un rapporto contrattuale²⁶¹. È bene precisare, ad ogni modo, che nella prassi sia – indubbiamente – più frequente il ricorso alla clausola arbitrale più che all'accordo diretto a demandare all'arbitro la controversia già venuta ad esistenza.

²⁵⁹ V. cap. II, § 2.

²⁶⁰ Benché il novero delle controversie inerenti al rapporto contrattuale e fatte oggetto di clausola compromissoria possa poi essere circoscritto soltanto ad alcune di esse, con tutte le considerazioni già svolte intorno al problema di congrua redazione della clausola e di valutazione interpretativa dell'intenzione dei contraenti (se cioè gli stessi abbiano inteso ricomprendere nella clausola tutte le controversie o solo alcune; cfr., al riguardo, *supra*, cap. II, § 2.4.

²⁶¹ Si pensi, ad esempio, ad una lite sorta nell'ambito dei *torts*, intesi genericamente come illeciti extracontrattuali o a una controversia in materia di rapporti di vicinato.

Sotto tale profilo, l’Institute for Christian Conciliation raccomanda ai privati di ispirarsi – nella redazione dei termini contrattuali – all’archetipo della *christiana arbitration clause*²⁶² delineato nell’ultima sezione delle linee guida – un modello, come lo stesso ente tiene a precisare, che è stato ‘testato’ in tribunale²⁶³ – sì da scongiurare, dunque, il rischio che una formulazione della clausola in modo troppo affrettato o atecnico possa poi comprometterne la validità o efficacia e nell’ottica di sollecitare i privati ad inserire la medesima nei rapporti.

In tal ottica, il modello generale proposto segue una formulazione del seguente tenore, a cui segue un nostro tentativo di traduzione:

«The parties to this agreement are Christians and believe that the Bible commands them to make every effort to live at peace and to resolve disputes with each other in private or within the Christian church (see Matthew 18:15–20; 1 Corinthians 6:1–8). Therefore, the parties agree that any claim or dispute arising from or related to this agreement shall be settled by biblically-based mediation and, if necessary, legally binding arbitration in accordance with the Rules of Procedure for Christian Conciliation of the Institute for Christian Conciliation

²⁶² *Rectius*: ‘christian conciliation clause’, giacché le linee guida propongono un modello di clausola che prevede il preliminare esperimento della mediazione secondo uno schema mediazione-arbitrato.

²⁶³ Ed in effetti, come si avrà modo di constatare nel successivo capitolo, la casista giudiziale presenta clausole arbitrali formulate proprio secondo il modello qui illustrato; cfr. anche INSTITUTE FOR CHRISTIAN CONCILIATION, *Conciliation Clauses for Contracts and Wills*, in *Guidelines*, cit., p. 38 e s.: «both state and federal courts will usually enforce conciliation agreements that require arbitration. If a dispute arises and either party refuses to participate in conciliation efforts, the other party may petition a court for an order to compel the parties to proceed with mediation and arbitration. Similarly, if either party files a lawsuit regarding a contract violation, the other party may ask the court to stop the suit and direct the parties to proceed with conciliation. [...] Courts have found that contracts requiring the parties to resolve disputes according to biblical principles, and specifically according to a process set forth in The Rules of Procedure for Christian Conciliation published by the Institute for Christian Conciliation, are enforceable [...]».

CHRISTIAN ARBITRATION

(complete text of the Rules is available at www.instituteforchristianconciliation.com). Judgment upon an arbitration decision may be entered in any court otherwise having jurisdiction. The parties understand that these methods shall be the sole remedy for any controversy or claim arising out of this agreement and expressly waive their right to a jury and/or to file a lawsuit in any civil court against one another for such disputes, except to enforce an arbitration decision»²⁶⁴;

[Le parti di questo accordo sono cristiane e credono fermamente che la Bibbia imponga loro di perseguire ogni sforzo per vivere in pace e risolvere le controversie tra esse in privato o all'interno della chiesa cristiana (vedi Matteo 18:15-20; 1 Corinzi 6:1-8). Pertanto, le parti concordano che qualsiasi pretesa o controversia derivante da – o relativa a – questo accordo sarà risolta attraverso una mediazione in accordo ai precetti biblici e, se necessario, mediante un arbitrato giuridicamente vincolante, in conformità alle *Rules of Procedure for Christian Conciliation* dell'*Institute for Christian Conciliation* (il testo completo delle *Rules* è disponibile all'indirizzo www.instituteforchristianconciliation.com). La sentenza dell'autorità giurisdizionale avente ad oggetto il lodo arbitrale potrà essere pronunciata da qualsiasi tribunale altrimenti competente a conoscere della controversia. Le parti comprendono che questi strumenti costituiranno l'unico rimedio per qualsiasi controversia o disputa derivante da questo accordo e rinunciano espressamente al loro diritto a una giuria e/o a instaurare una causa in qualsiasi tribunale civile l'una contro l'altra per tali controversie, tranne che per ottenere la conferma – e così l'esecutività – della decisione arbitrale].

²⁶⁴ INSTITUTE FOR CHRISTIAN CONCILIATION, *Conciliation Clauses for Contracts and Wills*, in *Guidelines*, cit., p. 40.

CAPITOLO TERZO

Ancora, un ulteriore prototipo di clausola viene contemplato con riferimento alla materia successoria, come clausola dunque da apporre al testamento, di seguito enunciata e tradotta:

«I believe that God wants Christians to make every effort to live at peace and to resolve disputes with one another in private or within the church (see Matthew 18:15–20; 1 Corinthians 6:1–8; Ephesians 4:1–3). I believe that obedience to these principles honors and pleases God, benefits those involved, and may lead others to faith in Christ. Therefore, trusting that my family and friends will honor my beliefs and wishes, I ask that any questions or disputes that may arise during the administration of my estate be settled by mediation and, if necessary, arbitration in accordance with the Rules of Procedure for Christian Conciliation of the Institute for Christian Conciliation»²⁶⁵;

[Credo che Dio voglia che i cristiani facciano ogni sforzo per vivere in pace e per risolvere le controversie tra loro in privato o all'interno della chiesa (vedi Matteo 18:15-20; 1 Corinzi 6:1-8; Efesini 4:1-3). Credo che l'osservanza di tali principi comporti onore e piacere a Dio, come alle persone coinvolte e possa condurre altri verso la fede in Cristo. Pertanto, confidando che la mia famiglia e i miei amici onoreranno le mie convinzioni e i miei desideri, chiedo che qualsiasi questione o controversia che possa sorgere durante l'amministrazione del mio patrimonio sia risolta con la mediazione e, se necessario, con l'arbitrato in conformità alle *Rules of Procedure for Christian Conciliation* dell'*Institute for Christian Conciliation*].

Da ultimo, le linee guida – nell'appendice finale – contemplano altresì la previsione di un tipo di *mediation-arbitration agreement*²⁶⁶, che funge da

²⁶⁵ INSTITUTE FOR CHRISTIAN CONCILIATION, *Conciliation Clauses for Contracts and Wills*, in *Guidelines*, cit., p. 41.

²⁶⁶ Così formulato: «*We, the undersigned parties, are presently involved in a dispute with one another, and we hereby submit the issues described on the attached exhibit for*

vero e proprio compromesso che le parti potranno sottoscrivere qualora una lite sia già insorta tra di esse; al riguardo, si precisa comunque che l'istituto predilige per i privati il ricorso alla clausola compromissoria in sede di stesura del contratto – più che attendere la successiva sottoscrizione del compromesso per risolvere una lite sia già in essere –, dunque in un momento

mediation and, if necessary, legally binding arbitration before [...], who/which shall be considered to be the "Administrator" for the purposes of this Agreement. We have received and read the Rules of Procedure for Christian Conciliation (Rules) of the Institute for Christian Conciliation, which are incorporated into this agreement by reference and which we agree to follow. [...] In particular, subject to the more detailed provisions of the Rules, we acknowledge and agree that: 1. One or more conciliators will be nominated by the Administrator for our approval. 2. The conciliators will first attempt to assist us in reaching a voluntary settlement of this dispute through mediation. If we are unable to agree on a settlement, the conciliators may, at their discretion, issue an advisory opinion, which shall not be legally binding. If we are still unable to agree on a settlement, we agree to proceed to legally binding arbitration. [...] We will abide by and perform any decision rendered by the arbitrators, and we agree that such a decision may be entered as a judgment of a court of competent jurisdiction. We realize that arbitration will be the exclusive remedy for this dispute and that we may not later litigate these matters in civil court [...] (INSTITUTE FOR CHRISTIAN CONCILIATION, *Guidelines*, cit., p. 44.); [Noi, sottoscritti ci troviamo attualmente coinvolti in una controversia, tra di noi insorta, e con il presente accordo demandiamo le questioni descritte di cui all'allegato a mediazione e, se necessario, ad arbitrato legalmente vincolante davanti a [...] che sarà considerato l'Amministratore' ai fini del presente accordo. Abbiamo ricevuto e compreso le *Rules of Procedure for Christian Conciliation (Rules)* dell'Institute for Christian Conciliation, che sono parte di questo accordo per esplicito richiamo e che conveniamo di seguire. [...] In particolare, fatte salve le disposizioni più dettagliate delle *Rules*, riconosciamo e accettiamo che: 1. Uno o più conciliatori saranno nominati dall'amministratore per la nostra approvazione. 2. I conciliatori tenteranno anzitutto di assisterci nel raggiungimento di un accordo volontario per risolvere la presente controversia attraverso la mediazione. Qualora non riuscissimo a giungere ad un accordo, i conciliatori potranno, a loro discrezione, fornire un parere consultivo, che non sarà vincolante. Qualora non fossimo ancora in grado di raggiungere una soluzione condivisa, accettiamo di procedere con l'esperimento dell'arbitrato a carattere giuridicamente vincolante. [...] Rispetteremo e adempieremo qualsiasi decisione resa dagli arbitri, e acconsentiamo a che tale decisione possa essere confermata da una sentenza dell'autorità giudiziaria competente. Comprendiamo che l'arbitrato costituirà il rimedio esclusivo per questa controversia e che non potremo in seguito risolvere la controversia innanzi a un tribunale civile].

in cui «*both sides are inclined to see a conciliation clause as a prudent, non-threatening precaution*»²⁶⁷.

È d'uopo sottolineare in ogni caso che, al di là di ogni valutazione sulla congruità 'redazionale' della clausola, ciò che richiede un vaglio preliminare ai fini di un valido e efficace accordo, è che la controversia abbia a sorgere da un rapporto contrattuale che – quanto all'oggetto – afferisca ad una materia 'arbitrabile', ossia suscettibile di essere definita mediante arbitrato, in accordo con quanto previsto alla luce della disciplina federale o statale. In tal ottica, dunque, nonostante la corretta formulazione della clausola o dell'accordo, la parte che intende far valere il carattere obbligatorio della clausola in sede giudiziale potrebbe vedersi respinta la richiesta sull'assunto che la controversia sia demandata alla giurisdizione esclusiva dell'autorità giudiziaria civile e dunque, come tale, non sia arbitrabile. Tale rilievo ben si comprende alla luce delle considerazioni previamente esposte in merito all'arbitrabilità delle controversie; così, dunque, e a titolo esemplificativo, l'eventuale clausola compromissoria sottoscritta nel contratto di acquisto di un bene del valore inferiore a 5.000,00 dollari nello stato del Montana sarà invalida e inefficace per espressa disposizione dell'*Uniform Arbitration Act* adottato dallo stato del Montana²⁶⁸; analogamente, ai sensi della medesima

²⁶⁷ INSTITUTE FOR CHRISTIAN CONCILIATION, *Conciliation Clauses for Contracts and Wills*, in *Guidelines*, cit., p. 39; mentre, se il conflitto è già insorto «*trust evaporates quickly; people often become defensive, suspicious, and hostile, and may refuse to agree to conciliation*» (ivi).

²⁶⁸ Cfr. *MT Code* § 27-5-114 (2020): «[...] (2) *A written agreement to submit to arbitration any controversy arising between the parties after the agreement is made is valid and enforceable except upon grounds that exist at law or in equity for the revocation of a contract. [...] this subsection does not apply to: (b) any contract by an individual for the acquisition of real or personal property, services, or money or credit when the total*

disciplina, priva di effetto sarà la stessa clausola apposta in un contratto di lavoro, con specifico riferimento al risarcimento del danno da infortunio sul lavoro²⁶⁹; ancora, l'eventuale controversia in ordine ai rapporti di lavoro non può essere risolta mediante arbitrato secondo quanto sancito dalla legge arbitrale dello stato dell'Arkansas²⁷⁰.

Le linee guida, pertanto, non ignorano il predetto rilievo, ma ne attribuiscono tuttavia – quanto meno a nostro avviso – un'attenzione piuttosto marginale, considerato invece il significativo dispendio di attenzione che riceve la formulazione delle clausole: invero, da un lato – e in modo del tutto generico –, le linee guida informano che una *christian arbitration clause* possa essere utilizzata per risolvere un ampio novero di dispute in materia contrattuale – compravendita, appalto, rapporti di lavoro, *etc.* –, nonché in materia di diritti reali o di famiglia (si pensi ai *prenuptial agreements* tanto ricorrenti nell'ordinamento statunitense)²⁷¹; dall'altro, tuttavia, le stesse si

consideration to be paid or furnished by the individual is \$5,000 or less; [...] (d) claims for workers' compensation».

²⁶⁹ Cfr. nota precedente.

²⁷⁰ Si veda *AR Code* § 16-108-233 (2019), l. b), in virtù del quale la disciplina che concerne la validità e l'efficacia degli accordi arbitrali «*does not apply to: (1) Personal injury or tort matters; (2) Employer-employee disputes; or (3) An insured or beneficiary under any insurance policy or annuity contract.*».

²⁷¹ Cfr. INSTITUTE FOR CHRISTIAN CONCILIATION, *Introduction*, in *Guidelines*, cit., p. 5 s.: «*Christian conciliation has been used to settle a wide variety of disputes, from purely relational to substantive legal issues, including contract, employment, family, personal injury, church, landlord/tenant, real estate, construction, insurance, intellectual property, creditor/debtor, and professional conflicts. The monetary claims in these cases have ranged from zero to several million dollars. Some of the cases that have been resolved through Christian conciliation arose when: the owner of a house accused a builder of doing defective work; an employee claimed that she was improperly fired from her job; the owners of a business could not agree on how to divide its assets; [...] a patient alleged that a doctor had performed surgery improperly; [...] an author claimed that a publisher had broken a contract to publish his book; a family was disputing over the value and distribution of a family business; [...] two business people disagreed over intellectual property rights; two ranchers disagreed on road right-of-way; [...]*».

limitano a precisare che il rimedio arbitrale non potrà avere luogo in materie che la legge riserva inderogabilmente alla cognizione delle corti ovvero nel caso in cui la controversia attenga a questioni non rilevanti – quanto meno *prima facie* – civilisticamente, come dispute circa la disciplina interna di una determinata confessione religiosa o disaccordi inerenti a questioni di ‘conduzione’ della vita familiare²⁷².

La questione dell’arbitrabilità viene dunque piuttosto trascurata – o comunque sottovalutata – nelle linee guida, giacché queste ultime postulano che le parti che intendono avvalersi della clausola compromissoria si informino preventivamente per individuare se e quali controversie eventualmente nascenti dal contratto potranno trovare soddisfazione mediante la procedura arbitrale; ma una siffatta richiesta assume una connotazione di ingiustificata esigenza – per un ‘manuale’ che ha la pretesa di assurgere a ‘codice’ procedurale –, specie ove si consideri che non tutti i contraenti possiedono una conoscenza anche solo generica della disciplina arbitrale dettata a livello statale – o anche federale –, e così delle eventuali esclusioni ivi contemplate, sì che il rischio di sottoscrivere una clausola invalida non è del tutto marginale.

In ultima analisi, è di significativa importanza precisare che, mediante le clausole formulate secondo i modelli testé descritti, le parti non si

²⁷² Cfr. INSTITUTE FOR CHRISTIAN CONCILIATION, *Introduction*, in *Guidelines*, cit., p. 7: «[...] *arbitration may not be used to resolve legal issues over which civil courts will not relinquish jurisdiction (e.g., child custody, support, and visitation); issues that are solely within the jurisdiction of the family (e.g., how to teach or discipline children); or issues that are solely within the jurisdiction of the church (e.g., determining doctrine, calling or dismissing a pastor, or exercising church discipline)*».

vincolano soltanto all'esperimento di un arbitrato a carattere religioso, ma si obbligano altresì a tutte le prescrizioni contemplate nelle *Rules of Procedure for Christian Conciliation*, di cui alle linee guida; l'esplicito richiamo di tali regole, come operato dalla clausola, rende le stesse vincolanti per le parti, sì che le *Rules* da fonte 'paranormativa' assurgono a vera e propria disciplina che integra il contenuto del contratto *per relationem*.

Ed è anche per questa ragione, dunque, che si ritiene proficua – nel corso di un'indagine come la nostra – procedere ad un'accurata analisi delle predette regole, anche ai fini di apprendere come, nel concreto, il procedimento abbia luogo.

3. *Aspetti procedurali dell'arbitrato cristiano: le Rules of Procedure for Christian Conciliation.*

Le *Rules of Procedure* dell'arbitrato cristiano (d'ora in poi solo 'Regole') si strutturano, come già anticipato, secondo uno schema che riecheggia quello tipicamente codicistico, attesa la sua strutturazione in 45 articoli (o, più propriamente, 'rules'); sì che ad una serie di regole generali, previste per la conciliazione cristiana *tout court* intesa, seguono poi disposizioni dirette a disciplinare nello specifico rispettivamente il procedimento di mediazione e quello arbitrale. La nostra attenzione, ai fini della presente ricerca, è rivolta in particolare alle regole generali nonché a quelle delineate per l'arbitrato, benché si avrà modo anche di richiamare quelle dettate in tema di mediazione.

L'illustrazione delle regole che trova attenzione in questo paragrafo segue un metodo sistematico, e, dunque, non tanto secondo l'ordine

numerico, quanto più secondo un ordine – per quanto possibile – ‘*ratione materiae*’ e/o cronologico, partendo dalle disposizioni generali per proseguire poi al vaglio di quelle previste per le varie fasi del procedimento arbitrale.

3.1. *I criteri di applicazione delle regole.*

Si è avuto modo di evidenziare poc’anzi che le Regole, attraverso l’espreso richiamo operato dalla clausola compromissoria, assumono carattere obbligatorio per i contraenti. Tuttavia, la vincolatività alle stesse può incontrare dei limiti nella volontà delle parti ovvero nella previsione di una disciplina statale o federale confliggente con le regole.

Quanto al primo profilo, invero, l’autoritatività delle Regole cede innanzi al principio di libertà contrattuale delle parti, quale espressione della autonomia privata dei medesimi; in tal ottica, invero, le disposizioni di cui alle Regole possono essere derogate dalle parti, benché la reg. 3, l. n) ne subordini l’effetto derogativo al previo accordo scritto delle parti e dell’amministratore²⁷³. Questa disposizione potrebbe lasciare indubbiamente perplessi, atteso che l’amministratore non è parte della clausola compromissoria; tuttavia, come avremo modo di precisare nel prosieguo, le parti devono, prima di esperire il procedimento e in ossequio alla clausola arbitrale, anche sottoscrivere un ulteriore accordo con cui esplicitano gli

²⁷³ Cfr. INSTITUTE FOR CHRISTIAN CONCILIATION, *Rules of Procedure for Christian Conciliation*, in *Guidelines*, cit., reg. 3, l. n), p. 20: «*Any provision of these Rules may be modified, but only by a written agreement signed by the parties and the Administrator*» (si precisa che, per questioni di sinteticità, d’ora in poi nel testo le singole *Rules* verranno richiamate indicando soltanto il numero della regola seguito dall’eventuale lettera e dalla pagina delle *Guidelines* dove è contenuta, secondo il seguente modello: ‘reg. 3, l. n), p. 33’).

estremi della lite ormai venuta in essere; se ne desume, peraltro, che eventuali contrasti tra il contenuto della clausola compromissoria e quello del successivo accordo dovranno essere risolti in favore di quanto disposto dal secondo, di carattere più specifico e comunque intervenuto successivamente, a lite ormai iniziata²⁷⁴.

Quanto all'eventuale conflitto che possa insorgere tra quanto prescritto dalle Regole e le disposizioni di una legge statale o federale (si pensi ad esempio all'ipotesi in cui la disciplina arbitrale di uno stato confederato contempli dei termini diversi per la revisione del lodo rispetto al termine – di 20 giorni dalla pronuncia – previsto dalle Regole), la reg. 42 depone per la prevalenza delle Regole, facendo salvo il caso in cui la disposizione statale o federale con esse confliggente sia inderogabile²⁷⁵; peraltro, significativi dubbi possono profilarsi in ordine alla circostanza che la predetta reg. 42 menzioni esplicitamente gli statuti statali o federali, escludendo così l'altra significativa fonte del diritto statunitense, ossia la giurisprudenza delle corti, che di frequente arricchisce con le proprie decisioni la normativa arbitrale.

Ad ogni modo, ed a prescindere da eventuali profili di derogabilità, si precisale che le Regole devono essere anzitutto applicate e interpretate con riguardo allo scopo della *christian conciliation*, come enunciato alla reg. 1, e dunque non solo più nell'ottica di perseguire la glorificazione di Dio e la riappacificazione delle parti²⁷⁶, ma in vista di una funzione educativa, volta

²⁷⁴ Salvo sempre che entrambi gli accordi siano validi ed efficaci.

²⁷⁵ Cfr. reg. 42, p. 33: «*Should these Rules vary from state or federal arbitration statutes, these Rules shall control except where the state or federal rules specifically indicate that they may not be superseded*».

²⁷⁶ Cfr. supra p. 104.

cioè ad intervenire sull'atteggiamento del privato affinché costui eviti possibili situazioni conflittuali per il futuro²⁷⁷.

Le Regole forniscono altresì un criterio *'ratione temporis'* per individuare quale siano le Regole che governano il procedimento arbitrale; ciò in quanto, nel corso degli anni le Regole subiscono revisioni e novelle sì da rendersi necessario un parametro per la corretta applicazione delle stesse. La questione è risolta dalla reg. 5, l. f), che prevede l'applicazione delle Regole in vigore al momento dell'inizio della conciliazione²⁷⁸. Una critica non può nascondersi nei confronti di quest'ultimo profilo, giacché tra la conclusione del contratto e l'insorgenza della lite possono trascorrere diversi anni, con il rischio che le parti si siano vincolate con la conoscenza di determinate Regole all'epoca esistenti e si vedano invece applicare le regole *'entrate in vigore'* successivamente. Le Regole, invero, non coinvolgono solo profili meramente procedurali, ma anche profili che possono incidere sui diritti delle parti in modo rilevante (si pensi alle spese del procedimento o ai motivi di revisione del lodo innanzi all'arbitro); anche la preventiva stipulazione dell'accordo che apre il procedimento arbitrale non pare risolvere il problema, considerato che le parti potrebbero trovarsi in disaccordo sull'applicazione delle regole vigenti in un determinato momento. L'ultima edizione delle regole risale al marzo del 2021 e non presenta sostanziali difformità dalla precedente edizione del 2019.

²⁷⁷ Cfr. reg. 1, p. 19: «*The purpose of Christian conciliation is [...] to reconcile those who have been alienated by conflict and to help them learn how to change their attitudes and behavior to avoid similar conflicts in the future. These Rules shall be interpreted and applied in a manner consistent with this purpose.*».

²⁷⁸ Cfr. reg. 5, l. f), p. 21: «*The Rules of Procedure for Christian Conciliation in effect when conciliation is initiated shall apply.*».

Al rispetto delle Regole è deputata la reg. 18, in virtù della quale si apprende che ciascuna parte è tenuta a sollevare tempestivamente la violazione di una delle regole – ad opera dell’arbitro o della controparte –, di talché qualora la parte proceda ad un incontro conciliativo senza rilevare tale questione ovvero non eccepisca in forma scritta – presumibilmente all’arbitro o all’amministratore – siffatta violazione entro tre giorni dall’avvenuta conoscenza della stessa, il proprio diritto ad eccepire tale rilievo si intenderà rinunciato²⁷⁹.

Peraltro, a presidio dell’obbligo di ottemperare alle Regole, è previsto uno strumento sanzionatorio gravante sulle parti in lite, disciplinato dalla reg. 44: la disposizione contempla l’irrogazione di una sanzione pecuniaria ad opera dell’arbitro – e su richiesta di una parte – nei confronti della controparte che contravvenga una disposizione delle Regole o un ordine dell’arbitro, benché quest’ultimo sia tenuto a chiedere chiarimenti al trasgressore prima di procedere all’irrogazione della sanzione e, in ogni caso, restando preclusa la possibilità di pronunciare un lodo che lo veda soccombente per il sol fatto di non aver rispettato una determinata regola o ordine²⁸⁰.

²⁷⁹ Cfr. Reg. 18, p. 26: «*Any party who proceeds with a conciliation meeting after learning that any provision of these Rules has not been complied with, or who fails to object in writing within three days of learning that any provision of these Rules has not been complied with outside of a conciliation meeting, shall be deemed to have waived the right to object*».

²⁸⁰ Cfr. reg. 44: «*Upon request by a party, the arbitrator may, at his or her discretion, order monetary sanctions where a party fails to comply with its obligations under these Rules, including Rule 1, or with an order of the arbitrator. The arbitrator may not enter a default award as a sanction. The arbitrator must provide a party that is subject to a sanction request with the opportunity to respond prior to making a determination regarding the sanction’s application*».

3.2. *Le parti.*

Tra le parti protagoniste del procedimento di arbitrato cristiano le *Rules* menzionano *in primis* l'amministratore (c.d. 'Administrator'), che è il soggetto – persona fisica o ente – a cui i litiganti si rivolgono per sottoporre la controversia²⁸¹ e che è deputato principalmente allo svolgimento di compiti organizzativi e di gestione che si pongono come preliminari all'attuazione in concreto della procedura, distinguendosi così dalla figura dell'arbitro o comunque del conciliatore, quest'ultimo quale organo chiamato a risolvere *stricto sensu* la controversia nonché a condurre le varie fasi dell'arbitrato. In sostanza, l'amministratore si pone come 'fornitore' del servizio di conciliazione²⁸², sì che in genere tale ruolo sarà rivestito dallo stesso Institute for Christian Conciliation, benché le regole consentano espressamente²⁸³ che un servizio analogo – nonché le *Rules* stesse – siano usufruite anche da soggetti estranei al predetto ente, siano essi persone fisiche – si pensi a un ministro di culto – o una qualunque altra organizzazione distinta dall'Institute.

²⁸¹ Cfr. reg. 2, p. 33: «[...]Any such organization or person to whom parties submit a dispute shall be referred to as "the Administrator" throughout these Rules».

²⁸² Cfr. reg. 3, l. a), p. 33: «Administrator refers to any individual or organization that provides or facilitates Christian conciliation services pursuant to these Rules. [...]»; la medesima regola, nel prosieguo, precisa che, nell'ipotesi in cui l'amministratore designato sia un ente, allora «Administrator includes any staff, directors, volunteers, or conciliators who serve on behalf of the organization».

²⁸³ Cfr. reg. 2, p. 33: «These Rules may be used by ICC Peace as the Institute for Christian Conciliation™, a denominational or local Christian conciliation ministry, a church, or any other organization or person who wishes to help parties resolve conflicts pursuant to these Rule. [...]».

A differenza dell'amministratore, il conciliatore è il terzo – o terzi, se sono plurimi – che viene investito delle funzioni di *counsellor*, mediatore o arbitro²⁸⁴ a seconda della specifica procedura richiesta in concreto dalle parti ovvero – nel caso di accordi che contemplino tutte e tre le fasi – a seconda della fase di svolgimento della conciliazione cristiana. In ogni caso, il conciliatore avrà il compito di condurre il procedimento e risolvere la controversia, secondo gli strumenti che gli sono concessi e i compiti che gli sono affidati nelle singole fasi: in tal ottica, nella fase di *counselling* egli si limiterà ad un confronto informale con le parti²⁸⁵; nella mediazione tenterà di fare addivenire le parti alla stipulazione di un accordo, che assumerà le vesti di una vera e propria transazione, ovvero fornirà alle stesse un proprio parere consultivo non vincolante sulla questione²⁸⁶; nell'arbitrato, egli rivestirà una funzione 'giudiziale' nel senso che sarà investito del compito di risolvere la controversia alla stregua di un giudice²⁸⁷.

Per quanto concerne le parti – nel senso propriamente inteso dei soggetti litiganti – le Regole precisano che esse possono essere sia persone fisiche che enti²⁸⁸ e non devono necessariamente appartenere ad una determinata confessione religiosa, né afferente alla fede cristiana né ad altre o alcuna; sotto questo interessante rilievo, nella parte introduttiva delle linee guida viene invero precisato che la conciliazione cristiana non è circoscritta ai soli

²⁸⁴ Cfr. reg. 3, l. c), p. 34: «*Conciliator refers to a conflict coach, a mediator, or an arbitrator*».

²⁸⁵ Cfr *supra*, nt. 245.

²⁸⁶ Cfr *supra*, nt. 251.

²⁸⁷ Cfr. *supra*, nt. 252.

²⁸⁸ Cfr. reg. 3, l. k), p. 35: «*A person or party includes an individual or an entity, corporate or otherwise*».

fedeli cristiani, ma che anzi «*many people who do not profess to be Christians have submitted disputes to conciliation and have been pleased with the results*»²⁸⁹. Tuttavia, viene altresì disposto, l'accesso a tale strumento può essere precluso – in virtù di un potere meramente discrezionale dell'arbitro – alla parte che risulti non conformarsi ai principi cristiani che sono posti a fondamento della procedura²⁹⁰.

Se il novero delle parti dell'arbitrato cristiano potrebbe esaurirsi con l'enunciazione dei soggetti testé considerati, si deve invece tenere conto di ulteriori soggetti la cui partecipazione al procedimento è facoltativa e meramente eventuale.

Nelle *Rules* è riconosciuto in favore delle parti il diritto al *legal counsel*²⁹¹ – ossia all'assistenza legale –, così contemplando espressamente il diritto delle parti a essere assistite e/o rappresentate da un proprio difensore nel corso del procedimento, atteso che «*conciliation can affect substantial legal rights and responsibilities*»²⁹². Anzi, l'assistenza dell'avvocato è significativamente favorita²⁹³, specie nella procedura arbitrale, ove, come

²⁸⁹ INSTITUTE FOR CHRISTIAN CONCILIATION, *Introduction*, in *Guidelines*, cit., p. 9.

²⁹⁰ Cfr. INSTITUTE FOR CHRISTIAN CONCILIATION, *Introduction*, in *Guidelines*, cit., p. 9: «*Christian conciliators evaluate each case on an individual basis, however, and may decline to accept a case if it appears that either party does not respect the Christian principles underlying the process*».

²⁹¹ Cfr. reg. 13, l. a), p. 23: «*[...] parties have the right to be assisted or represented by independent legal counsel throughout the conciliation process*».

²⁹² Cfr. reg. 13, l. a), p. 23: «*Conciliation can affect substantial legal rights and responsibilities. [...]*».

²⁹³ Cfr. INSTITUTE FOR CHRISTIAN CONCILIATION, *Introduction*, in *Guidelines*, cit., p. 14: «*Conciliators encourage parties to consult with independent legal counsel, since Christian conciliators do not provide parties with legal advice or represent them in an attorney/client relationship. The assistance of independent legal counsel is especially helpful when dealing with significant legal rights or when using arbitration, which is influenced by state or federal statutes*».

visto, può assumere rilievo anche il rispetto – o quanto meno, la presa in considerazione – di normative statali o federali. Nel dettato della reg. 13, deputata alla disciplina dell'assistenza legale, viene a delinearsi, tra l'altro, una distinzione circa le attività che sono consentite all'avvocato: in particolare, nel procedimento di mediazione il suo compito viene limitato a una funzione meramente consultiva, mentre nell'arbitrato egli può assumere financo la rappresentanza della parte²⁹⁴; la medesima disposizione, peraltro, pone anche una situazione di – a nostro avviso, incomprensibile, – incompatibilità²⁹⁵ dell'avvocato che abbia previamente esercitato la funzione di conciliatore laddove esso stesso assuma la difesa di una delle parti in un successivo giudizio innanzi all'autorità giudiziaria avente ad oggetto la medesima questione; un profilo di incompatibilità, quanto meno a nostro avviso, si ravviserebbe invece nella situazione opposta, qualora cioè l'avvocato che ha assistito la parte in una determinata fase della procedura – si pensi nel corso della mediazione – venga in seguito designato come arbitro²⁹⁶ del *christian arbitration*; tale rilievo di incompatibilità più che

²⁹⁴ Cfr. reg. 13 l. e), p. 24: «*During mediation, attorneys shall serve only as advisors to their clients, and the clients will be expected to speak for themselves as much as possible. During arbitration, attorneys may represent and speak for their clients. [...]*». Peraltro, vale rilevare che le Regole non prescrivono altre disposizioni in tema di rappresentanza della parte – si pensi a quella dell'interdetto a seguito della sottoscrizione della clausola compromissoria – per cui si deve presumere valgano le regole generali dettate dalla legge statale o federale al riguardo.

²⁹⁵ Cfr. reg. 13, l. f), p. 24: «*No attorney who has served as a conciliator shall represent any party in a subsequent legal proceeding concerning the matter that was presented for conciliation, nor may such an attorney use in other proceedings any information that was obtained during conciliation*».

²⁹⁶ Fattispecie infrequente, ma non impossibile, atteso che molti arbitri cristiani dell'Institute for Christian Conciliation sono altresì avvocati. Proprio sotto quest'ultimo profilo, le Regole precisano invero che gli avvocati che servono per conto dell'Institute svolgono una funzione imparziale, sì che nessuna delle parti può rivolgersi ad essi per ottenere una consulenza legale o chiederne di esserne rappresentati; cfr., in punto, reg. 13,

assumere significato in un processo ‘ordinario’ potrebbe dunque rispondere ad una mera esigenza interna, di rapporto tra conciliatore-arbitro e Institute for Christian Conciliation. A chiusura, le Regole prevedono che la condotta dell’avvocato in ogni caso sia rispettosa della natura conciliativa – anziché conflittuale – dell’arbitrato cristiano²⁹⁷.

Un ulteriore soggetto terzo che può essere coinvolto nel procedimento arbitrale – o comunque conciliativo in generale – è l’assicurazione di cui eventualmente una o entrambe le parti siano fornite, per il caso in cui la controversia abbia ad oggetto un danno che rientra nella copertura dell’assicurazione. Al riguardo, la reg. 6 prescrive innanzitutto l’obbligo delle parti di comunicare alla controparte l’esistenza di una polizza assicurativa il contenuto della stessa; l’assicurato, poi, a propria discrezione, potrà invitare l’assicuratore a prendere parte al procedimento²⁹⁸, benché si possa ritenere che quest’ultimo non sia obbligato a parteciparvi. Tuttavia, ai fini di una soluzione più celere e per evitare eventuali future azioni di rivalsa da parte dell’assicurato, il suo interesse alla partecipazione ben può essere condiviso.

l. b), p. 24: «*Both the Administrator and any attorneys serving on behalf of the Administrator serve only as impartial conciliators and will not represent any party or provide the parties with legal advice such as they would receive were they to seek legal advice from an independent attorney. If a party desires legal advice, he/she should consult with his/her own independent attorney, especially concerning a question about the statute of limitations (i.e., how long one can wait to file a legal action before losing the right to do so)*».

²⁹⁷ Cfr. reg. 13, l. e), p. 24: «*[...] Attorneys will be expected to respect the conciliatory nature of the process and avoid unnecessary advocacy*».

²⁹⁸ Cfr. reg. 6, p. 21: «*Any party that may be fully or partially covered by an insurance policy relating to a dispute or claim in conciliation must disclose the existence and contents of the insurance policy to the opposing parties. Information concerning the insurance policy is not by reason of disclosure admissible in evidence in arbitration. If a dispute or claim submitted to conciliation involves an alleged injury or damage that may be covered by a party’s insurance, the insurer may be invited by the insured to be present at the conciliation meeting in order to facilitate a prompt and equitable resolution*».

Ultimo soggetto che a vario titolo può partecipare al processo arbitrale – e a quello conciliativo più in generale – è un ministro di culto della confessione religiosa – con questo termine ci sembra di poter tradurre la locuzione ‘*church leader*’ utilizzata dalle *Rules*²⁹⁹ – di cui è membro una delle parti; anche in questo caso, si tratta di un coinvolgimento meramente facoltativo, qui volto a rendere edotta la comunità religiosa della controversia in corso e a consentire così alla stessa di acquisire o fornire informazioni sulla lite nonché «*take whatever steps it deems necessary to facilitate reconciliation and promote a biblical resolution of the dispute*»³⁰⁰, in una funzione di cooperazione.

La reg. 17, che disciplina appunto il coinvolgimento testé indicato, presenta tuttavia due significativi rilievi critici, che si sostanziano in altrettante deroghe alla natura ‘riservata’³⁰¹ del procedimento in esame.

Da un lato, infatti, per il caso in cui una delle parti non dimostri un atteggiamento collaborativo ai fini dello svolgimento dell’arbitrato – ovvero di ottemperanza alle decisioni ivi assunte –, la disposizione consente all’amministratore, all’arbitro o alla controparte, di riferire tale condotta ad un ministro di culto della confessione religiosa a cui appartiene la parte, chiedendo ad esso una partecipazione attiva al procedimento; in tal ottica, il potere di ‘ingerenza’ conferito a quest’ultimo è decisamente ampio, sì da non limitarsi alla mera assunzione di informazioni circa l’andamento del

²⁹⁹ E che le regole stesse definiscono come «*the staff and official leaders of both the church that a person usually attends or formally belongs to and the denomination, if any, to which that church belongs*»; così, reg. 3, l. j), p. 20.

³⁰⁰ Reg. 17, p. 26.

³⁰¹ Come disposto dalla reg. 16, rubricata ‘*Confidentiality*’.

procedimento, ma anche alla revisione di tutto ciò che è emerso in sede conciliativa³⁰².

Dall'altro, viene conferito all'amministratore il potere di riferire al *church leader* della confessione a cui aderisce la parte qualunque informazione possa essere rilevante per le sue indagini o decisioni³⁰³, in deroga al principio di riservatezza di cui alla reg. 16.

Senza dubbio, fa discutere quest'ultimo rilievo, atteso che un siffatto intervento 'ecclesiastico' potrebbe sostanziarsi in una forma di influenza sul comportamento della parte che potrebbe temere 'ritorsioni' da parte della propria comunità religiosa.

3.3. *La fase introduttiva.*

L'avvio del *christian arbitration* può sostanziarsi secondo due modalità, a seconda che – in linea generale – la controversia sia venuta ad esistenza in assenza ovvero alla presenza di una clausola compromissoria previamente convenuta *ad hoc* dalle parti, come emerge – a nostro avviso – dall'interpretazione del combinato disposto della reg. 5 (regola generale) e della reg. 25 (specificamente dettata per la procedura arbitrale).

³⁰² Cfr. reg. 17, p. 26: «[...] *If a party who professes to be a Christian is unwilling to cooperate with the conciliation process or refuses to abide by an agreement reached during mediation, an advisory opinion, or an arbitration decision, the Administrator or the other parties may report the matter to the leaders of that person's church and request that they actively participate in resolving the dispute. If a church chooses to become actively involved, it may, at its discretion, review what has transpired during conciliation, obtain such additional information as it deems to be helpful, [...]*».

³⁰³ Cfr. reg. 17, p. 26: «[...] *The Administrator may disclose to the church any information that may have a bearing on its investigation or deliberations*».

Il primo caso afferisce alla circostanza in cui non si rinvenga l'esistenza di una clausola compromissoria convenuta tra le parti, o perché non contemplata negli accordi contrattuali o semplicemente perché la controversia esula dall'ambito dei rapporti propriamente contrattuali (si pensi ad un caso di divisione ereditaria). Per siffatte ipotesi, dunque, ciascuna delle parti³⁰⁴ potrà rivolgersi informalmente all'amministratore comunicando la propria intenzione di avvalersi dell'arbitrato cristiano, esponendo la natura della controversia, i dati della controparte e il risultato che intende conseguire³⁰⁵; l'amministratore, a questo punto, può decidere di accettare o rifiutare la richiesta, diniego che, peraltro, gli è concesso per qualunque motivo³⁰⁶; peraltro, è d'uopo qui precisare che, a mente della reg. 7, il rifiuto allo svolgimento dell'arbitrato può anche essere sopravvenuto e non dunque intervenire solo *'ante litem'*; ciò può accadere quando l'amministratore ritenga che il percorso intrapreso non sia più appropriato o efficace, per cui – nel caso specifico dell'arbitrato –, ove le parti non concordino con tale scelta, l'amministratore potrà rimetterle innanzi a un diverso ente che farà applicazione delle medesime Regole³⁰⁷. Ad ogni modo, in caso di accettazione del caso ad egli sottoposto, l'amministratore potrà – ove

³⁰⁴ Non si esclude, peraltro, che entrambe possano presentare richiesta concordemente.

³⁰⁵ Cfr. reg. 5, l. a), p. 20: «*Any person may initiate conciliation by informing the Administrator of the nature of the dispute, the names of the other parties involved, and the remedy sought [...]*».

³⁰⁶ Cfr. reg. 5, l. b), p. 20: «*The Administrator may decline to accept any case for any reason [...]*».

³⁰⁷ Cfr. reg. 7, l. a), p. 21: «*The Administrator may withdraw at any time from any case if it decides that conciliation is inappropriate or ineffective. If the Administrator withdraws from a case requiring arbitration, and if the parties do not agree to terminate arbitration entirely, they shall submit their dispute to another organization that will apply these Rules*».

richiestogli dalla parte istante – provvedere personalmente a comunicare all'altra parte la richiesta che gli è stata presentata e fornire informazioni al riguardo³⁰⁸. A seguito dell'accettazione dell'amministratore, e nell'ipotesi in cui anche la controparte convenga di risolvere la lite in questi termini³⁰⁹, entrambe le parti dovranno sottoscrivere un apposito compromesso³¹⁰ (c.d. '*christian arbitration agreement*') il cui contenuto – come illustrato in precedenza – è analogo a quello della *christian arbitration clause*, se non distinguendosi da quest'ultimo per il sol fatto che concerne una lite già in essere, e non futura. Tale accordo oltre a contenere la descrizione della disputa, deve altresì precisarne il valore nonché il *petitum*. Le Regole precisano altresì che i termini dell'accordo così fissati non possono essere oggetto di modifica, salvo una nuova o diversa richiesta sia approvata dall'arbitro o dall'amministratore³¹¹.

³⁰⁸ Cfr. reg. 5, l. a), p. 20: «[...] *The initiating party may inform the other parties of the request for conciliation and provide them with information describing Christian conciliation, or the initiating party may ask the Administrator to contact the other parties*».

³⁰⁹ Invero, qualora l'altra parte non sia d'accordo, *nulla questio*: il procedimento non avrà luogo. Nell'ipotesi in cui vi siano più parti, invece, la decisione non avrà effetto nei confronti della parte che non ha aderito – per rifiuto o ignoranza – all'accordo; cfr., su quest'ultimo rilievo, reg. 5, l. d), p. 20: «[...] *If persons who have a legal interest in the dispute refuse to consent to conciliation, conciliation shall affect only the rights and responsibilities of those joined as parties*».

³¹⁰ Cfr. reg. 5, l. d), p. 20: «*If the Administrator accepts a case, conciliation shall commence only after the parties sign a conciliation agreement*».

³¹¹ Cfr. reg. 5, l. e), p. 21: «[...] *All mediation/arbitration and arbitration agreements shall contain a statement of the issues to be resolved. Arbitration agreements shall also contain a statement of the amount of money involved, if any, and the remedies sought. After a mediation/arbitration or arbitration agreement is signed by all parties, no new or different claim may be submitted without the approval of either the Arbitrators or the Administrator*». Per quanto riguarda il solo accordo per l'avvio della mediazione, la natura decisamente più informale di tale procedimento non richiede altri elementi se non l'indicazione della questione da risolvere; cfr., in punto, reg. 5, l. e), p. 21: «*Mediation agreements may contain an initial statement of the issues to be resolved [...]*».

Nall'ipotesi, invece, in cui le parti abbiano previamente sottoscritto una clausola compromissoria, la fase introduttiva dell'arbitrato rimembra quella 'conflittuale' più rispondente al giudizio, giacché vede preponderante l'iniziativa della singola parte, alla quale spetterà presentare all'amministratore un'apposita richiesta di avvio dell'arbitrato³¹² (c.d. '*Request for Arbitration*') unitamente a copia del contratto in cui è riportata la clausola compromissoria – o, eventualmente, copia della decisione del tribunale che ha rimesso le parti all'arbitro –, alla prova di pagamento di un importo a titolo di tassa e alla prova di avvenuta notifica dell'istanza di arbitrato alla controparte³¹³. Solo quando le presenti istanze saranno depositate presso l'ufficio dell'amministratore, quest'ultimo potrà notificare al 'convenuto' l'avvio del procedimento arbitrale³¹⁴.

Per quanto concerne la 'costituzione' della controparte nella procedura, questa ha tempo sino a 20 giorni – liberi – per depositare una memoria difensiva con cui prendere posizione in merito all'istanza di arbitrato, presentando le proprie argomentazioni, richieste e eventuali contropretese; il decorso del predetto termine senza una risposta costituisce un rifiuto all'adesione alla procedura, ma non preclude tuttavia lo svolgimento della

³¹² Che, come per l'*arbitration agreement* dovrà contenere l'indicazione delle parti, il *petutim* e la *causa petendi*; cfr. reg. 25, p. 28: [...] *The Request for Arbitration shall contain a statement of issues and remedies sought, including any financial remedies, along with the names and contact information of the other parties.* [...]

³¹³ Cfr. reg. 25, p. 28: «*Arbitration is initiated by a party filing with the Administrator the following: a written request for arbitration; copy of an agreement, court order, or any document containing a conciliation clause; applicable filing fees; proof of notification to other parties of the filing of the arbitration.* [...]

³¹⁴ Cfr. reg. 25, p. 28: [...] *The Administrator will notify the responding parties when all the filing requirements are met.* [...]

stessa, che avverrà in assenza della parte³¹⁵, come precisato dalla reg. 25 che richiama espressamente la reg. 37³¹⁶, dedicata alla contumacia della controparte (rubricata ‘*Arbitration in the absence of a party*’).

È bene precisare che, alla luce di quest’ultima regola, l’assenza della controparte al procedimento non inficia la decisione sulla controversia, potendo l’arbitro richiedere alla parte presente ogni documento o informazione utile ad una congrua decisione³¹⁷, né preclude al contumace di potere intervenire in un secondo momento e prendere parte alle udienze a procedura già avviata³¹⁸; in tal caso tuttavia, la predetta disposizione sancisce la possibilità per la parte ‘costituita’ di richiedere all’arbitro che l’ammissione della controparte contumace sia subordinata alla corresponsione degli onorari e costi sostenuti sino ad allora, restando nella sua discrezione la facoltà di concedere o meno tale richiesta³¹⁹; qualora, invece, il contumace rimanga tale sino a conclusione del procedimento, viene prescritto che i costi dello stesso siano anticipati dalla parte che partecipa e successivamente liquidati al

³¹⁵ Cfr. reg. 25, p. 28: [...] *The responding parties will then have 20 calendar days to file a Response to the Request for Arbitration containing their statement of issues and remedies sought, including any financial remedies. Failure to file a Response within the time period will be taken as a denial of the claim and will not delay the arbitration (see Rule 37). [...]*».

³¹⁶ Cfr. reg. 37, p. 32: «[...] *arbitration may proceed in the absence of any party who, after due notice, fails to be present or fails to obtain an adjournment*».

³¹⁷ Cfr. reg. 37, p. 32: «[...] *A decision shall not be made solely because of the default of a party. The arbitrators shall require the party who is present to submit such evidence as the arbitrators may require for the making of a decision. [...]*»; peraltro, ciò è in linea con il disposto della reg. 40 sulle sanzioni per la condotta delle parti, la quale esclude che il lodo sia pronunciato a titolo di sanzione.

³¹⁸ Cfr. reg. 37, p. 32: «*The arbitrators may, but need not, allow the absent party an opportunity to appear at subsequent hearing(s) attended by all parties; [...]*».

³¹⁹ Cfr. reg. 37, p. 32: [...] *provided, however, that a party may request the arbitrators to condition an absent party’s participation in subsequent hearing(s) on paying its share of fees and costs incurred by the Administrator or by the arbitrators in conducting the arbitration, which request the arbitrators may grant or deny in their sole discretion. [...]*».

soccombente – che sia o meno il contumace – come statuizione del lodo³²⁰. È altresì necessario precisare che la contumacia – dovendosi configurare come comportamento inadempiente la clausola compromissoria – può comportare – sempre a discrezione dell’arbitro – l’applicazione di una sanzione pecuniaria, ai sensi della regola 44³²¹. La disciplina dettata dalla reg. 37 trova comunque applicazione nei limiti in cui la legge statale o federale non preveda una disciplina differente per la contumace della parte, attesa la clausola di salvezza con cui si apre la predetta disposizione («*Unless the law provides the contrary [...]*»³²²).

Si precisa altresì che talora l’arbitrato può anche seguire il procedimento di mediazione: è l’ipotesi in cui le parti o nell’*arbitration agreement* – stipulato per la controversia già in essere – o nella clausola compromissoria, abbiano convenuto che la procedura arbitrale prenda vita solo nel caso di esito infruttuoso del procedimento di mediazione previamente esperito³²³, circostanza che si avverrà in particolare quando «*either a majority of the mediators or all of the parties agree that neither mediation nor church involvement is likely to resolve the outstanding issues of the dispute*»³²⁴. Peraltro, qualora sia la fase di mediazione che quella arbitrale siano contemplate dalla clausola compromissoria, la reg. 24

³²⁰ Cfr. reg. 37, p. 32: «[...] *A party requesting arbitration under this Rule 37 will be responsible for paying any fees and costs incurred by the Administrator or by the arbitrators in conducting an arbitration under this Rule 37. In such case, the allocation of fees and costs to the absent party will be determined by the arbitrators pursuant to Rule 40 as part of final award. [...]*».

³²¹ Cfr. reg. 37, p. 32: [...] *The arbitrators may also impose sanctions under Rule 44*».

³²² Reg. 37, p. 32.

³²³ Si parla in tal caso rispettivamente di c.d. ‘*med-arb agreement*’ o ‘*med-arb clause*’.

³²⁴ Reg. 24, l. b), p. 27.

consente a ciascuna parte di richiedere che si proceda direttamente con l'espletamento della procedura arbitrale, senza dunque il preventivo esperimento della mediazione; tale richiesta potrà essere accordata dall'amministratore, a condizione che egli reputi più celere e vantaggioso, ai fini della risoluzione della controversia, l'esperimento della sola procedura arbitrale³²⁵.

A questi primi atti introduttivi segue la nomina dell'arbitro o degli arbitri (in tal caso designati con il termine '*panel*'), alla cui

disciplina provvede la reg. 26, che richiama a sua volta la reg. 10. Dalla lettura congiunta delle due norme emerge che compete all'amministratore la designazione di uno o più arbitri (nel numero di tre), a seconda di quanto pattuito dalle stesse nella clausola arbitrale o nel compromesso, salvo che le parti non abbiano altresì già individuato il soggetto che ricoprirà la funzione di arbitro³²⁶. A tal fine, la reg. 10 consente all'amministratore di consultarsi con le parti per tentare di comprendere il tipo di persona che ritengono idonea a rivestire la qualifica di arbitro³²⁷. Una volta che l'amministratore ha

³²⁵ Cfr. reg. 24, l. c), p. 28: «*If a dispute is submitted to mediation/arbitration pursuant to a conciliation clause in a contract, either party may request that the dispute move immediately into arbitration. Such a request shall be granted by the Administrator if the Administrator concludes that immediate arbitration is likely to provide a more timely and beneficial resolution to the dispute*».

³²⁶ Cfr. reg. 26, l. a) p. 29: «*A single arbitrator will be appointed under Rule 10 unless a three-arbitrator panel is specified in the document requiring conciliation or by agreement of the parties. Unless the arbitrator selection process is specified in the document requiring conciliation, the Administrator will propose a list of potential arbitrators. [...]*»; cfr. altresì reg. 10, p. 23: «*A. One conciliator shall be appointed unless otherwise agreed to by the parties. B. The Administrator shall nominate a panel of one or more conciliators for approval by the parties. [...]*».

³²⁷ Cfr. reg. 10, p. 23: «*[...] Before making its nominations, the Administrator may consult with the parties to identify individuals or types of individuals who may be well suited*

sottoposto alle parti una ‘rosa’ di possibili arbitri, queste avranno sette giorni di tempo per approvare la persona o le persone che fungeranno da arbitro, nell’ultimo caso anche individuando il soggetto che rivestirà il ruolo di presidente³²⁸. In mancanza di accordo delle parti, la designazione avverrà da parte dell’amministratore *ex officio*³²⁹. È altresì previsto che, nell’ipotesi di un collegio arbitrale, le parti possano concordare che il procedimento arbitrale sia condotto, dopo la prima udienza preliminare, dal solo presidente in funzione di arbitro ‘istruttore’, con riunione del collegio solo per l’assunzione delle prove³³⁰ e per l’attuazione della conseguente fase decisoria ovvero in qualsiasi altra occasione in cui sia richiesto congiuntamente dalle parti³³¹. Peraltro, prima di assumere il ruolo ovvero anche successivamente,

to serve as conciliators in their case. Upon request, the Administrator shall provide the parties with biographical information on any proposed conciliator».

³²⁸ Cfr. reg. 26, l. a), p. 29: «[...] Parties will be given seven (7) calendar days to agree on the selection of the arbitrator(s) and designate a chairperson for a three-arbitrator panel. If there is no agreement on the selection of arbitrator(s), the Administrator will appoint the arbitrator(s) and the chairperson for a three-arbitrator panel. [...]»

³²⁹ Cfr. reg. 26, l. a) p. 29: [...] *If there is no agreement on the selection of arbitrator(s), the Administrator will appoint the arbitrator(s) and the chairperson for a three-arbitrator panel. [...]*»; cfr. anche reg. 10, l. b), p. 23: «*If the parties are unable to agree on conciliators after a reasonable effort has been made to propose suitable conciliators (as determined by the Administrator), the Administrator shall approve conciliators and conciliation shall commence as though the conciliators were approved by the parties*».

³³⁰ Cfr. reg. 26, l. b), p. 29: «*After selection of the arbitration panel and chairperson, and if the parties agree, the chairperson may be designated as the sole arbitrator to hear all preliminary matters. The chairperson is also empowered to decide any dispositive or other motions that may be filed. The remaining arbitrators will participate in an initial preliminary hearing as described in Rule 28 and then be placed on inactive status. The remaining arbitrators are automatically activated to rule on all matters in the case 60 days prior to the evidentiary hearing. The remaining arbitrators may be reactivated earlier by agreement of the parties. The chairperson shall supply copies of all decisions to the remaining arbitrators. The remaining arbitrators shall not bill after the preliminary hearing until activated*».

³³¹ La disciplina sin qui delineate in tema di designazione dell’arbitro trova applicazione anche nell’ipotesi in cui sussista il passaggio dal procedimento di mediazione

CAPITOLO TERZO

può anche intervenire la sostituzione dell'arbitro; tale ipotesi si configura, secondo la disposizione dettata dalla reg. 11 – oltre ovviamente che per cause di 'forza maggiore' –, in tutti i quei casi in cui si ravvisino circostanze atte a compromettere l'imparzialità o la capacità dell'arbitro³³²; per cui nell'ipotesi in cui l'arbitro sia stato proposto dall'amministratore ma non ancora formalmente incaricato ed emergano circostanze – rappresentate all'amministratore dalle parti o anche da terzi – foriere di incompatibilità o incapacità dello stesso, la proposta potrà essere modificata e alle parti saranno concessi quindici giorni di tempo per accettare la modifica o opporvisi³³³; l'incompatibilità che, al contrario, dovesse manifestarsi a procedimento già avviato, in un momento cioè in cui si sia già provveduto alla nomina dell'arbitro, può condurre alla sostituzione dello stesso, salva l'ipotesi in cui sia stato designato un collegio di arbitri, nel qual caso il collegio – su accordo

a quello arbitrale; tuttavia, in siffatta ipotesi, le parti possono anche decidere, mediante accordo scritto, di utilizzare quali arbitri coloro che avevano già assunto la funzione di mediatori; in tal caso costoro potranno utilizzare nella procedura arbitrale qualunque informazione già acquisita in sede di mediazione. Cfr., al riguardo, la reg. 24, l. d), p. 28: «*When a transition pursuant to this Rule occurs, an entirely new panel of arbitrators shall be appointed pursuant to Rule 10, unless the parties agree otherwise. By unanimous written agreement, either before or after the mediation stage, the parties may agree to use the same conciliators in both mediation and arbitration. By such unanimous agreement, the parties agree that the arbitrators may consider any information they received during mediation as though it were received during arbitration, in full compliance with the Arbitration Rules*».

³³² Cfr. reg. 11, l. a), p. 23: «*A conciliator has a continuing duty promptly to disclose to the Administrator any circumstances likely to affect impartiality or the person's ability to perform the duties of a conciliator. [...]*».

³³³ Cfr. reg. 11, l. a), p. 23: «*[...] Upon receipt of such information from that person or from another source, the Administrator shall either change its proposal or communicate the information to the parties. The parties shall have fifteen (15) days to file an objection to the conciliator based on the disclosure and if no objection is filed, the right to object shall be waived. [...]*».

delle parti e a discrezione dell'amministratore – potrà ritenersi comunque validamente costituito alla presenza con due soggetti³³⁴, anziché tre.

Or bene, una volta avvenuta la nomina, l'arbitro potrà prestare un giuramento o comunque un voto, nonché richiederlo alle parti e, nella successiva fase probatoria, anche ai testimoni, come previsto dalla reg. 27 (rubricata 'Oaths or vows'). Tale atto deve comunque intendersi di natura necessariamente religiosa, giacché esso è previsto come mera facoltà – il verbo 'may' non può qui includere un significato di doverosità³³⁵ –, a cui la predetta disposizione precisa ci si possa sottrarre qualora violi il proprio convincimento religioso³³⁶.

È anche in questa fase introduttiva che pare d'uopo ricondurre le eventuali udienze preliminari che, alla stregua della reg. 28, possono essere fissate a discrezione dell'arbitro o dell'amministratore³³⁷; tali udienze, dunque, anticipano la fase di trattazione e fungono da incontro di tipo

³³⁴ Cfr. reg. 11, l. b), p. 23: «*If any appointed conciliator withdraws, is disqualified, or is unable to perform the duties of the office, the remaining conciliators may continue with conciliation, unless the parties unanimously agree, or the Administrator decides, that the vacancy should be filled*».

³³⁵ Ed, invero, al riguardo, nelle Regole si prescrive chiaramente che ogni qualvolta nelle stesse ricorra il termine 'may', questo deve intendersi come attributivo di una completa ed esclusiva discrezionalità nel decidere; cfr., in punto, reg. 3, l. l), p. 20: «*Any time the word may is used in these Rules, it indicates that a person has complete and sole discretion in deciding whether to take certain action or actions*».

³³⁶ Cfr. reg. 27, p. 29: «*Before proceeding with arbitration, each arbitrator may take an oath or vow of office. The arbitrators have discretion to require parties or witnesses to testify under oath or vow, provided that making an oath or vow does not violate the person's sincerely held religious beliefs. [...]*».

³³⁷ Cfr. reg. 28, p. 29: «*At the discretion of the arbitrators or the Administrator, preliminary hearings may be scheduled with the arbitrators and the parties to arrange for the production of relevant evidence, to identify potential witnesses, to schedule the evidentiary hearing, and to consider other matters that will expedite the arbitration proceedings*».

organizzativo, al fine della futura assunzione delle prove, dell'individuazione dei testimoni, della programmazione delle future udienze, *etc.*

Si può ritenere, altresì, che in sede di udienza preliminare le parti possano richiedere all'arbitro financo la concessione di una misura cautelare (c.d. '*temporary o extraordinary relief*') – avente, naturalmente, efficacia tra le sole parti – qualora una parte ritenga «*that property or rights may be irreparably harmed by delay*»³³⁸; al riguardo, la reg. 29 subordina la concessione della misura – oltre ai classici requisiti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* – anche alla circostanza che essa non pregiudichi un *public interest*³³⁹. Sebbene tendenzialmente la misura cautelare venga richiesta spesso in una fase iniziale, se non, addirittura, precedente l'avvio dell'arbitrato, la norma consente comunque che la richiesta possa venire formulata in qualsiasi fase del procedimento³⁴⁰, e sarà pertanto concessa dall'arbitro, ovvero da un arbitro speciale nominato all'uopo dall'amministratore ovvero dallo stesso Institute for christian conciliation, se

³³⁸ Reg. 5, l. h), p. 21.

³³⁹ Cfr. reg. 29, l. a), p. 29 : «[...] *Such extraordinary relief will not be granted unless the moving party has demonstrated, by a clear showing (1) a substantial likelihood of prevailing on the merits; (2) a substantial threat of irreparable harm if the temporary relief is not granted; (3) that the threatened injury outweighs any harm that may result to the non-movant from an injunction or other relief; and (4) that the temporary relief will not undermine public interests*»; Peraltro il ricorso al concetto di *public interest*, in un contesto come quello dell'arbitrato cristiano, pare del tutto incongruo, atteso che si tratta di una nozione di principio nonché di ardua individuazione, che, per richiamare in maniera sintetica in questa sede, trova definizione nel Black's Law Dictionary, il più autorevole dizionario giuridico statunitense, come «*something in which the public, the community at large, has some pecuniary interest, or some interest by which their legal rights or liabilities are affected*» (HENRY CAMPBELL BLACK, voce 'public interest', in *Black's Law Dictionary*, cit., p. 1393).

³⁴⁰ Cfr. reg. 29, l. b), p. 30: «*Temporary relief may be granted at any stage of the conciliation process and shall be fashioned so as not to substantially prejudice the rights of the parties or the final determination of the dispute*».

non è stato ancora scelto l'amministratore³⁴¹. Quanto all'efficacia della misura, la regola precisa che la decisione sulla misura va trattata alla stregua di un lodo, nel senso che costituisce decisione vincolante che potrà essere poi oggetto di conferma, modifica o revoca in sede giudiziale³⁴².

Prima di passare al vaglio della fase di 'trattazione', è bene precisare che in talune circostanze, il procedimento di arbitrato potrebbe essere incardinato nonostante la contemporanea pendenza di un giudizio innanzi all'autorità giudiziaria, con medesime parti e *petitum*, specie qualora una delle due parti contesti la validità o l'efficacia della clausola compromissoria, in virtù della quale l'altra parte aveva dato avvio all'arbitrato; in tal caso, l'amministratore chiederà alla parte di domandare la sospensione del procedimento giudiziale in attesa dell'esito della conclusione di quello arbitrale³⁴³; in genere – come avremo modo di apprendere nel capitolo successivo–, una siffatta richiesta viene accordata dalla corte statale soltanto all'esito dell'accertamento circa l'efficacia e validità della clausola compromissoria.

³⁴¹ Cfr. reg. 29, l. c), p. 30: «*Matters of temporary relief shall be decided by the arbitrators, or, if they are not yet appointed, by the Special Arbitrator appointed by the Administrator. If an Administrator has not yet been appointed, ICC Peace shall serve as Administrator for purposes of this rule.*».

³⁴² Cfr. reg. 29, l. e), p. 30: «*Decisions regarding temporary relief may be entered in any court otherwise having jurisdiction.*».

³⁴³ Cfr. reg. 5, l. g), p. 21: «*If legal action is pending at the time conciliation is commenced, the Administrator may require that the parties take steps to stay or postpone proceedings pending the conclusion of conciliation.*».

3.4. *La fase di trattazione e l'istruzione probatoria.*

Anzitutto il procedimento arbitrale, specie per quanto concerne le udienze, si svolge secondo le modalità che le Regole dettano specificamente per il procedimento arbitrale, così come espressamente disposto dalla reg. 34, l. b), che richiama espressamente la reg. 22 in tema di incontri di mediazione³⁴⁴.

In tal ottica, dunque, preme anzitutto evidenziare che le udienze nell'arbitrato si aprono e si concludono con una preghiera, benché si debba ritenere che tale scelta sia rimessa all'arbitro e non sia prevista dunque come passaggio obbligatorio, atteso il dettato letterale della disposizione³⁴⁵ che utilizza il termine '*normally include*' nel declinare le attività che vengono poste in essere negli incontri di mediazione.

In sede di udienza, le parti saranno libere di presentare le proprie richieste e difese nonché di discutere con la controparte e con l'arbitro tutti i termini della controversia, secondo una procedura dunque tesa a garantire il rispetto del principio del contraddittorio³⁴⁶; inoltre, nella prima udienza l'arbitro potrà decidere su tutte le questioni preliminari che siano state

³⁴⁴ Cfr. reg. 34, l. b), p. 31: «*Arbitration proceedings shall be conducted according to the same format as mediation proceedings (see Rule 22), except as limited by these Arbitration Rules*».

³⁴⁵ Cfr reg. 22, p. 27: «*A mediation meeting will normally include (1) an introduction and opening prayer [...] (9) closing comments and prayer*».

³⁴⁶ E così, come si ricava dal richiamo alla reg. 22, p. 27, gli incontri arbitrali potranno contemplare, oltre alla preghiera, «*[...] (2) statements by each party clarifying the issues involved; (3) the presentation of each party's claims, defenses, and witnesses, as well as an opportunity for the other party to respond; (4) questioning by the mediators; (5) a discussion, sometimes in private at first, of each party's responsibility for the dispute; (6) counsel involving the application of relevant biblical principles; (7) a discussion of appropriate solutions to the dispute; [...]*».

ritualmente sollevate, e dunque tutte le eccezioni circa la validità ed esistenza della clausola compromissoria ovvero l'arbitrabilità della controversia e così la giurisdizione dell'arbitrato; tali eccezioni invero devono essere formulate in sede di comparsa di risposta, benché l'arbitro non sia tenuto a decidere sulle stesse all'esito della prima udienza, ma possa anche riservare tale decisione come statuizione del lodo³⁴⁷. Peraltro, la stessa reg. 34 dispone altresì che per singole questioni, non specificamente attinenti al merito della controversia, ad esempio l'arbitrabilità della lite, la richiesta di una misura cautelare, la riunione di procedimenti arbitrali, *etc.*, l'amministratore può incaricare un unico arbitro ad hoc (c.d. '*Special Arbitrator*'), che ha il compito di decidere solo sulla specifica questione e non sul merito, salvo diverso accordo delle parti³⁴⁸.

E bene precisare che, nell'ambito del procedimento arbitrale in esame, non è previsto un obbligo di documentare per iscritto l'attività espletata in sede di udienza; al riguardo, invero, la reg. 35 prevede che la redazione di un verbale dell'incontro è subordinata alla richiesta di una o entrambe le parti, che dovranno all'uopo incaricare uno stenografo e sobbarcarsene il costo,

³⁴⁷ Cfr. reg. 34, l. c), p. 31: «*The arbitrator shall have the power to rule on his/her own jurisdiction, including any objections with respect to the existence, scope, or validity of the arbitration agreement. A party may object to the jurisdiction of the arbitrator or to the arbitrability of a claim or counterclaim no later than the filing of the answering statement to the claim or counterclaim that gives rise to the objection. The arbitrator may rule on such objections as a preliminary matter or as a part of the final award.*».

³⁴⁸ Cfr. reg. 34, l. d), p. 31: «*The Administrator may (in its sole discretion) appoint a single special arbitrator (the Special Arbitrator) for the limited purpose of deciding issues such as arbitrability of a claim, consolidation of related arbitrations, joinder of parties, temporary relief under Rule 29, or any other matter to be decided before ruling on the merits of the case. Absent agreement of all parties, the Special Arbitrator appointed under this Rule shall not serve as the arbitrator appointed to hear the merits of the cases.*».

rendendo disponibile una copia del processo verbale a tutte le parti coinvolte nel procedimento³⁴⁹.

All'interno di questa fase si ravvisa altresì quella che può qualificarsi come istruzione probatoria e dunque l'assunzione dei mezzi di prova di cui le parti abbiano fatto richiesta e che l'arbitro può prendere in considerazione per la decisione della controversia.

Al riguardo, le Regole pongono *in primis* una serie di principi generali che disciplinano le prove nel procedimento arbitrale.

Anzitutto, il comportamento delle parti deve improntarsi ad un principio di collaborazione, in virtù del quale le stesse parti devono cooperare tra di esse, nonché con l'amministratore e l'arbitro, per fornire tutti gli elementi necessari per una congrua comprensione della lite, e quindi documenti, indicazione di testimoni e ogni altra informazione utile a tal fine³⁵⁰.

È altresì contemplato un principio di atipicità delle prove, per cui le parti possono presentare qualsiasi prova purché equa, rilevante e pertinente

³⁴⁹ Cfr. reg. 35, p. 31: «*Any party wishing a stenographic record of an arbitration meeting shall make arrangements directly with a stenographer and shall notify the other parties of such arrangements in advance of the meeting. The requesting party or parties shall pay the cost of such record and shall provide the Administrator with a copy and make copies of the record available to all other parties for the cost of reproduction. A stenographic record is subject to the limitations of Rule 16 and may be used only for appealing an arbitration decision. Video and audio recordings of meetings may be made only with the written consent of all parties and the Administrator*»; è anche ammessa, dunque, anche una registrazione audiovisiva degli incontri, previo accordo scritto delle parti, come ribadito peraltro in maniera equivalente anche dalla reg. 16, l. a), p. 25, in tema di riservatezza.

³⁵⁰ Cfr. reg. 14, l. a), p. 24: «*The parties shall cooperate with the Administrator and each other in providing documents, names of witnesses, and other information that will contribute to an understanding of the dispute*».

ai fini della risoluzione della controversia; il giudizio sulla rilevanza della singola prova sarà poi rimesso all'arbitro³⁵¹, al quale viene altresì riconosciuto il potere di acquisizione della prova *ex officio* e, pertanto, a prescindere da una richiesta di parte³⁵².

Per quanto concerne le prove tipiche, in particolare quelle documenti e testimoniale, le Regole prevedono che su richiesta dell'arbitro o dell'amministratore le parti debbano consegnare a tutte le parti del procedimento una copia dei documenti e della lista dei testimoni di cui si intendono avvalere, spettando all'arbitro poi, in assenza di accordo delle parti, la decisione circa la ripartizione degli eventuali costi necessari per l'assunzione di tali prove³⁵³; peraltro, la prova testimoniale può essere assunta o mediante deposizione orale o mediante *affidavit*³⁵⁴ (e dunque mediante documento scritto redatto dal testimone reso sotto giuramento); allo stesso

³⁵¹ Cfr. reg. 14, l. b), p. 24 : «*The parties may offer any evidence that they consider to be fair, relevant, and pertinent to the dispute, and they shall produce any additional evidence that the conciliators deem necessary for understanding and resolving the dispute*»; cfr. Altresì reg. 14, l. d), p. 24: «*The conciliators shall be the judge of the relevance and materiality of the evidence offered, and conformity to legal rules of evidence shall not be necessary*».

³⁵² Cfr., in punto, la reg. 14, l. c), p. 24: «*Conciliators authorized by law to subpoena witnesses or documents may do so independently or upon the request of any party*».

³⁵³ Cfr. reg. 30, p. 30: «*Reasonable discovery (including oral depositions, written interrogatories, and production of documents) may be allowed to identify issues, relevant evidence, and names of witnesses. If the parties cannot agree on the scope of discovery or allocation of costs, the issue shall be submitted to the arbitrators for a decision, which shall be final and binding. The Administrator or the arbitrators may require the parties, at their own expense, to deliver to the Administrator and to the other parties copies of the documents they plan to introduce and a list of the witnesses they plan to call*»; cfr., altresì, la reg. 38, p. 32: «*The arbitrators may request or consider briefs or position papers that set forth the parties' understandings of the legal, factual, or scriptural issues*».

³⁵⁴ Cfr. reg. 14, l. e), p. 25: «*The conciliators may receive and consider the evidence of witnesses by deposition or affidavit, [...]*».

modo si potrà procedere per quanto concerne l'interrogatorio di una delle parti.

All'arbitro sono altresì consentite l'ispezione personale e dei luoghi³⁵⁵, benché le Regole non ne specifichino le modalità di assunzione, per cui si dovrà ritenere che le stesse avvengano secondo le procedure di volta in volta previste per l'acquisizione di tali prove da parte della legge statale o federale.

In ogni caso, e compatibilmente con il tipo di prova assunta, l'assunzione delle prove deve avvenire alla presenza di tutte le parti dell'arbitrato, salvo il caso in cui una delle parti abbia espressamente rinunciato ad esservi presente o sia contumace³⁵⁶.

Qualora, poi, si rientri nell'ipotesi in cui il procedimento arbitrale è stato instaurato a seguito del procedimento di mediazione previamente esperito e le parti scelgano di mantenere gli stessi mediatori anche nel ruolo di arbitri, tutte le informazioni assunte nel procedimento di mediazione costituiranno prova nella fase arbitrale purché vi sia il consenso delle parti³⁵⁷; qualora, invece, siano designati come arbitri persone diverse da coloro che avevano svolto la funzione di mediatore, questi ultimi potranno essere chiamati come testimoni nel procedimento arbitrale, sempre purché vi sia l'accordo di tutte le parti – mediatori compresi – in tal senso³⁵⁸.

³⁵⁵ Cfr. reg. 14, l. e), p. 25: «*The conciliators [...] may make a personal inspection or investigation of relevant premises or objects*».

³⁵⁶ Cfr. reg. 36, p. 31: «*[...] all evidence used in arbitration shall be taken in the presence of all of the arbitrators and all of the parties, except where any of the parties has waived the right to be present or when arbitration proceeds pursuant to Rule 37*».

³⁵⁷ Cfr. reg. 24, l. d), p. 28: «*By [...] agreement, the parties agree that the arbitrators may consider any information they received during mediation as though it were received during arbitration, in full compliance with the Arbitration Rules*».

³⁵⁸ Cfr. reg. 24, l. f), p. 28: «*Whenever new arbitrators are appointed pursuant to this Rule, the arbitrators may not call the previous mediators as witnesses without the unanimous agreement of the parties and the mediators*».

La fase di trattazione si esaurisce con la chiusura dell'ultima udienza, a seguito della quale saranno chiamati a pronunciare il lodo; prima della decisione finale, l'arbitro potrà comunque 'rimettere la causa in istruttoria' fissando una nuova udienza qualora sussista una giusta causa³⁵⁹, e dunque, presumibilmente, qualora ravvisi la necessità di procedere all'assunzione di ulteriori prove ovvero procedere a chiarimenti delle parti al fine di conseguire un congruo convincimento per la decisione della controversia.

3.5. *La fase decisoria.*

Una volta conclusa la fase di trattazione della lite, ai sensi della reg. 40 l'arbitro è chiamato a risolvere la controversia mediante una decisione scritta, il lodo arbitrale o c.d. *award*, che esso è tenuto pronunciare entro 60 giorni³⁶⁰ dalla chiusura dell'ultima udienza o dall'eventuale termine concesso alle parti per il deposito di memorie conclusive³⁶¹; nel caso di pluralità degli arbitri la decisione della lite – così come ogni altra questione – sarà assunta a maggioranza degli arbitri³⁶².

Ovviamente la decisione arbitrale può concernere solo le questioni che siano state contemplate nell'accordo arbitrale ovvero nella clausola

³⁵⁹ Cfr. reg. 39, p. 32: «*The arbitrators may reopen a case for good cause at any time before a final decision is rendered.*».

³⁶⁰ Che, in assenza di specifiche indicazioni, deve ritenersi come ordinatorio e non perentorio.

³⁶¹ Cfr. reg. 40, l. a), p. 32: «*The arbitrators shall render a written decision (award). It shall be issued within sixty (60) days after the closing of the final hearing or 60 days after the date specified by the arbitrators for receipt of all post-hearing briefs and other documents requested by the arbitrators, whichever is later.*».

³⁶² Cfr. reg. 15, p. 25: «*If there is more than one conciliator, the decision of any matter shall be decided by majority vote of the conciliators.*».

compromissoria³⁶³. Tuttavia, tale principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato può dirsi limitato solo ai fatti della controversia, entro cui è dunque circoscritta la cognizione dell'arbitro, ma non si estende al *petitum* c.d. immediato; invero, mediante la propria pronuncia, l'arbitro potrà concedere alla parte che ritiene vittoriosa non solo il rimedio da essa richiesto ma financo quello che – anche se non esplicitamente richiesto – l'arbitro stesso ritenga più giusto, equo e 'scritturale', ossia conforme alle Sacre Scritture³⁶⁴.

Difatti, la conformità alle sacre scritture attiene al profilo della 'legge' che l'arbitro dovrà applicare ai fini di risolvere la controversia, per il quale la reg. 4 (rubricata '*Application of law*') sancisce che gli arbitri «*shall take into consideration any state, federal, or local laws that the parties bring to their attention, but the Holy Scriptures (the Bible) shall be the supreme authority governing every aspect of the conciliation process*»³⁶⁵; in sostanza, dunque, l'arbitro deve sì tenere conto della normativa federale, statale o locale che eventualmente le parti abbiano portato alla sua attenzione, ma saranno le Sacre Scritture a costituire l'autorità suprema che dovrà guidare l'arbitro nella propria decisione finale, o – *recte* – in qualunque decisione assunta nell'ambito di tutto il procedimento arbitrale³⁶⁶.

³⁶³ Cfr. reg. 34, l. a), p. 31: «*The arbitrators shall consider only those issues that are within the scope of the document requiring arbitration or agreed to by the parties*».

³⁶⁴ Cfr. reg. 40, l. b), p. 32: «*The arbitrators may grant any remedy or relief that they deem scriptural, just, and equitable, and within the scope of the agreement of the parties, including, but not limited to, specific performance of a contract. In making their decision, the arbitrators shall consider, but are not limited by, the remedies requested by the parties*».

³⁶⁵ Reg. 4, p. 20.

³⁶⁶ Atteso che la locuzione «*every aspect of the conciliation process*», di cui alla reg. 4, deve essere interpretata alla luce dell'ampia definizione data dalla reg. 3, l. f), p. 19, in virtù della quale «*The conciliation process includes all phases of conciliation, from the*

La regola testé citata pecca, senza dubbio, di una marcata genericità, atteso che contempla un rinvio ai testi biblici del tutto astratto, scevro cioè da alcun parametro che permetta all'arbitro di individuare in concreto quali principi possano essere presi in considerazione e quali no, lasciando così al medesimo una discrezionalità tale da potersi tradurre in un vero e proprio 'arbitrio', come affronteremo più compiutamente nel capitolo successivo. Peraltro dalla lettura della norma, si potrebbe desumere che, qualora una parte non fornisca all'arbitro un parametro normativo federale, statale o locale su cui lo stesso potrà fondare il proprio convincimento, allora sarebbe precluso al giudicante il ricorso al principio *'iura novit curia'* con conseguente risoluzione della controversia alla sola stregua dei precetti biblici; nelle altre ipotesi si può ritenere che l'arbitro deciderà mediante la sola applicazione del precetto biblico, disattendendo – ove possibile – la normativa statale o federale, ovvero fornirà una soluzione che tenga conto di siffatte normative e che comunque sia conforme a quanto previsto dalle Sacre Scritture.

Ad ogni modo, è bene precisare, come peraltro già previamente illustrato, che la discrezionalità dell'arbitro comunque incontra un limite nell'eventuale carattere inderogabile della normativa statale o federale, come statuito alla reg. 42, in tema di conflitto di regole; in tal ottica, cioè, l'arbitro, nella propria decisione, non potrà soprassedere a una normativa federale o statale che si configuri come inderogabile; si deve ritenere che qualora operasse una simile deroga, la conseguente decisione sarebbe suscettibile di essere appellata sotto il profilo del *'manifest disregard of the law'*.

initial contact with the Administrator through the conclusion of mediation, arbitration, or other contact with the Administrator».

CAPITOLO TERZO

Tentando, dunque, di riassumere quanto sin qui detto in relazione alla legge applicabile, si possono delineare quattro distinte ipotesi secondo cui si potrà sostanziare la decisione dell'arbitro, di seguito richiamate:

a) se le parti fondano le proprie pretese senza operare riferimento alcuno ad una determinata normativa federale, statale o locale, l'arbitro di conseguenza deciderà la lite alla sola stregua dei precetti biblici, di cui sarà unico interprete;

b) se le parti fondano le proprie pretese facendo espresso richiamo ad una determinata normativa federale, statale o locale – ma, si badi, di carattere non inderogabile – l'arbitro sarà libero di scegliere la 'legge' applicabile per la risoluzione della controversia: egli potrà cioè derogare la normativa invocata dalle parti e fare applicazione dei soli precetti biblici – siano essi confliggenti o meno con essa –, ovvero applicare la predetta normativa, ma pur sempre secondo una lettura 'biblicamente orientata';

c) se le pretese delle parti trovano invece apposita tutela accordata da disposizioni federali, statali o locali di carattere inderogabile, l'arbitro, a prescindere che le predette disposizioni siano invocate dalle parti o meno, sarà tenuto a farne applicazione, eventualmente facendo ricorso ai precetti biblici nei soli margini dell'eventuale discrezionalità concessagli dalle stesse disposizioni inderogabili (si pensi, ad esempio, ai fini della determinazione del *quantum* del ristoro economico riconosciuto dalla disposizione secolare inderogabile);

d) infine, come precisa all'uopo la reg. 40, l. f), se nel corso del procedimento arbitrale le parti siano divenute ad un accordo di risoluzione

della lite, la decisione dell'arbitro si limiterà meramente a 'formalizzare' l'accordo già intervenuto tra le parti³⁶⁷.

In ogni caso, la decisione potrà contenere anche la statuizione sulle spese del procedimento arbitrale³⁶⁸.

Peraltro, lascia piuttosto perplessi anche la reg. 40, l. d), la quale prevede solo come facoltà – e non come obbligo – per gli arbitri di rendere noto alle parti la motivazione della decisione³⁶⁹; tale rilievo, in realtà, non si pone in contrasto con il modello del sistema giudiziario statunitense³⁷⁰ e, comunque, è piuttosto in linea con i motivi di appellabilità del lodo, i quali sono circoscritti a condotte fraudolente dell'arbitro ed escludono in capo alle corti – quasi sempre, salvo il caso della manifesta violazione di legge – un esame sul merito della decisione.

La regola dettata in tema di decisione ribadisce, inoltre, una delle peculiarità dello strumento arbitrale, e che permette di distinguere in modo netto lo stesso dal procedimento di mediazione, ossia il carattere vincolante del lodo e la sua possibilità di essere reso esecutivo in innanzi all'autorità

³⁶⁷ Cfr. reg. 40, l. f), p. 33: «*If the parties settle their dispute during the course of arbitration, the arbitrators may set forth the terms of the agreed settlement in a decision*».

³⁶⁸ V. *infra*, § e).

³⁶⁹ Cfr. reg. 40, l. d), p. 33: «*The arbitrators may, but need not, inform the parties of the reasoning by which the decision was reached*».

³⁷⁰ All'interno del quale, quanto meno a livello delle corti federali, non sussiste per i giudici un obbligo costituzionalmente prescritto di motivare la propria decisione; benché si ravvisino alcuni statuti federali che prescrivono siffatto obbligo o sussistano delle prassi interne alle singole corti per cui lo stesso viene seguito, ai giudici federali è riconosciuta un'ampia discrezionalità nell'esplicitare o meno le ragioni della propria decisione. Per quanto concerne le corti statali, invece, sono numerose le costituzioni e le normative statali che impongono agli stessi l'obbligo di motivare la propria decisione; cfr. sul punto, MATHILDE COHEN, *When judges have reasons not to give reasons: a comparative law approach*, in *Washington and Lee Law Review*, vol. 72, n. 2, spec. pp. 526-528.

giudiziaria³⁷¹, tramite richiesta della parte volta ad ottenere una conferma giudiziale dello stesso.

3.5 *La fase di impugnazione del lodo.*

Le *Rules*, pur precisando che il lodo arbitrale assume carattere definitivo, contemplano due rimedi con cui la parte può impugnare lo stesso, ai fini di ottenerne l'annullamento o la modifica/correzione³⁷².

Un primo strumento è quello previsto per l'appellabilità in generale dei lodi arbitrari innanzi all'autorità giudiziaria civile per i motivi espressamente riconosciuti dal *Federal Arbitration Act*³⁷³ o dalla singola legislazione statale che trovi applicazione nel caso concreto – come visto, solitamente recettiva della versione originaria o rivisitata dell'*Uniform Arbitration Act* –, che consentono dunque ad una delle parti di porre nel nulla il lodo ovvero di procedere ad una sua modifica o correzione.

Un secondo mezzo di impugnazione 'interno' allo strumento arbitrale è invece rappresentato dal riesame del lodo – c.d. '*reconsideration*' –, a cui è dedicata la reg. 41, appunto rubricata '*Request of reconsideration*'.

Al riguardo, anzitutto, la richiesta di riesame può essere presentata da una delle parti solo per i motivi tassativamente previsti alla lettera c) della

³⁷¹ Cfr. reg. 40, l. e), p. 33: «*The arbitrators' decision shall be legally binding on the parties, except as provided by law, and may be filed as a judgment and enforced by a court of law. It shall be the sole responsibility of the parties to file a decision with the court and, if necessary, to have it enforced*»; ovviamente, dunque, la decisione sarà vincolante per le parti salvo quanto previsto dalla legge, e dunque purché sia resa su una controversia per cui la normativa federale o statale ne consenti l'arbitrabilità.

³⁷² Cfr. reg. 40, l. g), p. 33: «*The arbitration decision is final and cannot be reconsidered or appealed except as provided by Rule 41 and/or civil law*».

³⁷³ Al riguardo si rinvia a quanto già illustrato in relazione all'impugnazione del lodo in generale nel capitolo precedente, § 2.4.

predetta disposizione e quindi solamente quando l'arbitro o gli arbitri, alternativamente o congiuntamente:

a) hanno disatteso una delle Regole ovvero quanto prescritto nell'accordo arbitrale o nella clausola compromissoria

b) hanno manifestamente male interpretato le pretese e le argomentazioni di una delle parti

c) hanno omesso di decidere su una specifica questione ovvero hanno deciso su una questione non rimessa alla loro cognizione;

d) hanno commesso un mero errore di calcolo o di identificazione³⁷⁴.

Pertanto, per espressa previsione della regola, non è invece consentito un riesame del lodo che si fondi sulla mera rivalutazione e interpretazione delle prove assunte nel corso del procedimento arbitrale³⁷⁵.

Per quanto concerni gli aspetti 'formali' di siffatta richiesta, essa deve essere presentata dalla parte entro 20 giorni – liberi – dal giorno in cui il lodo è stato comunicato alle parti³⁷⁶ e deve essere inviata all'amministratore e a tutte le parti – compreso gli arbitri – del procedimento arbitrale; la richiesta deve altresì contenere le ragioni su cui si fonda l'istanza di riesame e l'indicazione dell'asserito errore³⁷⁷.

³⁷⁴ Cfr. reg. 41, l. c), p. 33: «*A request for reconsideration is appropriate only when the arbitrators (1) have deviated from these rules or from the arbitration agreement; (2) have patently misunderstood a party; (3) have failed to address an issue or have made a decision outside the issues presented to the arbitrators by the parties; or (4) have made a miscalculation or a mistake of identification*».

³⁷⁵ Cfr. reg. 41, l. b), p. 33: «*A request for reconsideration will not be considered if it simply asks the arbitrators to review the evidence and change their decision*».

³⁷⁶ Cfr. reg. 41, l. a), p. 33: «*A party may submit a request to the Administrator for reconsideration of a decision within twenty (20) calendar days after the day the decision was received by the parties*».

³⁷⁷ Cfr. reg. 41, l. d), p. 33: «*The request, which must be sent to the Administrator and to the other parties, shall set forth in writing the reasons for which reconsideration is sought, including a specific statement of the claimed mistake, prejudice, or harm*».

La valutazione circa la fondatezza della richiesta è rimessa agli arbitri: qualora la richiesta sia accolta, gli arbitri potranno procedere al riesame delle questioni sollevate e pronunciare una nuova decisione, assumendo a tal fine tutte le informazioni che ritengano appropriate³⁷⁸; qualora, invece, la richiesta sia rigettata, la parte istante potrà essere tenuta a corrispondere all'amministratore e agli arbitri gli oneri che gli stessi abbiano sostenuto a seguito della ricezione della richiesta³⁷⁹.

A differenza dell'appellabilità in sede giudiziale, il riesame consente dunque alle parti di conseguire un nuovo esame nel merito della controversia e della decisione che ne è conseguita, benché la circostanza che l'esame sia rimesso agli stessi arbitri che hanno pronunciato il lodo rende presumibilmente ostica una pronuncia totalmente difforme da quella già resa.

3.7. Regole ulteriori: a) Il regime delle notificazioni e delle comunicazioni.

A completamento delle regole testé indicate, vi sono ulteriori disposizioni di carattere generale che richiameremo brevemente di seguito e che concernono gli aspetti più formali del procedimento.

Per quanto concerne le notificazioni degli atti, dei documenti e di ogni altra comunicazione inerente al procedimento arbitrale, la reg. 32 prevede una serie di strumenti attraverso i quali le stesse possono effettuarsi, quali la

³⁷⁸ Cfr. reg. 41, l. e), p. 33: «*If the request is granted by the arbitrators, they shall define the issues that are being reconsidered and allow each party to submit whatever supplementary information is deemed appropriate. [...]*».

³⁷⁹ Cfr. reg. 41, l. e), p. 33: «*[...] If the request is denied, the requesting party will be responsible for paying any expenses or fees incurred by the Administrator or by the arbitrators as a result of the request*».

consegna a mani ovvero a mezzo fax o ancora a mezzo posta, sia mediante il servizio postale governativo degli Stati Uniti (c.d. *United States Postal Service*) – o di altro Paese estero, se del caso – che quello fornito da corrieri privati³⁸⁰. È altresì consentita la trasmissione di atti e documenti a mezzo posta elettronica – semplice, giacché l'ordinamento statunitense, pur contemplando servizi di e-mail c.d. registrata, non conosce un sistema di posta elettronica certificata analogo a quello italiano³⁸¹ –, purché i file allegati siano salvati in formato *.pdf* o altro formato approvato all'uopo approvato dall'amministratore³⁸².

La lettera c) della predetta regola è dedicata al perfezionamento della notificazione, che si considera avvenuto il giorno stesso nell'ipotesi di trasmissione a mani, a mezzo fax o e-mail ovvero il quinto giorno successivo al timbro postale – attestante la ricezione del plico da parte del servizio postale – se si tratta di spedizione effettuata all'interno degli Stati Uniti ovvero il decimo giorno successivo qualora si tratti di spedizione effettuata in un Paese estero³⁸³.

³⁸⁰ Cfr. reg. 32, l. a), p. 30: «*All documents and notice shall be delivered in person or by facsimile transmission (fax), or by United States mail, or by another country's official government mail service (when applicable), or by private carrier to the last known address of the parties as given to the Administrator*».

³⁸¹ Cfr. al riguardo, SARA GALASSINI D'ELIA - LUCA CRECCHI, *Posta elettronica certificata: caratteristiche della soluzione italiana*, in *Il Documento Digitale*, vol. 3, 2014, p. 48.

³⁸² Cfr. reg. 32, l. b), p. 30: «*In addition, documents and notice may be delivered through electronic mail (e-mail) per the e-mail address provided by the parties to the Administrator and/or as provided on the Administrator's Client Information Form. Documents or formal offerings submitted through e-mail shall be in portable document format (.pdf) or other reliable format as agreed upon and approved by the Administrator. Receipt of such information shall be readable and able to be stored electronically by the recipients*».

³⁸³ Cfr. reg. 32, l. c), p. 31: «*Notice and other documents shall be considered to have been received on the day they were personally received or transmitted by fax or e-mail, or*

La regola successiva impone poi, in ragione della garanzia di imparzialità dell'arbitro e del rispetto del principio del contraddittorio, un divieto di comunicazione tra una delle parti e l'arbitro medesimo, di tal ch  ogni comunicazione – scritta o orale – che la parte intendesse rivolgere all'arbitro – al di fuori dell'udienza in cui sia presente l'altra parte – dovr  essere rivolta direttamente al solo amministratore, il quale provveder  a trasmetterla all'arbitro e alle altre parti³⁸⁴.

b) (segue) *Il tempo e luogo delle udienze.*

Sotto tale profilo, ai sensi del combinato disposto delle regole 12 e 31, la prima udienza – o incontro arbitrale qual si voglia –   fissata dall'amministratore, mentre quelle successive vengono stabilite dall'arbitro o dagli arbitri nominati³⁸⁵; a tal fine, e salvo modifiche o rinuncia concordate dalle parti, l'amministratore e l'arbitro devono dare alle parti un preavviso scritto dell'udienza almeno 5 giorni prima della stessa. Tale comunicazione   invece posta a carico delle singole parti per quanto concerne invece

on the fifth day after they were postmarked in the case of United States mail, or on the tenth day after they were postmarked in the case of another country's official government mail service».

³⁸⁴ Cfr. reg. 33, p. 31: *«There shall be no direct communication from the parties to an arbitrator other than at joint hearings. Any other oral or written communications from the parties to the arbitrators shall be directed to the Administrator for transmittal to the arbitrators and all other parties».*

³⁸⁵ Cfr. reg. 12, p. 23: *«The Administrator shall determine the time, place, and other conditions of the initial conciliation meetings, after taking into consideration the preferences of the parties. The conciliators shall determine the time, place, and other conditions (including adjournments and continuances) of subsequent conciliation meetings».*

l'intimazione ai testimoni a comparire all'udienza di assunzione della prova testimoniale³⁸⁶.

La reg. 45 è stata introdotta con l'edizione delle *Guidelines* del marzo 2021 e rappresenta senza dubbio la risposta alle esigenze che si sono profilate a seguito dell'emergenza pandemica tutt'ora in corso; al riguardo, invero, viene prevista la possibilità di effettuare le riunioni arbitrali a distanza – non viene precisato se per iscritto o mediante mezzi audiovisivi – purché vi sia l'assenso di tutte le parti e queste possano comunicare tra di esse contemporaneamente e dispongano dei mezzi elettronici necessari a tal fine³⁸⁷.

c) (segue) *Il carattere 'riservato' del procedimento arbitrale.*

Un significativo rilievo viene attribuito alla riservatezza del procedimento arbitrale, cui è dedicata una dettagliata disciplina alla regola 16, dettata anche per la *christian conciliation* considerata *tout court*.

Tale disposizione pone anzitutto un principio generale, in virtù del quale tutte le comunicazioni che avvengono nel corso dell'arbitrato devono essere trattate alle stregua di trattative in sede di transazione e come tali riservate e dunque inammissibili ai fini della produzione in un giudizio

³⁸⁶ Cfr. reg. 31, p. 30: «*The Administrator or the lead arbitrator shall give parties at least five (5) days written notice of the time, place, and conditions of any arbitration meeting, unless the parties agree to modify or waive such notice. It shall be the parties' responsibility to notify their witnesses of the time and place of all arbitration meetings*».

³⁸⁷ Cfr. reg. 45, p. 34: «*Conciliation meetings may be held in whole or in part by remote communication if (1) agreed to by all the parties, (2) each party can communicate with all of the other parties concurrently, and (3) each party has the means to reasonably participate in all relevant procedures and matters. The Administrator and the conciliator may establish reasonable rules and/or procedures regarding remote participation*».

innanzi all'autorità giudiziaria, salvo le eccezioni e i casi contemplati dalla regola stessa³⁸⁸; più precisamente, ai fini della regola in esame rientrano nel novero di 'comunicazioni', tutte le comunicazioni orali o scritte provenienti dalle parti – compreso dunque l'arbitro – o dall'amministratore, nonché gli atti, i registri, le lettere, i documenti, *etc.* che vengono ricevuti o prodotti dall'amministratore, salvo quelli già formati al di fuori del procedimento³⁸⁹.

La *ratio* di siffatta 'cautela' poggia sulla natura biblica del procedimento arbitrale, la quale richiede un confronto libero e aperto tra le parti nonché un atteggiamento 'sincero' delle stesse, volti anche all'ammissione delle proprie responsabilità, che potrebbero venire pregiudicati ove si paventasse la possibilità di utilizzare le informazioni ivi acquisite in un successivo processo ovvero di chiamare a testimoniare l'arbitro nominato a dirimere la controversia³⁹⁰.

È bene precisare che la tutela della riservatezza si estende anche al lodo arbitrale, salvo le parti concordino diversamente per iscritto ovvero si renda necessario 'divulgare' la decisione arbitrale ai soli fini di ottenerne la

³⁸⁸ Cfr. reg. 16, l. a), p. 25: «[...] *all communications that take place during the conciliation process shall be treated as settlement negotiations and shall be strictly confidential and inadmissible for any purpose in a court of law, except as provided in this Rule*».

³⁸⁹ Cfr. reg. 16, l. b), p. 25: «*This Rule extends to all oral and written communications made by the parties or by the Administrator, and includes all records, reports, letters, notes, and other documents received or produced by the Administrator as part of the conciliation process, except for those documents that existed prior to the conciliation process and were otherwise open to discovery apart from the conciliation process. [...]*».

³⁹⁰ Cfr. reg. 16, l. a), p. 25: «*Because of its biblical nature, Christian conciliation encourages parties to openly and candidly admit their offenses in a particular dispute. Thus, conciliation requires an environment where parties may speak freely, without fear that their words may be used against them in a subsequent legal proceeding. Moreover, because conciliation is expressly designed to keep parties out of court, conciliators serving on behalf of the Administrator would not do so if they believed that any party might later try to force them to testify in any legal proceeding regarding a conciliation case. [...]*».

conferma, la revoca, o la riforma in sede giudiziale; in quest'ultimo caso, la parte è onerata di richiedere una copia del lodo a proprie spese all'amministratore³⁹¹. Al fine di conseguire una maggiore garanzia di riservatezza e sempre con riferimento all'eventuale – e successivo – giudizio, giacché la cognizione di cui è investita l'autorità giudiziaria potrebbe comunque comportare la necessità di divulgare informazioni acquisite nel procedimento arbitrale, l'amministratore può richiedere alle parti la sottoscrizione di un accordo di non divulgazione *ad hoc* di quanto emerso in sede di arbitrato³⁹².

Tuttavia, la peculiare tutela in esame incontra alcune deroghe di carattere generale, o dettate perché il carattere riservato è escluso per legge³⁹³ o perché così previsto dalla regola stessa in favore del solo amministratore, per il quale dunque è consentita la divulgazione delle informazioni acquisite, con implicita rinuncia delle parti alla riservatezza e con esclusione di responsabilità per lo stesso amministratore³⁹⁴, qualora egli:

³⁹¹ Cfr. reg. 16, l. c), p. 25: «[...] *arbitration decisions shall be confidential [...] unless the parties agree otherwise in writing, or unless an agreement or decision must be filed with a civil court for purposes of enforcement. If an arbitration decision is contested or appealed pursuant to statute, the Administrator, upon written request from a party, shall furnish to such party, at the party's expense, copies of the conciliation agreement and the arbitration decision*».

³⁹² Cfr. reg. 5, l. c), p. 20: «*The Administrator may require a person to sign an agreement not to use in a court of law any information acquired through conciliation; this provides limited protection for communications made during the conciliation process*».

³⁹³ Cfr. reg. 16, l. d), p. 21: «*In spite of these confidentiality protections, some of the information discussed during conciliation may not be confidential as a matter of law [...]*»

³⁹⁴ Cfr. reg. 16, l. c), p. 20 s.: «*The Administrator may divulge appropriate and necessary information under the following circumstances, and the parties agree to waive confidentiality and hold the Administrator harmless for doing so: (1) when, as part of its normal office operations, the Administrator consults with its staff members or outside experts regarding particular issues or problems related to a case; (2) when compelled by statute or by a court of law; (3) when an arbitration agreement or decision has been contested or appealed; (4) when an action has been brought against the Administrator as a*

CAPITOLO TERZO

- debba consultarsi con i propri collaboratori nell'espletamento degli ordinari compiti del suo ufficio;
- sia obbligato dall'autorità giudiziaria;
- sia convenuto in giudizio da una delle parti per il proprio ruolo svolto nel procedimento arbitrale;
- ritenga necessario informare le autorità civili dei fatti appresi al fine di evitare pregiudizi in danno di una delle parti (si pensi al caso in cui l'amministratore venga a conoscenza della commissione di un reato perpetrato da una delle parti in danno dell'altra);
- quando, ai sensi della regola 17, ritenga opportuno discutere della lite con un ministro di culto della confessione cui aderisce una delle parti.

d) (segue) *Le spese del procedimento.*

Le regole dispongono anche con riferimento ai costi del *christian arbitration*, rimettendo alla discrezionalità dell'amministratore la determinazione di una tassa amministrativa *una tantum*³⁹⁵ per l'intero

result of its participation in a conciliation case; (5) when the Administrator deems it appropriate to discuss a case with the church leaders of parties who profess to be Christians; and (6) when the Administrator deems it necessary to contact appropriate civil authorities to prevent another person from being harmed».

³⁹⁵ Cfr. reg. 9, l. a), p. 22: «*A non-refundable administrative fee may be charged for conciliation services. If an administrative fee is to be charged, the Administrator shall provide the parties with a written fee schedule, which must be signed by the parties. [...]*»; in tale ipotesi, peraltro, per la parte che si trovasse in stato di indigenza, la medesima norma prevede che «*The Administrator may reduce the fee or arrange a payment plan for parties*» (ivi).

servizio³⁹⁶ ovvero la previsione di una tariffa oraria³⁹⁷, entrambe oggetto di un accordo che dovrà essere sottoscritto da entrambe le parti e comprensivo del compenso dell'arbitro o comunque del conciliatore in generale³⁹⁸.

Quando la procedura arbitrale venga espletata avvalendosi dell'Institute for Christian Conciliation, il contributo unitario o la tariffa oraria, come si evince dalla reg. 9, l. f), verranno determinati sulla base di una tabella predeterminata dallo stesso ente, con l'ulteriore precisazione che nel caso specifico in cui l'arbitrato dovesse sorgere in virtù di una clausola compromissoria previamente redatta, troveranno applicazione le tariffe vigenti al momento dell'instaurazione del procedimento³⁹⁹.

A prescindere dalla previsione delle spese testé citate, sono in ogni caso dovuti all'amministratore tutti i costi⁴⁰⁰ sostenuti per lo svolgimento del procedimento, anche nel caso di ritiro di una delle parti o dello stesso amministratore.

³⁹⁶ Specie, quanto meno presumibilmente, ove lo stesso consti di una procedura informale e celere, come il *counselling* o la mediazione.

³⁹⁷ Cfr. reg. 9, l. b), p. 22: «*If an hourly conciliation fee is to be charged, the Administrator and/or the conciliators shall provide the parties with a written fee agreement, which must be signed by the parties. [...]*»; in tal caso l'amministratore potrà anche disporre il pagamento anticipato di una parte della tariffa concordata; è condivisibile ritenere che una tariffa oraria sia disposta di norma specie nel procedimento arbitrale, atteso il carattere 'formale' di tale strumento e la previsione di molteplici incontri arbitrali.

³⁹⁸ Cfr. reg. 9, l. f), p. 22: «*[...] If paid conciliators are appointed for the case, the Administrator, in consultation with the conciliators, shall set their rate of compensation*».

³⁹⁹ Cfr. reg. 9, l. f), p. 22: «*If the Institute for Christian Conciliation administers a dispute submitted to conciliation pursuant to a conciliation clause in a contract, the Institute for Christian Conciliation Fees and Costs schedule in effect when conciliation is initiated shall apply. [...]*».

⁴⁰⁰ E così, tra l'altro, le spese vive, i viaggi, il materiale fornito, le telefonate a lunga distanza, *etc.*; cfr., in punto, reg. 9, l. c), p. 22, per la quale «*the parties shall reimburse the Administrator for all direct costs associated with a case, including long distance telephone calls, travel, materials provided, and other out-of-pocket expenses. Withdrawal by any party or the Administrator does not relieve the parties of their responsibility to pay any of these fees and expenses*».

Quanto alla ripartizione degli onorari e dei costi del procedimento, la lettera e) della regola 9 contempla una divisione equa tra le parti, salvo diversamente stabilito dall'accordo delle stesse, dalla legge – federale o statale –, ovvero dalla reg. 40, l. c) sulla determinazione delle spese in sede di lodo arbitrale⁴⁰¹. Sotto quest'ultimo profilo, invero, è bene precisare che l'arbitro nella pronuncia di decisione sulla controversia può – ma non è tenuto a⁴⁰² – provvedere anche sulle spese del procedimento, liquidandole o secondo l'eventuale accordo delle parti ovvero in virtù di una serie di criteri – non tassativi – che esulano dal mero criterio della soccombenza; l'arbitro, cioè, potrà porre a carico di una parte tutti i costi del procedimento – comprensivi degli onorari per l'eventuale assistenza legale –, a carico non solo della parte soccombente, ma anche di quella che, a titolo esemplificativo, abbia rifiutato irragionevolmente di addivenire ad una soluzione conciliativa della controversia ovvero abbia sostenuto, rispetto alla controparte, significativi costi – ad esempio di viaggio – per la partecipazione al procedimento arbitrale⁴⁰³.

⁴⁰¹ Cfr. reg. 9, l. e), p. 22: «*All fees and costs incurred by the Administrator shall be shared equally by the parties unless agreed otherwise in a fee agreement, or as determined by the Arbitrators (see Rule 40C), or as otherwise provided by law. [...]*».

⁴⁰² Atteso il ricorso, da parte della regola, al verbo 'may'.

⁴⁰³ Cfr. reg. 40, l. c), p. 32 s.: «*The arbitrators may grant to the Administrator any fees, costs, and expenses, including attorneys' fees, that are due to the Administrator under the Arbitration Agreement or the Fees and Costs Agreement, or that are reasonably incurred as a result of the conciliation process. The arbitrators may also grant to any party any reasonable fees, costs, and expenses related to the resolution of a dispute, including attorney fees. Grounds for such a decision may include but are not limited to (1) when another party unreasonably refused to settle a dispute and unnecessarily increased the costs of resolving the matter; (2) when a party necessarily incurred significantly higher costs than another party, such as travel expenses, in order to participate in conciliation; or (3) as prevailing party's attorney fees. [...]*»; la regola prevede altresì che la decisione sulle spese segua una proposta previamente formulata dall'arbitro, alla quale le parti abbiano potuto formulare le proprie osservazioni: «*[...] A grant of fees, costs, and expenses may be made*

Con specifico riferimento, poi, alle spese per l'assunzione delle prove si dispone che, qualora esse siano assunte *ex officio* la relativa spesa sarà divisa equamente tra le parti, salvo diverso accordo, altrimenti saranno a carico della parte che ha formulato la specifica istanza probatoria in seguito accolta⁴⁰⁴.

L'obbligo di procedere al pagamento dei costi e onorari del procedimento arbitrale può assumere natura solidale, laddove la parte su cui grava tale obbligo risulti inadempiente; in tal caso, invero, l'amministratore potrà chiedere siffatte spese anticipatamente all'altra parte, che a sua volta potrà chiederne la restituzione all'obbligato, come statuizione del lodo arbitrale, eventualmente chiedendo anche l'applicazione delle sanzioni di cui alla reg. 44⁴⁰⁵; se, invece, nessuna delle parti provvede al pagamento delle spese, l'arbitro – o l'amministratore, qualora l'arbitro non sia stato ancora designato – potrà disporre la sospensione del procedimento – in attesa del pagamento – o la chiusura dello stesso⁴⁰⁶.

only after all parties who may be affected by the decision have had a reasonable opportunity to comment on the proposed decision» (ivi).

⁴⁰⁴ Cfr. reg. 9, l. d), p. 22: «*The expense of any witness or evidence produced at the request of the conciliators shall be shared equally by the parties, unless agreed otherwise by the parties or determined otherwise by the conciliators. The expense of any witness produced by either side shall be paid by the party producing such a witness unless determined otherwise by the arbitrators*».

⁴⁰⁵ Cfr. reg. 9, l. e), p. 22: «*[...] If any party fails to pay the fee or costs, any other party may pay all fees and costs and request reimbursement in mediation or fee shifting in arbitration pursuant to Rules 40 and 43 and/or request sanctions under Rule 44*»; con riferimento alle sanzioni di cui alla reg. 44, cfr. *supra*, p. 120

⁴⁰⁶ Cfr. reg. 43, p. 34: «*If conciliators' compensation or administrative charges have not been paid in full, [...] the conciliators may order the suspension or termination of the proceedings. If no conciliators have yet been appointed, the Administrator may suspend or terminate the proceedings*».

CAPITOLO QUARTO
IL *CHRISTIAN ARBITRATION*
AL VAGLIO DELLE CORTI STATUNITENSI

SOMMARIO: 11. Premessa - 2. I *cases*. - 2.1. *Encore Productions, Inc. v. Promise Keepers*. - 2.2. *Kyer v. Teen Challenge Florida*. - 2.3. *Easterly v. Heritage Christian Schools*. - 2.4. *The Woodlands v. Weibust*. - 2.5. *Spivey v. Teen Challenge of Fla., Inc.* - 2.6. *Maynard v. Valley Christian Acadademy, Inc* - 2.7. *Prescott v. Northlake Christian School*. - 3. Profili critici del *christian arbitration*. - 3.1 La vincolatività della clausola arbitrale. - 3.2. La legge applicabile e l'impugnabilità del lodo.

1. *Premessa*.

Appresi i caratteri sostanziali della clausola compromissoria cristiana nonché gli aspetti procedurali tipici dell'arbitro cristiano, e alla luce di quanto illustrato in tema di disciplina arbitrale e libertà religiosa nell'ordinamento statunitense, in questa sede verranno dispiegati i profili critici che sorgono in relazione all'istituto del *christian arbitration*, con particolare riferimento a quelle perplessità che possono emergere innanzi alla vincolatività – accertata in sede giudiziale – della *christian arbitration*

clause, al ricorso ai precetti cristiani per la risoluzione della controversia ed infine alla – limitata – possibilità di impugnazione del lodo innanzi all'autorità giudiziaria secolare, sì da condurre a interrogarci quale spazio, in termini di liceità e convenienza, debba concedersi all'istituto in esame.

A tal fine, si ritiene d'uopo muovere da un'accurata disamina di alcune pronunce giurisprudenziali⁴⁰⁷ che permettano di apprezzare sia l'atteggiamento delle parti che si trovino vincolate da questo tipo di clausola compromissoria o di decisione arbitrale sia il contegno delle corti, chiamate a pronunciarsi al riguardo.

2. I *cases*.

Benché il novero dei casi in cui le corti statunitensi si sono trovate a confrontarsi direttamente con il fenomeno del *christian arbitration* non sia così esteso, tuttavia si possono ravvisare, specie a partire dalla fine degli anni '90, alcune decisioni – che nell'ordinamento degli Stati Uniti vengono designate con il termine '*opinions*' – dell'autorità giudiziaria civile, che ai fini della presente indagine possono senza dubbio assurgere a *landmark cases* ai fini della nostra indagine.

⁴⁰⁷ Si precisa, a meri fini stilistici, che l'illustrazione dei casi nel presente capitolo verrà resa mediante il ricorso all'imperfetto c.d. narrativo.

2.1. *Encore Productions, Inc. v. Promise Keepers*⁴⁰⁸.

Il primo tra i casi che illustreremo nelle prossime pagine è *Encore Productions, Inc. v. Promise Keepers* il quale, seppur risalente al 1999, rappresenta ancor oggi uno dei più noti casi in tema di *christian arbitration*, per la significativa attenzione che la corte distrettuale dello stato del Colorado ha riservato all'arbitrato cristiano nonché per i principi risolutivi di cui lo stesso organo giudicante ha fatto applicazione.

La Promise Keeper, un'organizzazione non profit con sede nello stato del Colorado che organizzava incontri e conferenze per soli uomini ai fini di promuovere ideali cristiani di stampo conservatore, nel 1997 aveva concluso un contratto di appalto con l'Encore Production (d'ora in avanti 'Encore'), una società dello stato dell'Indiana, in virtù del quale la prima incaricava quest'ultima della fornitura e gestione di alcuni servizi connessi alle conferenze di cui la stessa Promise Keeper era promotrice.

Al paragrafo 18 del predetto regolamento negoziale veniva inserita una *christian arbitration clause* come di seguito formulata:

*«Any claim or dispute arising from or related to this Agreement shall be settled by mediation and, if necessary, legally binding arbitration, in accordance with the Rules of Procedure for Christian Conciliation of the Institute for Christian Conciliation. Such arbitration shall be held in Colorado unless otherwise agreed by both parties. Judgment upon an arbitration award may be entered in any court otherwise having jurisdiction»*⁴⁰⁹.

⁴⁰⁸ *Encore Productions, Inc. v. Promise Keepers*, 53 F. Supp. 2d 1101 (D. Colo. 1999).

⁴⁰⁹ *Encore Productions, Inc. v. Promise Keepers*, cit., p. 1106.

CAPITOLO QUARTO

In sostanza, le parti avevano convenuto che le future eventuali controversie tra di essi sarebbero state risolte – previo esperimento del procedimento di mediazione e nel caso di esito infausto dello stesso – attraverso un arbitrato in accordo alle regole procedurali dettate dall'*Institute for Christian Conciliation*; i contraenti avevano concordato altresì l'applicazione della legge statale del Colorado per quanto concerne la formulazione e l'interpretazione del contratto⁴¹⁰. Nel frattempo, l'Encore subappaltava alcune delle sue prestazioni ad un terzo ente – la Whalen Associates, Inc. – prevedendo, tra l'altro, una clausola di non concorrenza, in modo da scongiurare che quest'ultima potesse contrattare direttamente con la Promise Keeper per i due anni successivi dalla scadenza del contratto. Nell'estate del 1998 l'Encore e la Promise Keeper concludevano un nuovo accordo diretto a sancire la risoluzione del contratto, nel quale prevedevano tra l'altro che la Promise Keeper non avrebbe posto in essere condotte che avrebbero costituito violazione della clausola di non concorrenza in essere tra la Encore e la Whalen Associates, mentre la Encore avrebbe continuato a prestare la propria attività in favore della promise Keeper per i successivi eventi già programmati per l'anno 1998⁴¹¹. Nel settembre dello stesso anno

⁴¹⁰ Cfr. *Encore Productions, Inc. v. Promise Keepers*, cit., p. 1106: «*The Service Contract also contains the following choice of law provision: this Agreement shall be governed, construed, and interpreted under the laws of the State of Colorado. Venue on any dispute arising from this Agreement shall be at Arapahoe County, Colorado, unless otherwise agreed by both parties*».

⁴¹¹ Cfr. *Encore Productions, Inc. v. Promise Keepers*, cit., p. 1107: «*On July 24, 1998, Encore and PK entered into an agreement (the "Termination Agreement") terminating the Service Contract for mutual financial reasons upon certain conditions, among which were that: PK would not violate the terms of any valid non-compete agreement Mr. Whalen had with Encore; Encore would work for PK through the remaining stadium events; and outstanding financial issues would be finalized for 1997 within sixty*

la Promise Keeper violava quanto stabilito nell'ultimo accordo concluso con la Encore, in quanto interrompeva la collaborazione con quest'ultima per i futuri eventi e incaricava la Whalen Associates di tale incombente⁴¹².

La Encore, pertanto, conveniva in giudizio la Promise Kepper per l'asserito inadempimento contrattuale e la Promise Kepper eccepiva la sussistenza della clausola compromissoria previamente conclusa tra di esse, chiedendo così alla corte il rigetto delle pretese attoree per difetto di giurisdizione della corte adita a conoscere della controversia, in quanto demandata alla cognizione dell'arbitro⁴¹³. A sua volta la Encore formulava una serie di controeccezioni dirette a contestare la validità e l'efficacia della predetta *christian arbitration clause*.

Anzitutto, la Encore contestava l'efficacia del patto compromissorio, attesa l'intervenuta inefficacia dello stesso contratto di appalto a seguito della conclusione del successivo accordo risolutivo (c.d. '*termination agreement*'), che non contemplava alcuna statuizione circa la clausola arbitrale previamente contemplata⁴¹⁴.

Innanzitutto a tale questione preliminare la corte faceva applicazione della norma – di matrice giurisprudenziale – di c.d. ultrattività della clausola

days from the Termination Agreement and for 1998 within sixty days following the last stadium event».

⁴¹² Questo, quanto meno, secondo la ricostruzione della stessa Encore; cfr., sul punto, *Encore Productions, Inc. v. Promise Keepers*, cit., p. 1107: «*Encore alleges that in September of 1998, PK wrongfully terminated the Service Contract in regard to all future events. Encore further alleges that PK wrongfully retained Mr. Whalen to perform services in violation of the Service Contract, Termination Agreement, and Subcontract*».

⁴¹³ Ai sensi della regola 12, l. b) n. 1), del *Federal Rules of Civil Procedure*.

⁴¹⁴ Ad avviso dell'attrice, invero, la Promise Keeper «*waived its rights to Christian Conciliation when it entered the new contract on July 24, 1998*» (*Encore Productions, Inc. v. Promise Keepers*, cit., p. 1108).

compromissoria, in virtù della quale anche qualora un contratto sia venuto a scadenza ovvero venga risolto per il tramite di un nuovo accordo, la predetta clausola conserva la propria efficacia, salvo le parti non abbiano inteso, in modo inequivocabile, in senso contrario; l'assente indicazione di una siffatta volontà nel secondo accordo concluso tra le parti della causa, dunque, ad avviso della corte, faceva operare quella presunzione di *favor* dell'arbitrabilità della lite, sì che la stessa clausola doveva ritenersi avere mantenuto la propria efficacia⁴¹⁵.

Un secondo rilievo mosso dalla Encore nei confronti della clausola compromissoria concerneva il possibile conflitto di leggi dettato dalla contemporanea rilevanza, nella fattispecie, della legge statale del Colorado e delle regole di procedura dell'arbitrato cristiano cui la clausola arbitrale esplicitamente rinviava.

La criticità che invocava la Encore alludeva in particolare all'art. 4 delle *Rules of Procedure for Christian Conciliation* dell'Institute for Christian Conciliation, laddove veniva sancito che nello svolgimento dell'arbitrato – compresa, dunque, la fase di decisione della controversia – l'autorità suprema che sarebbe assunta a parametro legislativo di riferimento sarebbe stata rappresentata dalle Sacre Scritture; in tal modo, ne sarebbe conseguito un inevitabile contrasto con la clausola di *choice of law* contenuta

⁴¹⁵ Invero la corte rilevava, in particolare, che «*under the federal common law of arbitrability, an arbitration provision in a contract is held to survive the termination of that contract unless there is clear evidence that the parties intended to override this presumption. [...] Termination Agreement in this case has no express language regarding arbitration and no clear showing of an implied intent to repudiate the arbitration clause in the Service Contract*» e pertanto concludeva che «*the Termination Agreement did not supersede the arbitration provision in the original Service Contract*» (*Encore Productions, Inc. v. Promise Keepers*, cit., p. 1108 e s.).

nella sezione n. 22 dello stesso accordo, la quale statuiva l'assoggettamento dell'intero contratto alla disciplina della legge statale del Colorado⁴¹⁶.

Tuttavia, la corte riteneva infondata la predetta censura, ravvisando l'inconsistenza dell'asserito conflitto di leggi⁴¹⁷, atteso che l'art 4. delle Regole dell'Institute for Christian Conciliation doveva interpretarsi in conformità al combinato disposto degli artt. 42 e 40 delle stesse *Rules*; da un lato, invero – come illustrato nel capitolo precedente –, l'art. 42 depone per la prevalenza delle stesse regole qualora esse siano difformi da quanto previsto dalla disciplina statale o federale in tema di arbitrato, salvo che la disposizione statale o federale debba essere intesa come inderogabile⁴¹⁸; dall'altro l'art. 40 prevede che la decisione dell'arbitro comunque non possa eccedere i termini dell'accordo delle parti⁴¹⁹. Pertanto, ad avviso della corte, la disposizione con cui le parti avevano convenuto anche per l'applicabilità della legge del Colorado comportava soltanto per l'arbitro il dovere di risolvere la controversia mediante una decisione che – pur potendo servirsi

⁴¹⁶ Secondo l'attrice, difatti, se da un lato «*the Service Contract contains a choice of law provision which states that Colorado law will govern its interpretation*», dall'altro «*the Rules of Procedure for Christian Conciliation dictate that, "the Holy Scriptures (the Bible) shall be the supreme authority governing every aspect of the conciliation process."*» (*Rules of Procedure for Christian Conciliation, § 4*)» (*Encore Productions, Inc. v. Promise Keepers*, cit., p. 1111).

⁴¹⁷ Cfr. *Encore Productions, Inc. v. Promise Keepers*, cit., p. 1111: «*My review of the Rules for Christian Conciliation lead me to conclude that they are not impermissibly inconsistent with the application of Colorado law*».

⁴¹⁸ Cfr. *Encore Productions, Inc. v. Promise Keepers*, cit., p. 1111: «*Rule 42 of Christian Conciliation states that, "should these Rules vary from state or federal arbitration statutes, these Rules shall control except where the state or federal rules specifically indicate that they may not be superseded"*».

⁴¹⁹ Cfr. *Encore Productions, Inc. v. Promise Keepers*, cit., p. 1111: «*Rule 40 of the Christian Conciliation Rules states that arbitrators must grant relief that is "within the scope of the agreement of the parties"*».

CAPITOLO QUARTO

dei precetti biblici, in ottemperanza all'art. 4 delle *Rules* – non si ponesse in contrasto con la predetta normativa statale⁴²⁰.

La convenuta, poi, a sostegno delle proprie censure avverso la vincolatività della clausola, portava all'attenzione del giudice la circostanza che le eventuali statuizioni religiose contenute nel lodo le avrebbero precluso la possibilità di impugnare efficacemente la decisione per ottenere una nuova pronuncia sul merito da parte della corte secolare⁴²¹.

A questo rilievo la corte richiamava preliminarmente la '*religious question doctrine*', ossia quel preciso contegno che le corti sono chiamate a seguire quando esaminano una controversia che implichi anche delle valutazioni di carattere religioso o teologico, che, ove rese oggetto di decisione, potrebbero condurre ad una violazione del Primo emendamento. In siffatte ipotesi, come visto⁴²², le corti ricorrono all'applicazione dei '*neutral principles of law*', ossia quei principi legali di natura secolare che permettono di trattare una controversia che presenti elementi di religiosità alla stregua di qualunque controversia civile, senza dunque entrare nel merito di eventuali valutazioni teologiche o afferenti a una determinata dottrina religiosa; tale questione si ravvisa soprattutto nell'ambito contrattuale che meriterà di essere trattato secondo le norme generali vigenti in tema di

⁴²⁰ La corte constatava quindi che «*the choice of law provision will require that the parties look to Colorado law to see whether it supersedes a rule*» e ne desumeva che «*because the Service Contract contains a Colorado choice of law provision, the arbitrator must fashion a result that is consistent with Colorado law*» (*Encore Productions, Inc. v. Promise Keepers*, cit., p. 1111).

⁴²¹ Cfr. *Encore Productions, Inc. v. Promise Keepers*, cit., p. 1112: «*Encore also argues that I should not enforce Christian Conciliation because theological conclusions made in the Conciliation may not be reviewed by the courts*».

⁴²² Cfr. *supra*, nt. 217.

contratti⁴²³. E, a maggior ragione, ciò sarebbe consentito nel caso odierno, ove a parere della corte è posta in essere soltanto una controversia di natura civilistica – che non involge in alcun modo le predette questioni – e che pertanto ben potrà essere trattata unicamente come tale, con la conseguenza che l’eventuale impugnativa del lodo sarà concessa solo nelle ipotesi e per i motivi previsti dalla legge arbitrale⁴²⁴ salvo, e questo lo aggiungiamo noi, l’ipotesi di matrice giurisprudenziale del *manifest disregard of the law* o della contrarietà alla *public policy*.

Da ultimo, la Encore eccepiva l’invalidità e l’inefficacia della *christian arbitration clause* sull’assunto che tale clausola violasse il principio di libertà religiosa di cui al Primo emendamento; nello specifico, la Encore riteneva che, anche ove fosse ritenuta vincolante per la società, la clausola compromissoria non poteva invece vincolare coloro che agivano in qualità di legali rappresentanti dell’ente, dal momento che la previsione di un obbligo – in capo a questi ultimi – di prendere parte ad un procedimento dal connotato indubbiamente religioso avrebbe costituito una violazione della

⁴²³ Cfr. *Encore Productions, Inc. v. Promise Keepers*, cit., p. 1112: «*A court can, and should, apply neutral principles of law to determine disputed questions that do not implicate religious doctrine. [...] “Neutral principles” are secular legal rules whose application to religious parties or disputes do not entail theological or religious evaluations. [...] by employing neutral principles, courts can review decisions of religious bodies within permissible constitutional boundaries.*».

⁴²⁴ Cfr. *Encore Productions, Inc. v. Promise Keepers*, cit., p. 1112: «*Thus, if cause is later shown to review the Christian Conciliation’s arbitration results, a court can do so within the limitations governing review of any arbitration award. This is especially true in this case where the claims do not involve religious determinations or doctrines [...] although Christian Conciliation may be characterized as a religious tribunal, any award in arbitration is subject to limited review.*».

Free Exercise Clause come contemplata dal Primo emendamento, laddove gli stessi non vi avessero prestato il consenso⁴²⁵.

Pur essendo stato introdotto – quanto meno a nostro avviso – un profilo di significativo rilievo, la corte rigettava le argomentazioni dell’attrice avvalendosi – in un modo forse un po’ troppo ‘sbrigativo’ – della *contract law*⁴²⁶; in tal ottica, per la corte distrettuale, al fine di individuare i destinatari di una clausola compromissoria era necessario fare applicazione dei principi generali previsti in materia contrattuale, sì che, nel caso sottoposto alla sua cognizione, il destinatario dell’obbligo sancito dal compromesso si identificava nella società come ente, anche se per il tramite dei suoi rappresentanti, i quali con la sottoscrizione della clausola in nome e per conto dell’ente avevano manifestato così la rinuncia ad avvalersi delle vie giurisdizionali ordinarie e prestato il proprio consenso alla procedura arbitrale, nonché alla loro stessa partecipazione in rappresentanza dell’ente⁴²⁷; peraltro, la corte corroborava questa considerazione, rilevando che tra i documenti in causa si rinveniva una missiva trasmessa dal

⁴²⁵ Cfr. *Encore Productions, Inc. v. Promise Keepers*, cit., p. 1112: «*Encore argues compelling Christian Conciliation will violate their agents’ and employee’ rights to the free exercise of their religion under the First Amendment. Encore argues that, as a corporation, it cannot validly consent to participate in proceedings of a religious nature and thereby bind its agents and employees to participate in these proceedings without their individual consent*».

⁴²⁶ Cfr. *Encore Productions, Inc. v. Promise Keepers*, cit., p. 1112: «*Encore and PK executed the Service Contract which contains an enforceable arbitration provision*».

⁴²⁷ Cfr. *Encore Productions, Inc. v. Promise Keepers*, cit., p. 1113: «*[...] the arbitration process between these corporations contemplates participation by their principals. By executing the Service Contract on behalf of Encore, Encore’s principals consented to participate in an arbitration governed by the Rules of Christian Conciliation [...] Encore voluntarily signed a contract containing a written arbitration agreement that clearly and expressly disclosed that arbitration would be submitted to Christian Conciliation. This manifests intent to be bound by Christian Conciliation’s decree and a knowing and voluntary waiver of their rights to pursue litigation in a secular district court*».

rappresentante della Encore a quello di Promise Keeper dopo la sottoscrizione dell'accordo risolutivo, in cui il primo comunicava al secondo l'intenzione di concordare l'inizio della procedura conciliativa come prescritto nel contratto originario⁴²⁸.

Pertanto, nella fattispecie in esame, ogni asserita violazione della libertà religiosa ad avviso della corte risultava infondata.

Al contrario, la corte formulava un'ulteriore – e, senza dubbio, decisamente significativa – riflessione che sottendeva il rapporto tra libertà religiosa e obbligazione contrattuale: invero, proprio il diniego giudiziale della vincolatività della clausola arbitrale concesso ad una parte in virtù della supposta violazione della *Free Exercise Clause*, avrebbe esso stesso integrato una violazione del medesimo diritto ai danni della controparte che invece intendeva aderirvi, configurando dunque un impedimento all'esercizio del diritto di libertà religiosa ovvero un ingiusto pregiudizio arrecato allo stesso diritto⁴²⁹.

La corte, pertanto, sulla base delle argomentazioni sin qui richiamate concludeva per la validità ed efficacia della clausola contestata e pertanto rigettava le pretese attoree dichiarando il proprio difetto di giurisdizione in favore del procedimento arbitrale.

⁴²⁸ Cfr. *Encore Productions, Inc. v. Promise Keepers*, cit., p. 1113: «[...] in a letter written to counsel for PK on September 10, 1998, well after the date of the Termination agreement, counsel for Encore stated that Encore was “willing to discuss initiating Christian Conciliation as mandated under the contract”».

⁴²⁹ Cfr. *Encore Productions, Inc. v. Promise Keepers*, cit., p. 1113: «Impermissible First Amendment entanglement is speculative at this juncture. Indeed, refusal to enforce the parties' arbitration agreement could itself arguably constitute an impermissible entanglement. PK could claim impedance of the practice of religion or creation of an unjust bias against religion, thereby depriving PK of its free exercise rights».

2.2. *Kyer v. Teen Challenge Florida*⁴³⁰.

Il caso *Kyer v. Teen Challenge Florida* ha ad oggetto l'azione civile esperita innanzi alla corte distrettuale dello stato della Florida da parte di una signora, Maryland Kyer, nei confronti del proprio datore di lavoro, l'istituto Teen Challenge of Florida, presso il quale la prima svolgeva mansioni di cuoca, al fine di ottenere dall'istituto la corresponsione della maggiore retribuzione prevista in tema di orario di lavoro straordinario dalla legge federale sul salario minimo, il *Fair Labour Standard Act* (c.d. *FLSA*). La convenuta Teen Challenge formulava un'apposita eccezione di arbitrato, sottoponendo all'attenzione del giudice la circostanza che, tra le clausole del contratto di lavoro sottoscritto dall'attrice nel maggio del 2003, era inclusa una *christian arbitration clause*, in virtù della quale le parti rimettevano qualsiasi futura controversia nascente da quel contratto – che non fosse risolta previamente attraverso degli incontri informali tra le parti – ad un procedimento di mediazione di tipo biblico e – nel caso di esito infruttuoso di questo – ad un successivo arbitrato legalmente vincolante tra le parti, in ossequio alle *Rules of Procedure of Christian Conciliation*⁴³¹. Pertanto, ad avviso dell'istituto convenuto, la clausola arbitrale era valida e vincolante ai

⁴³⁰ *Kyer v. Teen Challenge of Florida, Inc.*, No. 8:07-cv-1824-T-23-TBM (M.D. Fla. Apr. 24, 2008), non pubblicato nelle raccolte ufficiali della giurisprudenza statunitense e disponibile all'indirizzo www.casetext.com/case/kyer-v-teen-challenge-of-florida.

⁴³¹ Cfr. *Kyer v. Teen Challenge of Florida, Inc.*, cit., p. 1 s.: «*The agreement provides that "if any dispute or controversy arises out of or is related to this agreement and is not resolved in private meetings between the parties . . . then the dispute or controversy will be settled by Biblically based mediation and if necessary, legally binding arbitration, in accordance with the Rules of Procedure for Christian Conciliation . . . of the Association of Christian Conciliation Services"*».

sensi della disciplina prevista dal *Federal Arbitration Act*⁴³², mentre l'attrice, dal canto suo, contestava l'efficacia dell'accordo compromissorio, assumendo che il medesimo non afferisse ad un rapporto commerciale riconducibile ai rapporti tutelati dal *FAA* e che, in ogni caso, l'accordo arbitrale non contemplava le controversie relative alla retribuzione, dunque quelle sorte in ordine alle norme statutarie del *Fair Labour Standard Act*.

Or bene, al riguardo, la corte, traendo insegnamento dai propri precedenti⁴³³, ricorreva allo standard interpretativo offerto dalla Corte Suprema, in virtù del quale l'estensione applicativa del *FAA* giunge a ricomprendere anche i rapporti di lavoro⁴³⁴, sì che nel caso di specie doveva concludersi inequivocabilmente per l'operatività del *FAA* giacché anche la «*Teen Challenge's overall employment practice affects commerce*»⁴³⁵; altresì, la corte rilevava che nella contemplazione delle controversie arbitrabili, la clausola compromissoria era stata formulata secondo un tenore decisamente ampio – riconducibile al tipo 'qualsiasi disputa o controversa che dovesse sorgere dal contratto o in relazione ad esso' – sì da ricomprendere qualsiasi lite inerente al rapporto di lavoro, comprese dunque le pretese fondate sulla violazione del *FLSA*.

Al di là di questi profili preliminari, l'attrice sosteneva che l'esperimento della procedura arbitrale le avrebbe compromesso la possibilità di ottenere la condanna alle spese legali in caso di esito vittorioso;

⁴³² E non – è bene precisare – della legge statale in tema di arbitrato, che qui non trovava applicazione, giacché la controversia aveva ad oggetto l'asserita violazione di una legislazione federale, quale è il *Fair Labour Standard Act*.

⁴³³ In particolare, da *Caley v. Gulfstream Aerospace Corp.*, 428 F.3d 1359 (11th Cir. 2005), specie p. 1370.

⁴³⁴ Tranne, come visto in precedenza, alcuni riconducibili alla materia dei trasporti.

⁴³⁵ Cfr. *Kyer v. Teen Challenge of Florida, Inc.*, cit., p. 2.

ciò non ostante, anche quest'ultimo profilo veniva disatteso dalla corte, sulla considerazione che le *Rules of Procedure of Christian Conciliation*, espressamente richiamate dal contratto di lavoro, non contemplavano esplicitamente alcuna preclusione in tema di spese legali⁴³⁶, sì che l'arbitro ben avrebbe potuto liquidarle⁴³⁷; ad avviso della corte, peraltro, la circostanza che tale asserzioni fossero rimaste collocate in un piano del tutto apodittico, non consentiva alla stessa di poter dedurre elementi sufficienti per considerare l'accordo come invalido⁴³⁸.

La clausola compromissoria così come configurata veniva dunque accertata come valida e vincolante dalla corte, la quale accoglieva la richiesta della convenuta ed invitava le parti ad esperire il procedimento arbitrale cristiano⁴³⁹.

2.3. *Easterly v. Heritage Christian Schools*⁴⁴⁰

La fattispecie oggetto delle prossime considerazioni concerne nuovamente un rapporto di lavoro relativo ad un contratto che vede coinvolta ancora una *christian arbitration clause*.

⁴³⁶ E, in effetti, si veda *supra*, cap. III, § 3.7.

⁴³⁷ Cfr. *Kyer v. Teen Challenge of Florida, Inc.*, cit., p. 3: «Neither the agreement nor the Rules of Procedure for Christian Conciliation prevent the plaintiff from receiving attorney's fees if she prevails. Mere speculation that the plaintiff will not receive attorney's fees is insufficient to invalidate the agreement».

⁴³⁸ Cfr. *Kyer v. Teen Challenge of Florida, Inc.*, cit., p. 3: «Mere speculation that the plaintiff will not receive attorney's fees is insufficient to invalidate the agreement».

⁴³⁹ Cfr. *Kyer v. Teen Challenge of Florida, Inc.*, cit., p. 3.: «The defendants' motion [...] to compel arbitration and to stay the proceeding is GRANTED».

⁴⁴⁰ *Easterly v. Heritage Christian Schools*, No. 08-1714 (USDC S.D. Ind. Aug. 26, 2009), non pubblicata nei registri ufficiali e reperibile all'indirizzo www.govinfo.gov/content/pkg/USCOURTS-insd-1_08-cv-01714/pdf/USCOURTS-insd-1_08-cv-01714-0.pdf.

In particolare, il caso vede contrapposti una scuola privata cristiana, l'Heritage Christian School con sede nello stato dell'Indiana, e la signora Dorothy Easterly, un'insegnante che il predetto istituto aveva assunto a partire dal 1987 e che in seguito andava anche a ricoprire l'incarico di direttrice didattica. Tale rapporto di lavoro veniva disciplinato da una serie di contratti succedutisi nel tempo, l'ultimo dei quali stipulato nel maggio del 2007. A distanza di due mesi, nel luglio dello stesso anno, alla signora Easterly veniva comunicato il licenziamento e contestualmente le veniva offerta la possibilità di essere assunta con diversa mansione, la quale avrebbe implicato una consistente diminuzione della retribuzione rispetto a quella che le era stata corrisposta nel lungo rapporto intercorso. Di talché l'impiegata agiva in giudizio nei confronti dell'istituto scolastico innanzi alla corte distrettuale dello stato dell'Indiana, lamentando l'inadempimento contrattuale della controparte nonché la violazione delle regole federali a sanzione delle condotte discriminatorie sul luogo di lavoro, come sancite dall'*Americans With Disabilities Act* (c.d. *ADA*) e dall'*Age Discrimination in Employment Act* (c.d. *ADEA*), sull'assunto che il licenziamento fosse motivato dalla propria età anagrafica e dalla disabilità da cui era affetta.

L'istituto eccepiva la carenza di legittimazione all'azione giudiziale, attesa la vigenza di una clausola compromissoria – riconducibile al modello della *christian arbitration clause*⁴⁴¹ – inserita negli ultimi contratti di lavoro

⁴⁴¹ E, precisamente, come di seguito richiamata nella decisione: *«I agree to resolve differences with others (parents, fellow-workers, Administration) by following the biblical pattern of Matthew 18:15-17. Should the teacher have unresolved issues with the employer after utilizing the Matthew 18 principle, I and the employer agree to be bound by the following mediation and binding arbitration agreement in an attempt to resolve issues and bring reconciliation: MEDIATION AND BINDING ARBITRATION AGREEMENT – The parties to this agreement are Christians and believe that the Bible commands them to make every effort to live at peace and to resolve disputes with each other in private or within the*

CAPITOLO QUARTO

che l'impiegata aveva sottoscritto e in virtù della quale dunque la pretesa avrebbe dovuto trovare risoluzione secondo il procedimento arbitrale.

A sua volta, l'attrice eccepiva la non vincolatività della clausola, formulando molteplici difese al riguardo.

In primis la signora Easterly deduceva il carattere *'unconscionable'* dell'accordo compromissorio, attesa la terminologia generica e ambigua con cui la stessa clausola era stata formulata; in particolare, la circostanza che l'accordo richiamasse esplicitamente le *Rules of Christian Conciliation* senza tuttavia che ne fosse fornita copia scritta o quanto meno esplicitato il contenuto avrebbe precluso all'attrice una congrua comprensione della reale portata della clausola⁴⁴². Il ricorso al rimedio contrattuale

*Christian community in conformity with the biblical injunctions of 1 Corinthians 6:1-8, Matthew 5:23-24, and Matthew 18:15-20. Therefore, the parties agree that any claim or dispute arising out of, or related to, this agreement or to any aspect of the employment relationship, including claims under federal, state, and local statutory or common law, the law of contract, and the law of tort shall be settled by biblically based mediation. If resolution of the dispute and reconciliation do not result from mediation, the matter shall then be submitted to an independent and objective arbitrator for binding arbitration. The parties agree for the mediation and arbitration process to be conducted in accordance with the "Rules of Procedure for Christian Conciliation" ("Rules") contained in the Peacemaker Ministries booklet, Guidelines for Christian Conciliation. Consistent with these "Rules," each party to the agreement shall agree to the selection of the arbitrator. The parties agree that if there is an impasse in the selection of the arbitrator, the Institute for Christian Conciliation division of Peacemaker Ministries of Billings, Montana [(800) 711-7118], shall be asked to provide the name of a qualified person who will serve in that capacity. Consistent with the "Rules," the arbitrator shall issue a written opinion within a reasonable time. The parties to this contract agree that these methods shall be the sole remedy for any controversy or claim arising out of the employment relationship or this agreement and expressly waive their right to file a lawsuit against one another in any civil court for such disputes, except to enforce a legally binding arbitration decision. The parties to this agreement have had an opportunity to consult legal counsel before signing this agreement»; cfr. *Easterly v. Heritage Christian Schools*, cit., p. 2 e s.*

⁴⁴² Cfr. *Easterly v. Heritage Christian Schools*, cit., p. 4, ove la corte riporta la difesa dell'attrice, ad avviso della quale «*the arbitration provision is unenforceable because its*

dell'*unconscionability* poggiava altresì sul rilievo che la clausola era stata inserita unilateralmente dall'istituto scolastico sì che l'eventuale mancata adesione alla stessa avrebbe compromesso il buon esito dell'accordo, ravvisandosi così una disparità di potere nella conduzione delle trattative contrattuali⁴⁴³.

Tuttavia, per la corte adita tali argomentazioni non meritavano accoglimento, in quanto, sebbene le *Rules of Procedure for Christian Conciliation* non erano state allegate al contratto di lavoro, si poteva ravvisare comunque un onere in capo alla signora Easterly di prodigarsi per conoscerne il contenuto, potendo invero chiederne una copia all'istituto oppure reperirle *online*, dal momento che la stessa attrice non aveva dedotto né provato alcun ostacolo circa la possibilità di entrare in possesso delle predette Regole⁴⁴⁴. Peraltro, la corte medesima evidenziava come costituisse oramai una prassi quella di redigere un novero di regole applicabili al procedimento di arbitrato, portando l'esempio dell'American Arbitration

terms are vague and ambiguous» poiché «[...] the contract provides that the Rules of Procedure for Christian Conciliation ("RPCC") are to govern the arbitration process, but those rules are not attached to the contract and no details about the rules are provided in the contract» con la conseguenza che «"it is unequivocal that Ms. Easterly could not have fully understood the terms of the mediation and arbitration agreement she was entering into when it was devoid of any details concerning the alternative dispute resolution forums and procedures – it was unconscionable"».

⁴⁴³ Cfr. *Easterly v. Heritage Christian Schools*, cit., p. 4, nt. 1: «*Easterly remarks: "[...] employees are required to sign one-sided arbitration agreements (like the one in this case) as a condition precedent to obtaining employment with the employer or as part of the employment process. If an employee does not sign the agreement, it is most probably [sic.] that she will not get the job."* [...] *the typical unequal bargaining power between employees and employers is a reason to find an arbitration clause unenforceable.*

⁴⁴⁴ Cfr. *Easterly v. Heritage Christian Schools*, cit., p. 5: «*While the RPCC were not attached to the contract, they were available from Heritage and are readily available on the internet, and there is no indication that Easterly could not have obtained them with minimal effort if she had been so inclined.*

CAPITOLO QUARTO

Association; ed invero, citando la giurisprudenza interpretativa della legislazione in materia di arbitrato⁴⁴⁵, la corte ribadiva che le parti erano libere di convenire le regole che avrebbero governato il procedimento arbitrale (c.d. *choice of law*), oltre che accordarsi sulla scelta dell'organo arbitrale (c.d. *choice of forum*). Quanto poi all'asserita disparità di potere nelle trattative contrattuali a vantaggio dell'istituto scolastico, la corte replicava – in modo del tutto laconico – mediante un mero richiamo alla giurisprudenza della Corte Suprema⁴⁴⁶ per cui, quanto meno nei rapporti di lavoro, la mera ineguaglianza del potere delle parti non avrebbe inficiato il contratto.

Un ulteriore – e forse più significativo del precedente – profilo di contestazione formulato dall'attrice poggiava sulla considerazione che la *christian arbitration clause* contemplava un procedimento che avrebbe pregiudicato un congruo e giusto soddisfacimento delle proprie pretese come tutelate dall'*ADA* e dall'*ADEA* nonché dalla legge statale dell'Indiana; ciò in ragione della circostanza che, in quel peculiare procedimento arbitrale, l'arbitro – in ossequio alla reg. 4 delle *Rules of Christian Conciliation* – avrebbe dovuto fare applicazione dei precetti biblici per risolvere la controversia, e con ciò ella avrebbe rinunciato implicitamente a vedere tutelati adeguatamente i propri diritti⁴⁴⁷; in aggiunta, la signora Easterly

⁴⁴⁵ In particolare, *Webster v. A.T. Kearney, Inc.*, 507 F.3d 568 (7th Cir. 2007), p. 573: «After all, under the FAA the parties are free to agree to any governing rules, and the courts will enforce whatever system they choose».

⁴⁴⁶ In particolare, riportandosi a *Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp.*, 500 U.S. 20 (1991), p. 33: «Mere inequality in bargaining power, however, is not a sufficient reason to hold that arbitration agreements are never enforceable in the employment context».

⁴⁴⁷ Cfr. *Easterly v. Heritage Christian Schools*, cit., p. 6: «Easterly next argues that “the arbitration provision in the parties’ contract provides for a process by which Ms.

contestava che, sempre in virtù della reg. 4, l'arbitro, oltre a considerare i dettami delle Sacre Scritture, avrebbe potuto prendere in considerazione, ai fini del *decisum*, soltanto la normativa che le parti sottoponevano alla sua attenzione, il che rendeva la predetta procedura del tutto 'inadeguata' alla fattispecie concreta⁴⁴⁸.

La corte ancora una volta, pur riconoscendo il carattere inderogabile dei diritti vantati nel giudizio, riteneva che non fosse provato alcun rischio che una decisione resa alla stregua di precetti biblici si sarebbe posta necessariamente in conflitto con la normativa statale o federale, né che la clausola arbitrale comportasse di per sé un'implicita rinuncia ai diritti tutelati secondo la disciplina prevista dall'*ADA* e dall'*ADEA*⁴⁴⁹; a conferma di ciò, ad avviso della corte, l'arbitro avrebbe dovuto comunque tenere in considerazione la legge secolare applicabile al caso concreto⁴⁵⁰ secondo quanto allegato dalle parti del procedimento, aspetto, quest'ultimo, che peraltro non si discostava dal principio '*pleading the law*' operante nelle corti

Easterly must forego vindication of her substantive rights guaranteed by the ADEA and ADA and Indiana contract law, and instead rely on biblical scripture to define her rights».

⁴⁴⁸ Cfr. *Easterly v. Heritage Christian Schools*, cit., p. 5, nt. 2: «*Easterly takes issue with the fact that the conciliator is only required to consider law that the parties bring to his or her attention*».

⁴⁴⁹ Cfr. *Easterly v. Heritage Christian Schools*, cit., p. 6: «*Easterly does not explain how this provision constitutes a waiver of her rights under the ADA and the ADEA. The provision requires the arbitrator to take into consideration the applicable law, and Easterly fails to articulate how biblical principles might conflict with that law to her detriment*».

⁴⁵⁰ Come disposto dalla reg. 40, l. b) («[...] *In making their decision, the arbitrators shall consider, but are not limited by, the remedies requested by the parties*»), e dalla reg. 4 che peraltro, come visto in precedenza, vanno lette in combinato disposto con la reg. 42, la quale sancisce la prevalenza delle *Rules* – e, con esse, dei precetti biblici – salvo sussistano per il caso concreto norme statali o federali prescritte come inderogabili.

CAPITOLO QUARTO

statali, in virtù del quale il giudice decide sulla base dei fatti e delle norme che gli vengono sottoposti dalle parti⁴⁵¹.

Infine, a completare le precedenti doglianze, la signora Easterly invocava l'inefficacia del patto compromissorio, poiché le possibilità di futura impugnazione del lodo arbitrale sarebbero state limitate – se non escluse – in virtù dei principi di libertà religiosa di cui al Primo emendamento, i quali avrebbero precluso alla corte di entrare nel merito di una decisione resa alla stregua di una ‘normativa’ religiosa⁴⁵². Tuttavia la corte superava anche tale osservazione, osservando preliminarmente che – oltre che nei casi espressamente previsti dal *FAA* ovvero dalla legislazione statale in tema di arbitrato⁴⁵³ – l'annullamento del lodo si sarebbe potuto pronunciare anche per l'ipotesi di ‘*manifest disregard of the law*’, fattispecie che si ravvisa quando, come visto, sussista un chiaro e inequivocabile principio giuridico applicabile alla fattispecie concreta, il quale viene ignorato dall'arbitro sebbene portatogli alla sua attenzione dalle parti, sì da rendere palese e ingiustificata la disapplicazione da lui operata in concreto⁴⁵⁴;

⁴⁵¹ Cfr. *Easterly v. Heritage Christian Schools*, cit., p. 6, nt. 2: «*the Court notes that the same is essentially true of a federal judge, in light of the fact that a party can waive an argument – e.g. that a particular case or statute applies – by failing to raise it*», non essendo riconosciuto nell'ordinamento di *common law* – quanto meno non univocamente o in maniera diffusa – il principio ‘*iura novit curia*’ che caratterizza gli ordinamenti di *civil law*.

⁴⁵² Cfr. *Easterly v. Heritage Christian Schools*, cit., p. 6, nt. 3: «*Easterly's citation to [...] other cases for the proposition that this Court's review of a Christian arbitrator's decision is somehow limited by the First Amendment are misplaced*».

⁴⁵³ Che, tuttavia, come già visto, prevedono pochi rimedi che tendono a non entrare nel merito della controversia.

⁴⁵⁴ Cfr. *Easterly v. Heritage Christian Schools*, cit., p. 6, nt. 3, ove la corte, dà una definizione del concetto di ‘*manifest disregard of the law*’ citando *Jonites v. Exelon Corp.*, 522 F.3d 721 (7th Cir. 2008): «*where a governing legal principle is well defined, explicit, and clearly applicable to the case, and where the arbitrator ignored it after it was brought*

nel caso di specie, ad avviso della corte, non sarebbero sussistiti alcuna preclusione o conflitto determinati dalle *religious clauses* di cui al Primo emendamento, giacché la decisione dell'arbitro non sarebbe stata pronunciata in ordine ad una controversia di natura religiosa, bensì sarebbe stata resa su una questione di natura civilistica, con conseguente riconoscimento, dunque, di tutti gli ordinari motivi di impugnazione del lodo al pari di un qualsiasi arbitrato 'secolare'⁴⁵⁵.

All'esito di questi rilievi, la corte accoglieva l'eccezione formulata dalla scuola, rimettendo le parti avanti all'arbitro⁴⁵⁶.

2.4. *The Woodlands v. Weibust*⁴⁵⁷.

Il caso *The Woodlands v. Weibust* vede convenuto in giudizio ancora un istituto scolastico, la Woodlands Christian Academy, da parte di un'impiegata, la signora Monica Weibust, la quale agiva per ottenere dal primo il risarcimento dei danni patiti, asserendo di aver subito ad opera del

to the arbitrator's attention in a way that assures that the arbitrator knew its controlling nature, his disregard of it is 'manifest'».

⁴⁵⁵ Cfr. *Easterly v. Heritage Christian Schools*, cit., p. 6, nt. 3: «*The arbitrator's decision will not be the decision of a "religious tribunal" regarding a religious matter; instead, it will be the resolution of a legal claim that will be subject to judicial review the same as if it had been conducted pursuant to the American Arbitration Association's procedural rules or any other set of secular procedures*».

⁴⁵⁶ Cfr. *Easterly v. Heritage Christian Schools*, cit., p. 6, nt. 3: «*Heritage's motion to compel arbitration and stay this case is GRANTED*».

⁴⁵⁷ *The Woodlands v. Weibust*, No. 09-10-00010-CV (Tex. App. Oct. 7, 2010), non pubblicata nei registri ufficiali e reperibile all'indirizzo www.casetext.com/case/the-woodlands-v-weibust.

datore di lavoro una serie di pregiudizi tali da integrare una violazione della disciplina laburistica vigente nello stato del Texas⁴⁵⁸.

Come di consueto, all'azione dell'impiegata l'istituto replicava con apposita *exceptio compromissi*, giacché le parti nel contratto di lavoro si erano vincolate a una *christian arbitration clause* all'uopo inserita⁴⁵⁹, con cui prevedevano che la risoluzione di un'eventuale lite futura venisse risolta dapprima mediante il procedimento di mediazione e – solo nel caso di esito infausto di esso – mediante arbitrato⁴⁶⁰.

⁴⁵⁸ Il *Texas Labour Code*; nella decisione, in particolare, vengono soltanto richiamati in linea generale i pregiudizi patiti dall'attrice – quali induzione alle dimissioni, molestie, discriminazioni sul luogo di lavoro, *etc.* – benché non vengano declinate ulteriormente le condotte con cui in concreto si sono sostanziati tali danni, dal momento che il vaglio della corte era volto ad accertare – quanto meno in via pregiudiziale – la validità della clausola compromissoria e la conseguente fondatezza dell'eccezione di arbitrato formulata dall'istituto convenuto.

⁴⁵⁹ Cfr. *The Woodlands v. Weibust*, cit., p. 4: «*J. The parties to this agreement are Christians and believe that the Bible commands them to make every effort to live at peace and to resolve disputes with each other in private or within the Christian community in conformity with the Biblical injunctions of Matthew 18:15-20. Therefore, the parties agree that any claim or dispute arising out of, or related to, this agreement or to any aspect of the employment relationship, including statutory claims, shall be settled by Biblically based mediation. If resolution of the dispute and reconciliation do not result from such efforts, the matter shall then be submitted to a panel of three arbitrators for binding arbitration. [...]*»; la clausola in deroga alla reg. 26 delle *Rules*, circa la nomina degli arbitri, prevedeva altresì che «*each party to the agreement shall have the right to select one arbitrator. The two arbitrators selected by the parties shall jointly select the neutral, third arbitrator. If there is an impasse in the selection of the third arbitrator, the Institute for Christian Conciliation [...] shall be asked to provide the name of a qualified person that will serve in that capacity*». Come negli altri casi esaminati, l'accordo contemplava infine che «*the arbitration shall be conducted in accordance with the Rules of Procedure for Christian Conciliation of the Institute for Christian Conciliation as printed in the Christian Conciliation Handbook [...]*».

⁴⁶⁰ Peraltro, si apprende dalla lettura della decisione, le parti erano in disaccordo sulla legge applicabile ai sensi della decisione circa la validità della clausola, se cioè trovasse rilievo la disciplina federale – dunque il *Federal Arbitration Act* – ovvero quella statale – nel caso in oggetto, il *Texas Arbitration Act*; al riguardo, la corte decideva per l'applicabilità della normativa statale, atteso che la pretesa attorea si fondava sull'asserita

A tale eccezione, la Weibust rilevava l'invalidità – nella sua forma più grave della nullità⁴⁶¹ – del patto compromissorio, fondando la propria replica su un duplice ordine di motivi, uno di carattere meramente procedurale e uno di matrice sostanziale.

Quanto al primo profilo, l'attrice deduceva che la condotta di controparte era foriera di una rinuncia implicita al diritto di risolvere la controversia mediante arbitrato⁴⁶². Ciò, *in primis*, in ragione del fatto che l'eccezione di arbitrato era stata avanzata dalla controparte pur senza il previo esperimento del procedimento di mediazione, che la stessa Woodlands Academy avrebbe negato previamente all'attrice⁴⁶³; in tal ottica, ad avviso della Weibust, l'istituto scolastico aveva sostanzialmente attuato una condotta confliggente con il diritto ad esperire la procedura arbitrale, sì che lo stesso doveva ritenersi implicitamente rinunciato.

A sostegno della rinuncia implicita, secondo parte attrice deponeva altresì la tardività dell'*exceptio compromissi*, attesa la circostanza che tra l'instaurazione della causa e la formulazione della '*motion to compel arbitration*' da parte della convenuta erano trascorsi due mesi, nel corso dei

violazione di una disciplina statale, peraltro rilevando che entrambe le predette normative in tema di arbitrato erano sostanzialmente coincidenti quanto ai principi sanciti, sì da potersi considerare comunque 'intercambiabili'; cfr. *The Woodlands v. Weibust*, cit., p. 2.

⁴⁶¹ Cfr. *The Woodlands v. Weibust*, cit., p. 2: «*Weibust contends the contract containing the arbitration clause is "null and void[.]" [...]».*

⁴⁶² Cfr. *The Woodlands v. Weibust*, cit., p. 3: «*Weibust contends The Academy waived its right to arbitrate by taking substantial action inconsistent with the right to arbitration».*

⁴⁶³ Cfr. *The Woodlands v. Weibust*, cit., p. 4 s.: «*Weibust argues The Academy waived arbitration because it did not first mediate the dispute [...] [and] asserts she was prejudiced by The Academy's refusal to mediate».*

quali peraltro quest'ultima procedeva alla produzione di documenti in giudizio⁴⁶⁴.

La corte rigettava entrambe le deduzioni attoree, da un lato perché la Weibust non aveva provato né il diniego della scuola all'esperimento della mediazione, né quale pregiudizio potesse esserle derivato dal mancato esperimento dello stesso⁴⁶⁵; dall'altro, i giudici ritenevano che l'eccezione fosse stata ritualmente proposta, in quanto presentata molto in anticipo rispetto alla prima udienza, sì da non ravvisarsi alcuna preclusione a svantaggio dell'eccezione di compromesso⁴⁶⁶.

Quanto al rilievo di carattere più 'sostanziale' sul quale l'attrice fondava la pretesa invalidità della clausola, esso può essere ricondotto a due ordini di considerazioni: l'*unconscionability* che vizierebbe la clausola e l'omessa possibilità di una significativa impugnazione del lodo.

L'*unconscionability* dedotta dall'attrice sorgeva anzitutto dalla sua mancata conoscibilità delle *Rules* dell'Institute for Christian Conciliation, poiché copia delle regole non le erano state fornite unitamente al contratto in

⁴⁶⁴ Cfr. *The Woodlands v. Weibust*, cit., p. 5 s.: «*Weibust also contends the school waived its right to arbitrate because it engaged in extensive discovery prior to its arbitration request [...] [and that] two months elapsed between Weibust's filing of suit and The Academy's motion to arbitrate*»

⁴⁶⁵ Cfr. *The Woodlands v. Weibust*, cit., p. 5: «*Weibust [...] does not explain how she was prejudiced. She did not ask the trial court to require mediation. Considering the circumstances, we conclude the lack of mediation does not nullify the right to arbitrate under the contract*».

⁴⁶⁶ Cfr. *The Woodlands v. Weibust*, cit., p. 6: «*The Academy conducted some discovery: a disclosure request, two sets of production requests, and the scheduling of a deposition [...] [but] the December 2009 motion to arbitrate was filed well in advance of the trial setting. Considering the totality of the circumstances in this case, we hold that The Academy did not waive its right to arbitrate*».

sede di sottoscrizione dello stesso⁴⁶⁷. La corte in maniera molto risoluta respingeva tale censura riportandosi ad un proprio precedente⁴⁶⁸ – avente ad oggetto un caso analogo –, in virtù del quale si riconosceva non tanto un obbligo di una parte di fornire le regole arbitrali all'altra, ma piuttosto un onere di quest'ultima di richiederne copia o prodigarsi in tal senso; una soluzione, quest'ultima, conforme a quella operata dalla corte distrettuale dello stato della Florida nel caso *Kyer v. Teen Challenge Florida* sopracitato.

Lo stesso vizio che inficiava la clausola sorgeva poi dalle Sacre Scritture che la clausola compromissoria assurgeva a '*law of the case*' per la risoluzione della lite all'esito della procedura arbitrale; siffatta previsione, ad avviso della *Weibust*, avrebbe comportato invero un'irragionevole limitazione dei propri diritti, i quali sarebbe stato valutati alla luce dei precetti biblici, anziché tutelati secondo le disposizioni all'uopo accordate dalla normativa statale⁴⁶⁹.

A fronte di tale rilievo, la corte, seguendo la giurisprudenza della Corte Suprema⁴⁷⁰, per la quale la procedura arbitrale non comporta

⁴⁶⁷ Cfr. *The Woodlands v. Weibust*, cit., p. 9, nt. 3: «*In her affidavit attached to her response to the motion to compel arbitration, Weibust states The Academy did not provide her a copy of the "Rules of Procedure for Christian Conciliation of the Institute for Christian Conciliation as printed in the Conciliation Handbook."*».

⁴⁶⁸ Nella specie, *In re December Nine Co.*, 225 S.W.3d 693 (Tex. App. 2006), ove la corte sancisce che «*[...] we fail to see how having to request a copy of the incorporated Rules is so onerous a requirement as to amount to procedural or substantive unconscionability*» (ivi, p. 702).

⁴⁶⁹ Cfr. *The Woodlands v. Weibust*, cit., p. 10: «*Weibust contends the arbitration agreement is unconscionable because it requires the substitution of "biblical scripture" as the "law of the case," and thereby creates an unconscionable limitation on her remedies under the Texas Commission on Human Rights*».

⁴⁷⁰ In particolare citando *Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp.*, cit., che a sua volta fonda la decisione sul '*landmark case*' *Mitsubishi Motors v. Soler Chrysler-Plymouth*, 473 U.S. 614, 105 S. Ct. 3346 (1985), nel quale la corte sanciva il principio per cui «*by agreeing to arbitrate a statutory claim, a party does not forgo the substantive rights*

CAPITOLO QUARTO

necessariamente una rinuncia ai propri diritti come tutelati dalla legge statale o federale ma soltanto il riconoscimento degli stessi ad opera di un soggetto diverso dal giudice, richiamava il combinato disposto delle reg. 4 e 42 delle *Rules*; i giudici evidenziavano ancora una volta come dalle predette disposizioni si evincesse che l'applicazione dei precetti biblici non necessariamente avrebbe comportato una deroga alla normativa secolare, specie laddove quest'ultima fosse sancita come inderogabile⁴⁷¹.

La seconda doglianza formulata dalla signora Weibust afferiva alla natura del lodo eventualmente pronunciato all'esito del procedimento arbitrale, che sarebbe stato tale da comprometterne la possibilità di adeguata impugnazione⁴⁷²; da un lato, in particolare, in quanto la natura religiosa delle ragioni della decisione avrebbe incontrato la tutela del Primo emendamento, che avrebbe precluso alla corte una nuova pronuncia nel merito⁴⁷³; dall'altro, perché tra i motivi di impugnativa del lodo – di solito, come già affrontato, limitati a contestare determinate condotte pregiudizievoli degli arbitri –, ad avviso dell'attrice, non poteva più ritenersi applicabile il motivo – di matrice giurisprudenziale – del '*manifest disregard of the law*' (in sostanza, come

afforded by the statute; it only submits to their resolution in an arbitral, rather than a judicial, forum» (ivi, p. 628).

⁴⁷¹ Cfr. *The Woodlands v. Weibust*, cit., p. 10 s.: «Other rules clarify that the arbitrators' decision does not trump the law (statutes, constitutions, case law, or rules). [...] Rule 42 expressly provides that in circumstances where state or federal statutes indicate they are preemptive, the rules of arbitration under the Institute for Christian Conciliation do not control».

⁴⁷² Cfr. *The Woodlands v. Weibust*, cit., p. 8: «Weibust argues in this appeal, though not in the trial court, that the lack of meaningful judicial review of the arbitration panel's award is a ground for denying the motion to arbitrate».

⁴⁷³ Cfr. *The Woodlands v. Weibust*, cit., p. 8: «She asserts that "manifest disregard of the law as a vehicle for setting aside an arbitration award has been abandoned by the United States Supreme Court[.]" and that therefore any judicial review would be meaningless».

visto, la palese violazione della legge), che offriva senza dubbio una tutela più ampia per eventuali doglianze nei confronti del lodo arbitrale⁴⁷⁴.

Or bene, la corte, al riguardo – e con un contegno che potrebbe suscitare alcune perplessità – non prendeva nemmeno al vaglio – o quanto meno non lo esplicitava nella decisione – il possibile conflitto tra motivi di impugnazione del lodo e tutela della libertà religiosa, limitandosi a trattare la decisione arbitrale alla stregua di un lodo secolare, come tale impugnabile secondo gli ordinari mezzi di impugnazione previsti dalla disciplina arbitrale, senza che ciò potesse comportare necessariamente una insufficiente possibilità di rivedere l'*award*; ad avviso della corte, i motivi previsti dal *Texas Arbitration Act*⁴⁷⁵ – i quali in sostanza sono i medesimi dell'*Uniform Arbitration Act* e del *Federal Arbitration Act* – avrebbero consentito all'attrice di contestare il lodo in modo congruo ed efficace⁴⁷⁶.

⁴⁷⁴ Cfr. *The Woodlands v. Weibust*, cit., p. 8 s.: «*She also argues that the First Amendment prohibits courts from examining religious doctrine, and therefore judicial review is not permitted*».

⁴⁷⁵ Cfr. § 171.088, *Texas Civil Practice and Remedies Code*: «*Vacating Award – (a) On application of a party, the court shall vacate an award if: (1) the award was obtained by corruption, fraud, or other undue means; (2) the rights of a party were prejudiced by: (A) evident partiality by an arbitrator appointed as a neutral arbitrator; (B) corruption in an arbitrator; or (C) misconduct or wilful misbehavior of an arbitrator; (3) the arbitrators: (A) exceeded their powers; (B) refused to postpone the hearing after a showing of sufficient cause for the postponement; (C) refused to hear evidence material to the controversy; or (D) conducted the hearing, contrary to Section 171.043 , 171.044 , 171.045 , 171.046 , or 171.047 , in a manner that substantially prejudiced the rights of a party; or (4) there was no agreement to arbitrate, the issue was not adversely determined in a proceeding under Subchapter B, 1 and the party did not participate in the arbitration hearing without raising the objection*».

⁴⁷⁶ Cfr. *The Woodlands v. Weibust*, cit., p. 89: «*Under the TAA, Texas courts may review and vacate an arbitrator's award in appropriate circumstances for such reasons as an arbitrator's misconduct or willful misbehavior, the arbitrator's exceeding his or her powers, or an arbitrator's partiality that prejudices the rights of a party. [...] We decline Weibust's invitation to find that judicial review would be meaningless*».

All'esito della causa, la corte, sulla base delle motivazioni testé richiamate, riconosceva dunque la validità della *christian arbitration clause* e la necessità per le parti di esperire il procedimento arbitrale al fine di risolvere la lite.

2.5. *Spivey v. Teen Challenge of Fla., Inc.*⁴⁷⁷.

Un ulteriore caso peculiare in cui viene fatta valere la violazione del principio di libertà religiosa a causa della vincolatività della clausola arbitrale cristiana si rinviene in *Spivey v. Teen Challenge of Fla., Inc.*, che vede protagonista ancora l'istituto Teen Challenge della Florida, che opera come centro riabilitativo per guarire dalla dipendenza da droga o alcol, e la signora Pamela Spivey, madre di un ragazzo deceduto mentre si trovava affidato alle cure della predetta struttura.

Nello specifico, la signora Spivey aveva convenuto in sede civile la Teen Challenge chiedendo il risarcimento dei danni per l'omicidio colposo del proprio figlio Niklaus; quest'ultimo invero nel 2011, all'età di 19 anni, si era affidato alle cure degli specialisti dell'istituto affinché lo aiutassero a superare la propria dipendenza da droga e alcol; in tale occasione il giovane sottoscriveva una serie di documenti, tra cui una *christian arbitration clause* del seguente tenore:

The undersigned parties accept the Bible as the inspired Word of God. They believe that God desires that they resolve their disputes with one another within the Church and that they be reconciled in their relationships in accordance with the principles stated in First

⁴⁷⁷ *Spivey v. Teen Challenge of Fla., Inc.*, 122 So. 3d 986 (Fla. Dist. Ct. App. 2013).

CHRISTIAN ARBITRATION

Corinthians 6:1–8, Matthew 5:23–24, and Matthew 18:15–20. Accordingly, the undersigned parties hereby agree that, if any dispute or controversy that arise [sic] out of, or is related to this agreement is not resolved in private meetings between the parties pursuant to Matthew 5:23–24 and 18:15, then the dispute or controversy will be settled by biblically based mediation and, if necessary, legally binding arbitration, in accordance with the Rule[s] of Procedure for Christian Conciliation (rules) of the Association of Christian Conciliation Services (current rules available and incorporated by this reference). The undersigned parties agree that these methods shall be the sole remedy for any dispute of [sic] controversy between them and, to the full extent permitted by applicable law, expressly waive their right to file a lawsuit in any civil court against one another for such disputes, except to enforce an arbitration decision, or to enforce this dispute resolution agreement. Any mediated agreement or arbitrated decision hereunder shall be final and binding, and fully enforceable according to its terms in any court of competent jurisdiction⁴⁷⁸.

Dopo una serie di uscite e rientri dal centro di riabilitazione, una sera il giovane fuggiva nuovamente e veniva trovato in seguito deceduto a casa di estranei a causa di una *overdose* di sostanze stupefacenti. La madre, pertanto, imputava la responsabilità del decesso del figlio all'istituto presso il quale lo stesso aveva cercato le cure, e pertanto agiva in giudizio per chiederne – si badi, soltanto *iure hereditatis* e non già *iure proprio* – il risarcimento dei danni.

La Teen Challenge convenuta in giudizio eccepiva la sussistenza della clausola compromissoria e chiedeva alla corte che le parti esperissero previamente il procedimento di mediazione e – se del caso – quello arbitrale; la corte riteneva valido e efficace il patto compromissorio intercorso fra il

⁴⁷⁸ Cfr. *Spivey v. Teen Challenge of Fla., Inc.*, cit., p. 988.

figlio dell'attrice e l'istituto e accoglieva così l'istanza formulata da quest'ultimo⁴⁷⁹.

La signora, dunque, impugnava la decisione giudiziale che aveva accertato la validità ed efficacia della clausola – e che per l'effetto rimetteva le parti all'esperimento del procedimento 'conciliativo' –, in quanto riteneva che sia siffatta clausola sia la procedura che ne scaturiva violassero il proprio diritto ad un giusto processo, ma soprattutto il proprio diritto alla libertà religiosa, come costituzionalmente tutelato a livello federale dalla *Free Exercise Clause* e – a livello statale – dal disposto di cui all'art. 1, sez. 3, della costituzione dello stato della Florida, che richiamava, in sostanza, precisandoli, i contenuti della prima clausola⁴⁸⁰. A fondamento dell'asserita violazione dei propri diritti, la signora rilevava che il procedimento condotto alla stregua delle *Rules* era intriso di connotati e pratiche religiose⁴⁸¹; nello specifico, l'attrice contestava l'applicazione delle reg. 4 e 34: la prima, come visto, richiedeva che l'espletamento dell'arbitrato e la conseguente decisione

⁴⁷⁹ Cfr. *Spivey v. Teen Challenge of Fla., Inc.*, cit., p. 989: «On March 19, 2012, Ms. Spivey sued Teen Challenge for wrongful death based on the program's alleged negligence. Teen Challenge filed a motion to compel mediation/arbitration and to dismiss the complaint pursuant [...] asserting that there was no "substantial issue" precluding arbitration. [...] In a detailed order, the trial court granted the motion to compel arbitration [...].»

⁴⁸⁰ Cfr. art. 1, sec. 3, Florida const.: «There shall be no law respecting the establishment of religion or prohibiting or penalizing the free exercise thereof. Religious freedom shall not justify practices inconsistent with public morals, peace or safety. No revenue of the state or any political subdivision or agency thereof shall ever be taken from the public treasury directly or indirectly in aid of any church, sect, or religious denomination or in aid of any sectarian institution».

⁴⁸¹ Cfr. *Spivey v. Teen Challenge of Fla., Inc.*, cit., p. 991 s.: «[...] the Rules of Procedure for Christian Conciliation are imbued with religious themes and require religious practices. [...] Ms. Spivey claims independently, however, that her own constitutional rights will be violated if she is required to comply with the Teen Challenge arbitration agreement and its Rules; she does not wish to proceed through an arbitration process that invokes religious principles and (at least facially) involves religious acts such as prayer».

fossero conseguiti alla luce dei precetti biblici; la seconda, a mente dell'espresso richiamo alla reg. 22 dettata in tema di mediazione, comportava l'attuazione di pratiche religiose come la preghiera. In tal ottica, dunque, ad avviso della madre del giovane, l'eventuale riconoscimento della validità ed efficacia di siffatta clausola compromissoria avrebbe pregiudicato il libero esercizio del proprio convincimento religioso, sostanziandosi dunque in una condotta impositiva di una rinuncia a un diritto che, come tale, era riconosciuto come inalienabile; in tal modo, la disciplina in tema di arbitrato – sulla cui base venisse giustificato la validità e efficacia della clausola religiosa – avrebbe integrato una violazione della *Free Exercise Clause*, nella parte in cui la disposizione vietava la coercizione normativa di atti contrari alla propria fede religiosa. Alla luce di siffatte considerazioni, la contrarietà dell'attrice a perseguire lo svolgimento di un *christian arbitration* in ragione di un proprio convincimento religioso avrebbe consentito alla corte di dichiarare nulla e inefficace la clausola stessa⁴⁸² facendo ricorso alla tutela offerta *Free Exercise Clause*.

Innanzi a queste molteplici argomentazioni, la corte obiettava preliminarmente che la signora Spivey agiva in giudizio nell'esclusiva qualità di erede del figlio e che pertanto la stessa era vincolata alle scelte effettuate in vita dal *de cuius* rappresentato, secondo un principio statuito a più riprese dalla Corte Suprema e destinato a trovare espressa applicazione

⁴⁸² Cfr. *Spivey v. Teen Challenge of Fla., Inc.*, cit., p. 994, ove si riporta l'argomentazione dell'attrice, per la quale «*a process involving a Christian prayer [...] violates principles prohibiting governmentally-coerced religious acts*»; ciò in quanto «*[...] her right to the free exercise of her personal religious beliefs is inalienable and cannot be waived, even in the context of her duties as a personal representative*», con la conseguenza che «*the legal right for her personal religious views to nullify and thereby trump the religious arbitration agreement into which Nicklaus and Teen Challenge voluntarily entered*».

anche alle ipotesi di *wrongful death* – quale quella in esame –, con la conseguente previsione che «*the estate and heirs stand in the shoes of the decedent for purposes of whether the defendant is liable and are bound by the decedent's actions and contracts with respect to defenses and releases*»⁴⁸³.

Quanto alla clausola arbitrale *tout court* ivi contestata, la corte riconosceva che la politica di *favor* che l'ordinamento statunitense concedeva all'arbitrato si estendeva pacificamente anche alla peculiare fattispecie dell'arbitrato religioso tra privati, fenomeno che gli stessi giudici configuravano come «*exceedingly common in our pluralistic society*»⁴⁸⁴, tant'è che era prassi delle corti confermare tali accordi arbitrari ove venisse accertata soltanto l'assenza delle ordinarie cause di invalidità del contratto all'uopo dettate dalla normativa statale⁴⁸⁵.

Ma la valutazione della corte si spingeva oltre, giungendo a ritenere che le regole di procedura dell'Institute for Christian Conciliation a cui rinviavano le parti nel patto compromissorio, non differivano da quelle fornite da altre organizzazioni arbitrali di natura 'secolare', se non per la circostanza di introdurre degli elementi di religiosità che connotavano la procedura e la risoluzione della lite nell'ottica conciliativa che tali fattispecie arbitrali perseguivano; né, ad avviso della corte, poteva costituire ostacolo costituzionale al riconoscimento della validità della clausola, la circostanza che la reg. 4 contemplasse l'applicazione di precetti biblici ai fini del

⁴⁸³ *Spivey v. Teen Challenge of Fla., Inc.*, cit., p. 992.

⁴⁸⁴ *Spivey v. Teen Challenge of Fla., Inc.*, cit., p. 992.

⁴⁸⁵ Cfr. *Spivey v. Teen Challenge of Fla., Inc.*, cit., p. 992: «[...] courts routinely uphold agreements to submit disputes to religious arbitration in the absence of fraud, duress, or corruption».

decisum, poiché tale ‘*choice of law*’ rispondeva ad una libera e lecita scelta delle parti, la quale non violava alcun disposto normativo federale o statale⁴⁸⁶, tenuto conto, peraltro, che le stesse *Rules* spronavano – e in alcuni casi obbligavano – l’arbitro a tenere in considerazione eventuali leggi statali o federali che avessero ad oggetto la materia cui afferiva la lite.

Per quanto concerne, infine, la doglianza intorno alla previsione delle pratiche religiose – quali la preghiera – nel corso dell’arbitrato la corte riteneva che fosse priva di alcun pregio, atteso che la signora agiva in qualità di erede del figlio, e dunque come rappresentante dello stesso, sì da riconoscerle l’obbligo di perseguire i desideri espressi⁴⁸⁷ – nonché le obbligazioni contratte – dal *de cuius*, potendo al più rinunciarvi ovvero chiedere alla corte la designazione di un terzo che agisse in sua vece. In sostanza, secondo l’impostazione della corte, l’erede, di fronte alla volontà di carattere religioso perseguita in vita dal *de cuius* era tenuto a mantenere, nel caso in cui vi dissentisse, un atteggiamento ‘agnostico’ volto al solo

⁴⁸⁶ Cfr. *Spivey v. Teen Challenge of Fla., Inc.*, cit., p. 993 s.: [...] *nothing in this provision suggests that the Bible is to provide decisive substantive guidance on principles of negligence, wrongful death or the collateral source rule, for examples. On its face, instead, Rule 4 envisions that secular laws are given consideration and that the Bible is to be the authoritative guide for shepherding a case through the arbitration process. That religious precepts will guide the arbitration process does not create a constitutional issue that would preclude enforcement of a voluntary agreement between private parties to arbitrate according to spiritual principles. [...] doing so does not raise a concern that the resolution of [the] dispute would be inconsistent with any federal or state substantive law».*

⁴⁸⁷ Citando, al riguardo, *Kasmer v. Guardianship of Limner*, 697 So.2d 220 (Fla. 3d DCA 1997), ove veniva rigettata l’impugnazione che un esecutore testamentario, sulla base di un proprio convincimento religioso proponeva avverso la decisione della corte che aveva disposto la cremazione del *de cuius* in conformità alla volontà espresse in vita da quest’ultimo.

CAPITOLO QUARTO

perseguimento dell'interesse del rappresentato⁴⁸⁸; dunque, giacché il figlio si era vincolato a siffatto procedimento, all'attrice non restava che acconsentirvi ovvero rinunciarvi e chiedere alla corte la designazione di un terzo che agisse in sua vece⁴⁸⁹. Peraltro, al riguardo, la corte, alla luce del tenore letterale della reg. 22 – come richiamata dalla reg. 34 –, interpretava tale previsione rituale quale opzione e non come obbligo⁴⁹⁰, sì che lo stesso arbitro avrebbe potuto concedere all'attrice, su richiesta, di non unirsi al rito della preghiera.

In virtù delle considerazioni testé richiamate, la corte respingeva la richiesta dell'attrice e confermava la decisione della corte di prima istanza⁴⁹¹; lo stesso giudicante peraltro, proprio nel dispositivo, richiamando espressamente le considerazioni formulate nel caso *Encore Productions, Inc. v. Promise Keepers*, precisava che il diniego di riconoscimento della validità ed efficacia della clausola, in virtù di un asserito connotato religioso della stessa, avrebbe costituito esso stesso una violazione della *Free Exercise Clause*⁴⁹².

⁴⁸⁸ Cfr. *Spivey v. Teen Challenge of Fla., Inc.*, cit., p. 994; «[...] a personal representative generally cannot object that fulfilling the deceased's wishes offends the religious sensibilities of the personal representative; personal representatives serve the estate's interest, not vice-versa. [...] the role of the personal representative is an agnostic one: to fulfill the decedents' express wishes».

⁴⁸⁹ Cfr. *Spivey v. Teen Challenge of Fla., Inc.*, cit., p. 994: «Because the role of the personal representative is to advance the deceased's' expressed desires, those unwilling or unable to fulfill this role must pass along their responsibilities to others».

⁴⁹⁰ Cfr. *Spivey v. Teen Challenge of Fla., Inc.*, cit., p. 995: «the Rules can be read to make prayer optional because they say that arbitration proceedings "normally include" opening and closing prayer. Whether that is the case does not detract from Ms. Spivey's fundamental legal obligation to comply with the obligations of a personal representative».

⁴⁹¹ Cfr. *Spivey v. Teen Challenge of Fla., Inc.*, cit., p. 995: «For the foregoing reasons, we affirm the trial court's orders compelling mediation/arbitration».

⁴⁹² Cfr. *Spivey v. Teen Challenge of Fla., Inc.*, cit., p. 995: «[...] had the trial court determined that the arbitration agreement was unenforceable due to its religious nature,

2.6. *Maynard v. Valley Christian Academy, Inc.*⁴⁹³.

Nel recente caso *Maynard v. Valley Christian Academy, Inc.* la giurisprudenza statunitense torna a confrontarsi con una *christian arbitration clause* in materia di rapporto di lavoro, sulla cui efficacia e validità è chiamata a pronunciarsi.

Dal 2005 al 2016 la signora Jeanette Maynard rivestiva la qualifica di responsabile di struttura presso l'istituto scolastico Valley Christian Academy, con sede nello stato dell'Ohio. La signora, dopo che nell'estate del 2016 il predetto istituto le aveva comunicato il licenziamento, instaurava un giudizio innanzi alla corte distrettuale dell'Ohio, per vedersi riconoscere tutte le retribuzioni che la scuola le aveva negato nonostante le numerose e quotidiane ore di lavoro straordinario, in violazione del *Fair Labor Standards Act* (c.d. *FLSA*).

Anche nella fattispecie alla nostra attenzione, all'azione giudiziale seguiva la richiesta del convenuto istituto di ordinare che le parti fossero rimesse al giudizio di un arbitro cristiano, in virtù del tenore della *christian arbitration clause* contenuta nel contratto di lavoro che le parti avevano sottoscritto⁴⁹⁴; alla *'motion to compel arbitration'* formulata dalla scuola, si

its action "could itself arguably constitute an impermissible entanglement" under religion clause jurisprudence. See Encore, 53 F.Supp.2d at 1113».

⁴⁹³ *Maynard v. Valley Christian Acad., Inc.*, No. 5:16-CV-01889 (N.D. Ohio Aug. 21, 2017), non pubblicata nei registri ufficiali e reperibile all'indirizzo www.govinfo.gov/content/pkg/USCOURTS-ohnd-5_16-cv-01889/pdf/USCOURTS-ohnd-5_16-cv-01889-0.pdf.

⁴⁹⁴ Anche qui riportiamo il contenuto della clausola, richiamato nella decisione: «*I agree to attempt to resolve differences with others (parents, fellow-workers, administration and any other person affiliated with VCA) by following the biblical pattern of Matthew*

CAPITOLO QUARTO

opponeva l'attrice con apposite argomentazioni⁴⁹⁵ volte a fare accertare l'invalidità e inefficacia del patto compromissorio, con conseguente non vincolatività dello stesso.

In primis, si evidenzia che la signora Maynard – analogamente al caso *Easterly v. Heritage Christian Schools* – contestava che la disciplina prevista dalle Regole dell'Institute for Christian Conciliation – e in particolare l'applicazione delle Sacre Scritture – avrebbe sostituito ingiustamente e incongruamente la tutela accordata dal *FLSA* ai propri diritti⁴⁹⁶. Al riguardo, la corte richiamava proprio la precedente decisione resa in *Easterly* e

18:15–17 as outlined in section 4.1.7 of the VCA Policy Manual. I also agree to observe appropriate confidentiality in regard to student, parent and school matters. Should unresolved issues remain even after following the above process, both the employee and VCA agree that this shall be solved and settled by Christian mediation and, if necessary, legal binding arbitration in accordance with the rules of procedure for Christian Conciliation, a division of Peacemakers® Ministries, [...]. The complete text of the rules is available at www.Peacemaker.net. Judgment upon any arbitration decision may be entered in any court otherwise having jurisdiction. The parties understand that these methods shall be the sole remedy for any controversy or claim arising out of this agreement and expressly waive their right to file a lawsuit in any civil court against one another for such disputes, except for enforcing an arbitration decision» (Maynard v. Valley Christian Acad., Inc, cit., p. 4).

⁴⁹⁵ Cfr. *Maynard v. Valley Christian Acad., Inc, cit.*, p. 6: «*Maynard presents five theories of unenforceability, arguing (A) the arbitration provision denies her access to remedies under federal and state law, (B) the provision denies her access to legal representation, (C) the provision is unconscionable, (D) VCA waived its right to arbitration, and (E) Maynard did not agree to arbitrate her claims nor did she knowingly agree to waive her right to a trial by jury*»; ai fini della nostra indagine, verranno qui esaminate soltanto alcune delle censure attoree formulate.

⁴⁹⁶ Cfr. *Maynard v. Valley Christian Acad., Inc, cit.*, p. 7: «*Maynard first argues that the arbitration provision of the employment agreement is unenforceable because it potentially denies Maynard remedies for substantive rights under federal and state law. [...] because the arbitration provision and the Rules require her to submit to biblical scripture and make the Bible the supreme authority governing every aspect of the conciliation process, she is required to forfeit her federal rights*».

rigettava tale difesa, ritenendo invero come non fosse in alcun modo dimostrato che l'applicazione dei testi biblici ai fini della risoluzione della lite potesse pregiudicare che gli stessi venissero applicati comunque senza integrare una qualche violazione della normativa federale posta a tutela del lavoro⁴⁹⁷.

L'attrice, inoltre, eccepiva il carattere *'unconscionable'* della clausola compromissoria, tale da inficiarne la validità. La lavoratrice riteneva, invero, che la clausola fosse viziata anzitutto da *'procedural unconscionability'*, giacché l'istituto scolastico aveva ommesso di fornirle una compiuta spiegazione di quelli che – nella fase precontrattuale – erano stati individuati come termini dell'accordo; un' adeguata comprensione di siffatti termini era stata pregiudicata in ragione dell'asserito limitato grado di istruzione dell'attrice e della mancanza in capo alla stessa di conoscenze informatiche che, ove detenute, le avrebbero consentito di reperire autonomamente le *Rules* presso il sito *web* istituzionale dell'Institute for Christian Conciliation⁴⁹⁸. In aggiunta, il predetto vizio sorgeva anche dal fatto che il contratto che l'attrice aveva sottoscritto era riconducibile al novero dei contratti di adesione, senza che la stessa avesse potuto dunque fruire dell'opportunità di negoziare i termini del rapporto⁴⁹⁹. La signora Maynard,

⁴⁹⁷ Cfr. *Maynard v. Valley Christian Acad., Inc.*, cit., p. 9: «*As in Easterly, the Rules require arbitrators to take into consideration applicable law and Maynard has not explained how biblical law might conflict with the FLSA*».

⁴⁹⁸ Cfr. *Maynard v. Valley Christian Acad., Inc.*, cit., p. 13: «*Maynard argues that the arbitration provision is procedurally unconscionable because VCA did not explain the terms of the arbitration clause. Maynard relies on her limited education and lack of computer skills to support this argument*».

⁴⁹⁹ Cfr. *Maynard v. Valley Christian Acad., Inc.*, cit., p. 14: «*Maynard further argues that the employment agreement is a contract of adhesion*».

altresì, riteneva che la circostanza che le regole operassero il richiamo alla Bibbia nonché l'asserita limitata assistenza dell'avvocato prescritta dalle stesse avrebbero ben potuto integrare un'ipotesi di '*substantive unconscionability*'⁵⁰⁰.

A questo punto la corte, prima di procedere alla decisione in ordine a siffatte argomentazioni, richiamava brevemente il concetto di '*unconscionability*', rilevando che anche nello stato dell'Ohio l'*unconscionability* costituiva motivo di invalidità del contratto, purché fosse accertata – peraltro con onere della prova a carico della parte che invocava il vizio – la simultanea presenza sia di quella sostanziale che procedurale; all'uopo, dunque, la corte identificava la prima nella mancanza della possibilità di operare una scelta consapevole in fase di trattative contrattuali, mentre la seconda nella previsione di clausole contrattuali che si risolvessero in un ingiustificato *favor* nei confronti di uno dei contraenti, sì che in entrambi i casi il contratto o – quanto meno – la singola clausola risultavano ingiusti e irragionevoli⁵⁰¹ e, come tale, annullabili.

⁵⁰⁰ Cfr. *Maynard v. Valley Christian Acad., Inc*, cit., p. 15: «*Maynard's substantive unconscionability arguments echo her other arguments [...] For example, [...] that the arbitration clause applies biblical law over state and federal law, denies her legal representation, fails to adequately apprise her of the applicable rules, and the Rules are difficult to locate*».

⁵⁰¹ Cfr. *Maynard v. Valley Christian Acad., Inc*, cit., p. 12 s.: «*Under Ohio law, unconscionability consists of two components: (1) procedural unconscionability and (2) substantive unconscionability. [...] A party challenging an arbitration agreement bears the burden of demonstrating both procedural and substantive unconscionability. [...] Substantive unconscionability involves an analysis of whether contract terms are unfair and unreasonable. [...] Procedural unconscionability concerns the formation of the agreement, and occurs where no voluntary meeting of the minds was possible [...]*».

I giudici pertanto erano chiamati a valutare se le circostanze dedotte dall'attrice configurassero nel concreto siffatto vizio del contratto e se la stessa avesse assolto l'onere probatorio posto a suo carico.

Quanto ai profili relativi all' *'unconscionability'* di tipo procedurale, la corte ne accertava pacificamente l'insussistenza, atteso che l'attrice aveva conseguito un certo livello di istruzione – il diploma di maturità – ed era un suo onere – trattandosi peraltro di un contratto che constava di sole due pagine – comprenderne il contenuto; peraltro, anche l'asserita mancanza di conoscenze informatiche che le avrebbero precluso di apprendere il contenuto delle *Rules* non poteva trovare ingresso, giacché l'attrice avrebbe potuto contattare telefonicamente l'Institute for Christian Conciliation per richiederne una copia, essendo indicato il numero telefonico del predetto ente proprio nella clausola⁵⁰². Per quanto concerne invece il rilievo relativo al contratto di adesione, la corte, pur riconoscendo che in siffatte ipotesi la parte aderente potesse in concreto incontrare limitate possibilità di negoziazione, constatava che tuttavia ciò non equivaleva *ipso iure* a configurare un vizio di natura procedurale, specie qualora la parte avesse la possibilità di sottrarsi all'obbligo compromissorio 'imposto' cercando un impiego presso un diverso datore che non intendesse fare ricorso a siffatta

⁵⁰² Cfr. *Maynard v. Valley Christian Acad., Inc*, cit., p. 13 s.: «*Maynard has a high school education. [...] The entire employment agreement is a mere two-page document. [...] The arbitration provision is certainly not "hidden within a maze of fine print."* [...] *If Maynard did not understand the terms after reading the agreement, the onus was on her, not VCA, to ensure that she did. [...] Maynard's asserted lack of computer skills does not lend any additional credence to her argument. While the Peacemakers website is probably the most conventionally convenient avenue of access to the Rules, the arbitration clause also includes the ministry's mailing address and telephone number. [...]. Notwithstanding her professed lack of computer skills, Maynard could have phoned Peacemakers or even initiated written correspondence to request additional information or an explanation of the Rules*».

clausola⁵⁰³; tale considerazione doveva presumersi operante anche per l'attrice nel caso di specie, atteso che la stessa non aveva provato il contrario.

A fronte dell'assenza, dunque, di alcun rilievo di *'procedural unconscionability'*, la corte non riteneva necessario vagliare l'altro profilo – quello di tipo sostanziale⁵⁰⁴ –, precisando peraltro che le pretese formulate al riguardo dall'attrice erano già state fatte oggetto di separate argomentazioni e conseguenti rigetti.

All'esito di queste osservazioni, innanzi all'infondatezza nonché alla mancata prova delle censure che l'attrice avanzava, la corte accertava la validità e efficacia della clausola, e, anche in questo caso, rimetteva le parti all'esperimento del procedimento arbitrale⁵⁰⁵.

2.7. *Prescott v. Northlake Christian School*⁵⁰⁶.

Da ultimo, uno dei casi più noti e citati dalla dottrina statunitense che si è occupata di arbitrato religioso, è *Prescott v. Northlake Christian School*,

⁵⁰³ Cfr. *Maynard v. Valley Christian Acad., Inc*, cit., p. 14 s.: «[...] *an adhesion contract "is not in all instances unconscionable per se" [...] While it may be true that Maynard had little opportunity to negotiate, there was not "an absence of meaningful choice" [...] In the employment context, Ohio courts have recognized "that when a candidate for employment is free to look elsewhere for employment and is not otherwise forced to consent to the arbitration agreement, the agreement to arbitrate is not unconscionable" [...] There is no indication that Maynard was precluded from seeking employment elsewhere or forced to consent to the agreement*».

⁵⁰⁴ Cfr. *Maynard v. Valley Christian Acad., Inc*, cit., p. 15: «*Because of the absence of procedural unconscionability, the Court need not address substantive unconscionability because both must be established*».

⁵⁰⁵ Cfr. *Maynard v. Valley Christian Acad., Inc*, cit., p. 20: «*For the reasons set forth above, the Court finds the arbitration clause valid and enforceable. Accordingly, Defendant's Motion to Stay Proceedings Pending Mandatory Alternative Dispute Resolution [...] is GRANTED*».

⁵⁰⁶ *Prescott v. Northlake Christian School*, 244 F. Supp. 2d 659 (E.D. La. 2002).

nel quale la corte federale dello Stato della Louisiana è stata investita della questione della validità di un lodo arbitrale pronunciato all'esito di un procedimento arbitrale cristiano afferente a una controversia in materia di rapporti di lavoro.

L'analisi di questa controversia viene annoverata all'esito dell'illustrazione degli altri casi, giacché involge l'esame non tanto di una *christian arbitration clause* – come invece nei casi che precedono –, quanto quello di un lodo arbitrale reso all'esito di un *christian arbitration*; in tal modo, si avrà modo di constatare come, nel caso concreto, sia stata fatta applicazione dei precetti biblici ai fini della risoluzione di una controversia.

In particolare, la vicenda riguardava un rapporto di lavoro intercorrente tra la signora Pamela L. Prescott e la Northlake Christian School, una scuola elementare con sede nello stato della Louisiana, di cui la prima veniva assunta come direttrice per l'anno accademico 1999-2000. Il contratto di lavoro conteneva una clausola compromissoria, in virtù della quale qualsiasi controversia che fosse insorta circa il rapporto di lavoro sarebbe stata soggetta a mediazione e arbitrato cristiani, secondo la procedura dettata dalle *Rules of Procedure for Christian Conciliation* dell'Institute for Christian Conciliation⁵⁰⁷. In aggiunta, le parti rinunciavano espressamente alla possibilità di adire l'autorità giudiziaria, salvo il caso di ottenere la conferma della decisione arbitrale⁵⁰⁸.

⁵⁰⁷ Cfr. *Prescott v. Northlake Christian School*, cit., p. 662: «*The contract required that all claims and disputes arising out of the employment agreement and relationship be submitted to biblically-based mediation and arbitration. The contract further required that the arbitration process be governed by the Rules of Procedure for Christian Conciliation, written by the Institute for Christian Conciliation (ICC Rules)*».

⁵⁰⁸ Cfr. *Prescott v. Northlake Christian School*, cit., p. 662: «*The parties agreed that this would be the sole method for resolving claims and disputes between them, and*

CAPITOLO QUARTO

Or bene, nella primavera del 2000, senza alcun preavviso o sentore, la signora Prescott veniva licenziata dal proprio incarico con la contestuale richiesta di lasciare la sede di servizio entro il 31 marzo dello stesso anno e senza peraltro alcuna prospettiva o possibilità di rinnovo del contratto per l'anno accademico successivo⁵⁰⁹.

La direttrice pertanto agiva in giudizio innanzi alla corte distrettuale dello stato della Louisiana nei confronti della Northlake Christian School, in persona del consiglio di amministrazione, chiedendo il risarcimento dei danni sull'asserita sussistenza di motivi di inadempimento contrattuale, discriminazione di genere e molestia sessuale. Si costituiva in giudizio l'istituto convenuto, formulando apposita '*motion to compel arbitration*' – come visto, una sorta di *exceptio compromissi* –, attesa la sussistenza della clausola arbitrale tra le parti, richiesta, quest'ultima, che veniva accolta dalla corte, la quale sospendeva il giudizio e rimetteva le parti all'esperimento della procedura arbitrale⁵¹⁰.

Le parti a questo punto sottoscrivevano un nuovo accordo compromissorio ad integrazione di quello contenuto nel contratto di lavoro prevedendo, nello specifico, l'esperimento dell'arbitrato nei modi e secondo le regole dell'Institute for Christian Conciliation, una '*choice of law clause*' – che sanciva l'applicabilità alla clausola e al lodo della legge statale dello

expressly waived the right to file a lawsuit, except to enforce a legally binding arbitration award».

⁵⁰⁹ Cfr. *Prescott v. Northlake Christian School*, cit., p. 662: «*In the spring of 2000, Plaintiff was terminated and was told by Defendant to vacate the premises of the school by March 31, 2000. Furthermore, her contract for the 2000-2001 school year was not renewed*».

⁵¹⁰ Cfr. *Prescott v. Northlake Christian School*, cit., p. 662: «*[...] on June 29, 2001, the Court granted Defendant's motion to compel arbitration and the case was stayed in federal court*».

stato del Montana, il *Montana Uniform Arbitration Act* – nonché l’esplicita appellabilità dello stesso lodo⁵¹¹.

Esperita invano la mediazione⁵¹², le parti si rimettevano al giudizio di un arbitro designato dall’Institute for Christian Conciliation. Il procedimento arbitrale durava all’incirca sei giorni, nei quali venivano sentite le parti e raccolte le prove.

Nel giugno del 2002 l’arbitro pronunciava il lodo, rigettando le accuse di discriminazione di genere e molestie sessuali per omessa dimostrazione delle stesse e accogliendo invece la domanda di risarcimento dei danni per inadempimento contrattuale, condannando l’istituto scolastico a corrispondere alla signora Prescott l’importo – di certo non esiguo considerato anche che si tratta di una controversia piuttosto risalente – di 157.000,00 dollari. Ad avviso dell’arbitro invero, il metodo con cui era stato attuato il licenziamento della direttrice integrava una colposa violazione del contratto di lavoro sia da un punto di vista legale che ‘biblico’⁵¹³. In particolare, la circostanza che la signora Prescott fosse stata licenziata senza alcun preavviso o comunicazione – anche informale – costituiva una violazione del precetto contenuto in Matteo 18, «*one of the major biblical*

⁵¹¹ Cfr. *Prescott v. Northlake Christian School*, cit., p. 612: «*The agreement stated that the parties would proceed before the Institute for Christian Conciliation (ICC) and would be governed by the ICC Rules. [...] The agreement also included a choice-of-law clause which stated that the agreement was subject to arbitration pursuant to the Montana Uniform Arbitration Act. [...] Lastly, the parties agreed to include a handwritten clause which stated that “[n]o party waives appeal rights, if any, by signing this agreement”*».

⁵¹² Si trattava invero di una clausola del tipo ‘*med-arb*’, di quelle cioè che prevedono il previo esperimento del procedimento di mediazione – con esito non vincolante per le parti – con conseguente obbligo di instaurazione della procedura arbitrale in caso di esito negativa della mediazione.

⁵¹³ Cfr. *Prescott v. Northlake Christian School*, cit., p. 663: «*[...] the arbitrator did conclude that Defendant breached its contract with Plaintiff “legally as well as Biblically” in wrongfully terminating Plaintiff*».

principles which guided and governed the parties' employment contract and relationship»⁵¹⁴; in virtù di tale principio – in particolare del precetto in virtù del quale «Se il tuo fratello commette una colpa, va' e ammoniscilo fra te e lui solo; se ti ascolterà, avrai guadagnato il tuo fratello»⁵¹⁵ – infatti, la Prescott aveva il diritto di venire a conoscenza della possibilità di essere licenziata o comunque dei motivi che potevano giustificare un tale licenziamento prima che lo stesso venisse le venisse notificato, contrariamente a quanto avvenuto nella vicenda in esame.

Alla decisione arbitrale seguivano due tentativi da parte dell'istituto soccombente di ottenere una riforma del lodo – c.d. *reconsideration* –, ai sensi della regola 41 delle *Rules of Procedures for Christian Conciliation*, entrambi rigettati⁵¹⁶.

La signora Prescott, a questo punto, conveniva nuovamente in giudizio il proprio datore, sempre innanzi alla corte federale dello stato della Louisiana, questa volta per ottenere una pronuncia di conferma del lodo, deducendone la validità e la vincolatività tra le parti, sì da conseguirne l'efficacia esecutiva.

Da parte sua, l'istituto scolastico resisteva nel giudizio chiedendo l'annullamento dell'*award* sulla base dei diversi motivi

Preliminarmente, la Corte si trovava a decidere in ordine alla legge arbitrale applicabile alla controversia, statuendo che in virtù della sussistenza della *choice of law clause* previamente stipulata dalle parti, era evidente la chiara intenzione delle stesse di assoggettare l'accordo arbitrale – nonché il

⁵¹⁴ *Prescott v. Northlake Christian School*, cit., p. 663.

⁵¹⁵ Mt. 18,15.

⁵¹⁶ Cfr. *Prescott v. Northlake Christian School*, cit., p. 663.

lodo – alla disciplina arbitrale dello stato del Montana – così come recepita dal *Montana Uniform Arbitration Act* –, anziché a quella disposta dal *FAA* o da una diversa legge a livello statale (ad esempio quella dello stato della Louisiana, ove aveva sede legale l’istituto convenuto).

A questo punto si rendeva necessario vagliare la normativa dettata dal *MUAA*, contenuta nel capitolo 5 del titolo 27 (rubricato ‘*Civil liability, remedies, and limitations*’) del Codice del Montana, che raccoglie la costituzione e tutte le leggi dello stato; al riguardo, la corte evidenziava come in virtù del *MUAA*⁵¹⁷ una parte poteva agire in giudizio per conseguire la conferma del lodo, che la corte era tenuta a pronunciare in automatico, salvo la controparte presentasse tempestivamente⁵¹⁸ una richiesta di annullamento, modifica o correzione del lodo.

Al di là, quindi, dei casi di modifica o correzione del lodo disciplinati dalla legislazione del Montana – su cui non ci si sofferma in quanto esulano dalle richieste del convenuto⁵¹⁹ – l’istituto faceva valere i motivi di annullamento di cui alle lettere b), c), e d) dell’art. 312, *sub cap.* 5, tit. 27,

⁵¹⁷ Cfr. Mont. Code 27-5-311: «*Confirmation of award by court. Upon the application of a party, the district court shall confirm an award unless within the time limits imposed in this chapter grounds are urged for vacating, modifying, or correcting the award, in which case the court shall proceed as provided in 27-5-312 and 27-5-313*», che disciplinano, queste ultime norme, rispettivamente l’annullamento del lodo e la modifica o correzione dello stesso.

⁵¹⁸ Nello specifico, entro dieci giorni dalla notificazione della richiesta di conferma del lodo, atteso il richiamo implicito all’art. 217, *sub cap.* 5 del titolo 17 del Codice del Montana.

⁵¹⁹ E che ci si limita qui soltanto a richiamare: «*[...] the district court shall modify or correct the award if: (a) there was an evident miscalculation of figures or an evident mistake in the description of any person, thing, or property referred to in the award; (b) the arbitrators awarded upon a matter not submitted to them and the award may be corrected without affecting the merits of the decision upon the issues submitted; or (c) the award is imperfect in a matter of form not affecting the merits of the controversy. [...]*» (art. 313, *sub cap.* 5, tit. 27, Mont. Code).

CAPITOLO QUARTO

del codice del Montana, ossia, in sintesi, parzialità/corruzione/negligenza dell'arbitro, eccesso di potere e omessa valutazione di elementi decisivi ai fini della soluzione della controversia⁵²⁰.

Ai fini della nostra indagine senza dubbio significativa è la questione sollevata dal convenuto in ordine all'asserito eccesso di potere commesso dall'arbitro. Ad avviso dell'istituto scolastico, invero, da un lato il contratto di lavoro – e in particolare la clausola compromissoria in esso contenuta – non contemplava espressamente il precetto sancito in Matteo 18 come principio di regolamentazione del rapporto di lavoro, sì che siffatto precetto avrebbe costituito al più un mero criterio procedurale tale da vincolare le parti con riferimento al solo espletamento della procedura arbitrale⁵²¹; dall'altro, la Northlake Christian School contestava qualsivoglia inadempimento imputatole, giacché la legge della Louisiana – in tema di interruzione del rapporto di lavoro – riconosceva come legittimo il

⁵²⁰ Riassumiamo così, in un'ottica forse ancora troppo ancorata agli ordinamenti di *civil law*, le ipotesi di annullabilità del lodo ove «(b) *there was evident partiality by an arbitrator appointed as a neutral or corruption in any of the arbitrators or misconduct prejudicing the rights of any party; (c) the arbitrators exceeded their powers; (d) the arbitrators refused to postpone the hearing upon sufficient cause being shown or refused to hear evidence material to the controversy or otherwise conducted the hearing, contrary to the provisions of 27-5-213, in a manner that substantially prejudiced the rights of a party*»; gli altri motivi di cui alle lettere a), e) e f) della medesima disposizione sono riportati di seguito: «(a) *the award was procured by corruption, fraud, or other undue means; [...]* (e) *there was no arbitration agreement and the issue was not adversely determined in proceedings under 27-5-115 and the party did not participate in the arbitration hearing without raising the objection; or (f) a neutral arbitrator failed to make a material disclosure required by 27-5-116 [...]*».

⁵²¹ Cfr. *Prescott v. Northlake Christian School*, cit., p. 666: «*Defendant argues that the parties' employment contract did not include Matthew 18 as a governing principle of the employment relationship. According to Defendant, Matthew 18 is solely a procedural principle which is supposed to guide the parties through the Christian conciliation process*».

licenziamento del lavoratore senza alcun preavviso⁵²². Di conseguenza, il lodo sarebbe stato viziato da eccesso di potere dell'arbitro, la cui decisione si era spinta ben oltre l'ambito decisorio ad esso conferito dalla clausola compromissoria, disattendendo altresì quanto previsto dalla legge dello stato della Louisiana.

Innanzitutto alle argomentazioni difensive formulate dall'istituto convenuto, la corte adita precisava anzitutto il contenuto del vizio di eccesso di potere dell'arbitro che si ravvisa ove quest'ultimo «*decides matters were non submitted to him*»⁵²³, a prescindere che il lodo pronunciato sia corretto o meno.

Tuttavia, il vaglio della corte si soffermava sulla vigenza, nella fattispecie in esame, degli art. 4 e 40 delle *Rules*, poiché le stesse parti si erano vincolate alle regole dell'Institute for Christian Conciliation mediante espresso richiamo contenuto nella clausola arbitrale; in tal modo ne conseguiva che l'applicazione del precetto biblico non interveniva – quanto meno, non solo – come regola procedurale per lo svolgimento della mediazione e dell'arbitrato cristiani, ma – anche e soprattutto – come parametro risolutivo della controversia⁵²⁴. Ed invero, la corte, riconoscendo comunque la singolare natura dell'accordo intercorso tra le parti⁵²⁵, non ravvisava, per l'attore, la sussistenza di alcun rimedio: nel caso posto al

⁵²² Cfr. *Prescott v. Northlake Christian School*, cit., p. 666: «*Defendant also argues that under Louisiana law, which allegedly governs the employment contract, it did not breach the contract or wrongfully terminate Plaintiff*».

⁵²³ *Prescott v. Northlake Christian School*, cit., p. 666.

⁵²⁴ Cfr. *Prescott v. Northlake Christian School*, cit., p. 667: «*The contract further required that both parties resolve their disputes in conformity with Matthew 18 and other biblical principles*».

⁵²⁵ Cfr. *Prescott v. Northlake Christian School*, cit., p. 667: «*Given the unique nature of this employment agreement and the parties' choice of arbitration method [...]*».

vaglio della corte, difatti, la normativa dello stato del Louisiana – normativa peraltro non inderogabile – in virtù della quale il licenziamento operato dall’istituto scolastico senza preavviso sarebbe stato legittimo, veniva derogata – su consenso delle parti – dall’applicazione di un principio delle Sacre Scritture, quale autorità ‘suprema’ nella regolamentazione del rapporto di lavoro⁵²⁶. La corte, dunque, constatava come la mera circostanza che un organo giurisdizionale per un medesimo fatto e in virtù della normativa della Louisiana non avrebbe riconosciuto un diritto risarcitorio non costituiva motivo per la revoca del lodo ai sensi del *MUAA* e pertanto doveva escludersi che la condotta dell’arbitro avesse attuato un eccesso di potere laddove egli invece riscontrava un inadempimento contrattuale – se non inteso in senso ‘civilistico’ – quanto meno in senso biblico⁵²⁷, sulla base di un potere decisorio conferitogli dalle parti.

La corte concluda così pronunciando la conferma del lodo pronunciato all’esito dell’arbitrato cristiano⁵²⁸.

⁵²⁶ Cfr. *Prescott v. Northlake Christian School*, cit., p. 667: «*While the employment contract does state that it should be interpreted under the laws of Louisiana, the contract and the arbitration agreement stress the supreme authority of the Bible in the employment relationship between Plaintiff and Defendant. The parties intended to be guided not only by state and federal secular law, but also by the Bible*».

⁵²⁷ Cfr. *Prescott v. Northlake Christian School*, cit., p. 667: «*Under the MUAA, the award cannot be overturned merely because a court would not have been able to award similar damages. Consequently, the arbitrator did not exceed his powers in the instant case by finding that there was a ‘biblical’ breach of contract*».

⁵²⁸ Cfr. *Prescott v. Northlake Christian School*, cit., p. 669: «*Under the MUAA, Defendant cannot carry its burden of showing that the award should be vacated, modified, or corrected in any way. As a result, the arbitration award must be confirmed*».

3. *Profili critici del christian arbitration.*

La casistica sin qui richiamata ci permette di ‘assaporare’ il contegno delle corti statali chiamate ad un confronto il *christian arbitration*, sì da consentirci di rilevare il ruolo e il terreno giuridico che vengono riservati a siffatto istituto nell’ordinamento statunitense; ed è proprio dalle *opinions* testé illustrate che è possibile muovere alcune significative riflessioni di tipo critico in tema di arbitrato cristiano, le quali peraltro ricalcano – *mutatis mutandis* – i profili di perplessità che involgono – quanto meno nell’ordinamento statunitense – l’arbitrato religioso in generale, quale strumento di risoluzione delle controversie civili che opera in ‘deroga’ alla tutela giurisdizionale. I rilievi che possono comportare l’insorgere profili di dubbia legittimità – e opportunità – in ordine al ricorso a siffatti mezzi di tutela possono profilarsi principalmente in relazione a tre aspetti distinti – benché correlati – di questo tipo di arbitrato: la vincolatività della *christian arbitration clause*, la designazione dei principi contenuti nelle Sacre Scritture quale legge applicabile ai fini della risoluzione della lite nonché, da ultimo, le – come visto, limitate – possibilità di impugnazione del lodo.

3.1 *La vincolatività della clausola arbitrale.*

Il problema degli effetti obbligatori della *christian arbitration clause* – così come scaturenti dal riconoscimento, operato in sede giudiziale, di una validità ed efficacia della stessa – abbiamo anzitutto appreso sorgere *ex post*, nel senso che più che rappresentare un problema *tout court* considerato – quale mera doglianza di tale clausola–, viene a profilarsi nel momento in cui

CAPITOLO QUARTO

venga in essere una lite tra le parti in merito al rapporto contrattuale la cui disciplina include la previsione di una clausola che depona per la risoluzione arbitrale della lite alla stregua dell'arbitrato cristiano: in sostanza – come mostra il novero delle fattispecie considerate –, in caso di controversia sul regolamento negoziale, la parte che intende trovare adeguata tutela anziché dare avvio alla procedura arbitrale, si rivolge all'autorità giudiziaria civile, inducendo in tal modo la controparte – che intende invece avvalersi della clausola compromissoria *ab origine* stipulata – a formulare nel giudizio un'apposita *exceptio compromissi*, o nel gergo legale inglese, una '*motion to compel arbitration and stay proceedings*'. Innanzi a tale eccezione il '*plaintiff*' (attore) eccepirà a sua volta l'invalidità e l'inefficacia di tale clausola affinché dunque la controversia rimanga incardinata innanzi al giudice e non venga rimessa all'arbitro.

Si è altresì avuto modo di constatare che le doglianze fatte valere dalle parti con riferimento alla clausola possono concernere rilievi comuni a tutti i tipi di arbitrato in generale ovvero profili peculiari dell'arbitrato cristiano, consentendoci, questi ultimi in particolare, dunque di rilevare le criticità che scaturiscono da siffatta clausola.

Quanto ai primi, sui quali non pare opportuno soffermarci se non per un mero richiamo, essi attengono a determinate censure circa la condotta di una delle parti – nella fase delle trattative – che tuttavia non assumono rilievo tale da inficiare la validità della clausola; così ad esempio, la giurisprudenza ritiene pacifico che la mancata consegna di una copia delle regole dettate per il procedimento arbitrale non pregiudichi la validità della clausola, qualora

la parte che ne deduce la non conoscenza non si sia prodigata per ottenerle⁵²⁹, benché una tale considerazione prescinde dal carattere religioso dell'arbitrato e, come visto, ha valenza generale.

Quanto ai profili di criticità che rappresentano un *proprium* del *christian arbitration*, emerge come l'effetto obbligatorio che la giurisprudenza riconosce alla clausola arbitrale cristiana possa sollevare problemi di legittimità ai sensi delle garanzie contemplate dal Primo emendamento.

In particolare, il riconoscimento giudiziale della validità di un accordo arbitrale religioso comporterebbe una violazione dell'*Establishment Clause* laddove il governo, delegando il proprio potere giudiziario in ordine a materie privatistiche ad un'organizzazione confessionale ovvero, più propriamente nel caso del *christian arbitration*, a un ente di ispirazione religiosa si spoglierebbe del proprio atteggiamento neutrale nei confronti del fenomeno religioso per favorire alcuni gruppi religiosi in luogo di altri, specie quelli la cui tradizione fornisce una sofisticata e longeva disciplina paranormativa quale parametro risolutivo delle controversie⁵³⁰.

In aggiunta a siffatto rilievo, si profila altresì l'atteggiamento 'permissivo' dello stato – esercitato attraverso le proprie corti – che darebbe ingresso a un effetto coercitivo ai danni del singolo, il quale si vedrebbe in qualche modo costretto o incentivato al ricorso di siffatte clausole, con la

⁵²⁹ Cfr. *supra*, i casi *Easterly v. Heritage Christian Schools* e *The Woodlands v. Weibust*.

⁵³⁰ Così BRIAN HUTLER, *Religious arbitration and the Establishment Clause*, in *Ohio Journal of Dispute Resolution*, vol. 33, n. 3, p. 341, il quale evidenzia che «*such a delegation may tend to favor some religious groups over others, in violation of the basic principle of government neutrality with respect to religion. Even a general policy of enforcing religious arbitration agreements may result in extra benefits for those religious groups that are more legally sophisticated*».

conseguenza che ne verrebbe compromesso il carattere volontario di adesione alla fede religiosa, come tutelato dal Primo emendamento, nella sua declinazione di *Free Exercise Clause*⁵³¹.

Secondo quest'ottica, e come messo in luce da una dottrina condivisibile⁵³², il problema dell'arbitrato religioso è un problema che sorge a monte, in quanto recherebbe pregiudizio alle parti più 'vulnerabili', che talora sono indotte dalla controparte – o dalla stessa comunità religiosa cui afferiscono – a stipulare siffatte clausole; si è visto invero, dalla casistica esaminata, concernente in ispecie controversie in materia di rapporti di lavoro, che il lavoratore sottoscrive la clausola perché già inclusa nel contratto da parte del datore di lavoro, sì che non può a nostro avviso non sollevarsi una questione circa la libera e consapevole sottoscrizione della clausola. In tali casi, è emerso che il lavoratore deduceva il carattere

⁵³¹ Cfr. BRIAN HUTLER, *Religious arbitration and the Establishment Clause*, cit., p. 341, laddove precisa che «*the enforcement of religious arbitration agreements may have the effect of coercing participation in religious institutions, or imposing steep costs on ending one's membership or affiliation. In this respect, enforcement of religious arbitration agreements may conflict with the state's role in ensuring that religious institutions are "voluntary associations"*»

⁵³² Cfr. FARRAH AHMED - SENWUNG LUK, *How religious arbitration could enhance personal autonomy*, in *Oxford Journal of Law and Religion*, vol. 1, n. 2, 2012, p. 429 ss., che pur riferendosi all'arbitrato religioso in generale, prende ad esempio tuttavia fattispecie di arbitrato islamico, in cui sovente l'autonomia della donna viene compromessa, in quanto costretta alla stipulazione di accordi arbitrali di natura religiosa su costrizione della propria famiglia; tuttavia analoga conclusione può avanzarsi qualora si consideri il lavoratore che sottoscrive la clausola perché proposta dal datore di lavoro; cfr. altresì IZHAK ENGLARD, *Law, religion, and the rule of law from a normative-positivistic perspective*, cit., p. 178; cfr. Michael A Helfand, *The future of religious arbitration in the United States: looking through a pluralist lens*, cit., p. 32, il quale evidenzia come la coercizione sociale che potrebbe derivare dall'opposizione ad aderire a un procedimento arbitrale religioso, per la giurisprudenza non assurge a configurare una 'duress', ossia una minaccia che possa comportare l'invalidità della clausola; ancora cfr., MICHAEL J. BROYDE, *Faith-based arbitration evaluated: the policy Arguments for and against religious arbitration in America*, cit., p. 355 ss.

‘*unconscionable*’ della clausola – nella sua accezione sostanziale – sul rilievo che la stessa gli sarebbe stata imposta come una ‘*condicio sine qua non*’ per l’assunzione; ciò non ostante le corti gravavano il lavoratore dell’onere di provare siffatto vizio – una prova decisamente rigorosa se non addirittura ‘*diabolica*’ – rigettando pertanto, ove questa non fosse raggiunta, la doglianza della parte.

Ulteriore e significativo profilo, rilevato in dottrina⁵³³ – ma pare non affrontato, se non incidentalmente, dalla giurisprudenza –, concerne il profilo dell’attualità del consenso alla clausola compromissoria cristiana, che confliggerebbe con il diritto al libero esercizio della libertà religiosa nella sua peculiare declinazione di diritto a cambiare fede religiosa ovvero a non aderire ad alcuna fede – c.d. ‘*right to change belief*’ o ‘*right to no believe*’.

In tal ottica sebbene non siano state reperite casistiche non si potrebbe – quanto meno a nostro avviso – ignorare la violazione della libertà religiosa riconosciuta in capo al singolo, laddove anche a distanza di anni dalla sottoscrizione della clausola, si ritrovi gravato dall’esperimento di un procedimento che non sente più rispondente alla propria fede, con il rischio peraltro – non di certo irrilevante – di vedersi coinvolto in una procedura che richiede l’applicazione di principi – e lo svolgimento di ‘rituali’ – che non condivide più. Proprio sotto quest’ultimo profilo si è quanto meno potuto osservare che le corti non ravvisano problemi di contrasto con *Free Exercise*

⁵³³ Cfr. soprattutto NICHOLAS WALTER, *Religious arbitration in the United States and Canada*, in *Santa Clara Law Review*, vol. 52, n. 2, 2012, p. 549 s., il quale rileva che «*No court, however, has considered an obvious question: what if a party was happy to agree a religious arbitration contract, but then wishes to change religion before the contract is arbitrated?*»; analoga e più incisivo interrogativo si legge in SHAI SILVERMAN, *Before the Godly: Religious Arbitration and the U.S. Legal System*, cit., p. 743, la quale si chiede «*can there be a more quintessential Free Exercise problem than an individual being compelled to participate in a religious rite that contravenes his beliefs?*».

CAPITOLO QUARTO

Clause nella parte in cui il *christian arbitration* prevede dei rituali intrisi di elementi religiosi quali la recita di una preghiera. Benché, nei casi testé esaminati⁵³⁴, tale assunto veniva fondato su una questione di mera rappresentanza ad agire – atteso che l'attore agiva in nome e per conto dell'obbligato, quale suo erede o rappresentante legale – la corte muoveva una riflessione ulteriore, ossia che le stesse preghiere non era imposte come rituale dovuto ma solo come mera possibilità e dunque deducendo così la circostanza che le stesse potevano essere omesse in toto ovvero alle stesse poteva sottrarsi chi non intendeva adempiervi.

In sostanza, il problema che sorge a seguito del riconoscimento dell'efficacia e della validità di una cl arbitrale del tipo cristiano, è un rilievo che, alla luce delle corti, concerne il delicato rapporto tra due principi: quello di autonomia contrattuale e quello di libertà religiosa. Se l'inserimento di siffatta clausola, *prima facie*, crea una commistione perfetta tra i predetti principi – dei quali è dunque simultanea espressione – dall'altro lato, l'effetto vincolante della stessa può invece scontrarsi con il principio di libertà religiosa sancito dal Primo emendamento, in particolare nella sua declinazione contemplata dalla *Free exercise clause*.

È da valutare dunque se il vaglio delle corti, nel bilanciamento dell'interesse contrattuale e di quello religioso, si sostanzia in un bilanciamento congruo o possa determinare effetti pregiudizievoli. Le corti, come visto, trattano la clausola alla stregua di una clausola secolare e superano dunque eventuali asseriti contrasti con la *Free Exercise Clause*, mantenendo o un atteggiamento di tipo passivo – come nel caso – ove non

⁵³⁴ Cfr. *supra*, i casi *Encore Productions, Inc. v. Promise Keepers* e *Spivey v. Teen Challenge of Fla., Inc.*

viene nemmeno considerata la censura formulata dall'attrice in relazione alla circa la *Free Exercise Clause*, ovvero ritengono non sussistere alcuna violazione della tutela del singolo, giacché in ogni caso la procedura arbitrale non può derogare a disposizioni federali o statali inderogabili, non ponendosi – pare – il problema in relazione a quelli che sono invece diritti derogabili che l'arbitro potrà disattendere.

Peraltro, del tutto significativo in questo contesto è proprio l'atteggiamento della corte⁵³⁵ che rileva come un'eventuale pronuncia dichiarativa dell'invalidità della clausola compromissoria per conflitto con il Primo emendamento, costituirebbe un'ingerenza da parte della corte che violerebbe essa stessa tale clausola.

3.2. *La legge applicabile e l'impugnabilità del lodo.*

Ulteriore rilievo di criticità che emerge in relazione al *christian arbitration* è il problema concernente la legge applicabile ai fini della risoluzione della controversia, ossia il ricorso alle Sacre Scritture, che la regola 4 delle *Rules of Christian Conciliation*, come illustrato, fa assurgere a 'grundnorm' del caso concreto.

Al riguardo si deve rilevare *in primis*, come messo in luce da accorta dottrina⁵³⁶, che la difficoltà di desumere dal testo biblico un vero e proprio *corpus* normativo omogeneo e, con essa, la malleabilità – e contraddittorietà

⁵³⁵ V. in particolare *supra*, nel caso *Spivey v. Teen Challenge of Fla., Inc.*,

⁵³⁶ Cfr. EMILY HOLLAND, *Blending Scripture and Law: The Lack of Christian Law and the Dangers It Presents in Christian Arbitration*, in *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, vol. 20, n. 2, 2020, p. 213 s., la quale in particolare ne rileva la differenza rispetto a quelle religioni quali l'islamismo o l'ebraismo, che si considerano basate 'sulla legge'.

CAPITOLO QUARTO

– degli stessi precetti biblici inficiano in modo significativo il principio di certezza del diritto, con il rischio che la procedura, da arbitrato, sia suscettibile di trasformarsi in vero e proprio arbitrio del terzo; in sostanza, sussumere le Sacre Scritture a strumento paranormativo di riferimento per la risoluzione del caso pare del tutto opinabile; se dunque la finalità conciliativa del procedimento può essere ben accolta, dall'altro lato difetta di un parametro tale da garantire alle parti in lite la prevedibilità della decisione.

L'atteggiamento della giurisprudenza innanzi a siffatti rischi pare essere ancora una volta quello di prediligere la libertà contrattuale delle parti; come visto in *Spivey v. Teen Challenge of Fla., Inc.*, e in *Maynard v. Valley Christian Academy, Inc* le attrici lamentavano che la procedura cristiana avrebbe potuto comportare una propria rinuncia ai diritti, che anziché trovare la tutela accordata dalla legislazione secolare, sarebbero stati sacrificati o – quanto meno – si sarebbero trovati in balia dell'applicazione dei precetti biblici ad opera dell'arbitro; or bene, si è constatato che l'interesse della corte era quello di valutare se il *christian arbitration* potesse integrare una violazione di quei diritti che la legge statale o federale riconosce come inderogabili (ad. es. quelli in tema di tutela del lavoratore). Accertato dunque che le stesse *Rules* contemplavano alla reg. 42 che le Sacre Scritture non potevano prevalere su normative inderogabili, la corte non ravvisava motivi di censura; peraltro, è d'uopo mostrare delle perplessità che concernono l'affidamento circa l'interpretazione e l'applicazione di norme inderogabili a soggetti terzi in ordine ai quali le *Rules* dell'Institute for Christian Conciliation non impongono alcuna conoscenza tecnica del diritto.

Altresì, qualora dall'applicazione di precetti biblici quale '*law of the case*' dovesse insorgere una qualche doglianza, si pone anche un problema

di annullamento della decisione in sede di impugnazione del lodo, che, come visto, è consentito solo per rilievi di tipo procedurale e afferenti per lo più a condotte illegittime dell'arbitro, quali eccesso di potere, corruzione, comportamento fraudolento, imparzialità e omessa valutazione di prove; sebbene nella ricerca delle *opinions* delle corti statunitensi, si sia rinvenuto soltanto un lodo – pronunciato all'esito di un *christian arbitration* – oggetto di richiesta di annullamento, in risposta all'istanza di conferma formulata dalla controparte, tuttavia, la corte si è limitata a constatare che l'arbitro non aveva ecceduto i propri poteri come conferitigli dalle parti.

Ciò non toglie, come visto, che censure circa l'inadeguatezza dell'appellabilità del lodo sono state avanzate anche in casi in cui ad essere controversa era la vincolatività della clausola arbitrale, e dunque secondo una deduzione *ex ante*, prima che avesse luogo la procedura arbitrale e così la pronuncia di un lodo. In siffatte ipotesi le parti muovevano i propri dubbi deducendo che il lodo pronunciato sulla base di precetti biblici avrebbe precluso alla corte di rivedere il 'merito' della questione. Tuttavia, questo è un profilo che concerne l'impugnazione del lodo in generale, non dunque solo quello pronunciato all'esito di un *christian arbitration*.

L'unico strumento, dunque, con cui dolersi del merito della decisione, pare ridursi a quello della palese violazione di legge – che comunque a nostro avviso opererebbe ove sussistesse il carattere inderogabile della disposizione 'violata' – e della *public policy*, profili che, oltre a necessitare di prova a carico della parte che se ne intende avvalere, possiamo ipotizzare trovino un rilievo marginale nelle aule delle corti.

Innanzitutto alle perplessità sin qui considerate, si potrebbe dunque condividere l'opinione di parte della dottrina, che rileva la possibilità di

CAPITOLO QUARTO

dettare dei principi di base entro cui si dovrebbe muovere la decisione dell'arbitro⁵³⁷ ovvero una regolamentazione statale dell'arbitrato religioso⁵³⁸ ma anche questo si risolve forse in un invito astratto, che pare difficile possa tradursi sul piano concreto, ma a cui non possiamo che auspicare.

⁵³⁷ Cfr. EMILY HOLLAND, *Blending Scripture and Law: The Lack of Christian Law and the Dangers It Presents in Christian Arbitration*, in *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, vol. 20, n. 2, 2020, p. 224 s. che suggerisce come le «*Christian arbitration associations should require their arbitrators to disclose at least the basic principles upon which he or she made the award so that the parties may be fully aware of the ways that the arbitrator acted and weighed the decision in order to consider a challenge. This system could help hold arbitrators accountable, remove unfair or biased awards, and help the associations decide what areas upon which to focus their training. It would benefit both the parties and the associations and would ensure that each party's evidence and presentation are considered*»; cfr. altresì, CARYN LITTE WOLFE, *Faith-based arbitration: friend or foe? An evaluation of religious arbitration systems and their interaction with secular courts*, in *Fordham Law Review*, vol. 75, n. 1, 2006, p. 468, ad avviso della quale l'arbitrato religioso necessiterebbe di una regolamentazione statale, per cui il governo dovrebbe superare i propri timori di eventuali infrazioni del Primo emendamento e dettare dei contorni legislativi che tutelino maggiormente il privato che ricorre a tale peculiare espediente

⁵³⁸ Cfr. CARYN LITTE WOLFE, *Faith-based arbitration: friend or foe? An evaluation of religious arbitration systems and their interaction with secular courts*, in *Fordham Law Review*, vol. 75, n. 1, 2006, p. 468, ad avviso della quale l'autorità statale dovrebbe superare i propri timori di eventuali infrazioni del Primo emendamento e dettare dei contorni legislativi che tutelino maggiormente il privato che ricorre a tale peculiare forma di arbitrato.

RIFLESSIONI CONCLUSIVE

All'esito di questo *excursus* sull'arbitrato cristiano nell'ordinamento giuridico statunitense, di cui si sono dispiegati i profili procedurali e saggiate le criticità alla luce di un vaglio di tipo 'casistico', è possibile giungere a muovere alcune riflessioni conclusive.

L'interesse per il *christian arbitration*, quale forma di risoluzione delle controversie civili tra privati conseguita alla stregua di precetti di ordine 'religioso' nasce, nell'animo di chi scrive, in relazione ad alcune significative peculiarità che consentono a tale istituto di assurgere a vero e proprio *unicum* rispetto alle ulteriori e distinte forme di ADR di tipo religioso conosciute dal panorama giuridico contemporaneo.

Da un lato, invero, lo studio perseguito ha permesso di mettere in luce come l'arbitrato cristiano si contraddistingua per la sua natura 'genuinamente' religiosa – o, più propriamente, '*nondenominational*' –, volendosi alludere con tale espressione alla circostanza che esso non si configura come strumento tipico di un determinato ordinamento confessionale, quale potrebbe essere quello canonico, sciaraitico o ebraico, bensì è frutto di una *weltanschauung* cristiana *tout court* considerata. Dall'altro, anche in conseguenza del rilievo testé menzionato, la possibilità che chiunque – fedeli cristiani, a prescindere dall'adesione a una precisa confessione, ma financo non credenti, non sussistendo alcuna preclusione al riguardo⁵³⁹ – vi possa fare ricorso concede un maggiore spazio – nonché un più marcato significato – al fine ultimo che tale strumento persegue, ossia l'ottica di riconciliazione e di rappacificazione con il prossimo e con Dio, e

⁵³⁹ Come messo in luce *supra*, al cap. III.

che nuovamente ne connota la sua essenza rispetto a tribunali o arbitrati di natura prettamente confessionale, ancorati, questi ultimi, ad una decisione – peraltro sovente solo in merito a controversie prive di un rilievo civilistico – resa da un'autorità gerarchica interna all'ordinamento confessionale, i cui membri si trovano a dovervi ricorrere *'ipso iure'* in ottemperanza alla dottrina propria di siffatto ordinamento.

Ad avviso di chi scrive, dunque, il peculiare interesse etico-religioso – o, si potrebbe suggerire, 'disinteresse' ad ancorarsi a un determinato ordinamento confessionale – perseguito dal *christian arbitration* pare conferire una congrua e considerevole libertà ai privati nella scelta di ricorrere a tale espediente risolutivo e di aderire così a quell'invito conciliativo – come racchiuso nelle parole di San Paolo o dell'evangelista San Matteo – figlio degli insegnamenti 'primordiali' del cristianesimo embrionale, scevro dunque da alcuna divisione confessionale che in seguito ne sia scaturita.

Tuttavia, anche tale profilo di libertà esige un corrispettivo, specie ove si consideri che lo strumento arbitrale cristiano ha conosciuto un processo di istituzionalizzazione che rappresenta il frutto della mera volontà dei privati e non invece di un'autorità confessionale che ne ha dettato – o recepito – le forme secondo precisi principi e connotati.

Nella chiosa cui è stato dedicato il capitolo III, si è avuto modo invero di apprendere il 'sartoriale' archetipo procedurale in cui si dovrebbe sostanziare⁵⁴⁰, nel concreto, il mezzo arbitrale; le regole illustrate hanno il pregio di contemplare in modo compiuto tutte le fasi proprie di un giudizio

⁵⁴⁰ Usiamo il condizionale perché le regole ivi dettate come visto, possono essere comunque derogate dall'accordo delle parti.

RIFLESSIONI CONCLUSIVE

ordinario, conferendo notevole importanza altresì alla fase – preliminare – di risoluzione informale della lite e, così, a un sincero confronto che scongiuri il ricorso ad una decisione vincolante agli effetti civili.

Tuttavia, per onestà è bene precisarlo, la natura ‘indipendente’ di tale strumento si traduce in alcune criticità ravvisabili in ordine alla legge applicabile e, così, alla garanzia di certezza del diritto; l’assenza, cioè, di un testo coerente e dal sapore ‘giuridico’ che assurga a parametro legislativo – come per la religione ebraica o musulmana – ovvero di una codificazione dalla quale attingere – sul modello di quella canonica – preclude una conoscibilità – quanto meno prognostica – circa il precetto che dovrà trovare applicazione nella risoluzione della controversia e così del possibile esito della controversia, sebbene non possa trascurarsi la circostanza – di tutto pregio – che l’arbitro sia vincolato a tenere in considerazione la disciplina giuridica statale che le parti sottopongono alla sua attenzione nonché la normativa inderogabile; a nostro avviso, ciò tuttavia non è congruamente idoneo a garantire una maggiore efficacia a tale strumento, per cui si renderebbe d’uopo l’individuazione di un assetto di principi entro cui si dovrebbe muovere il convincimento dell’arbitro, in modo tale che lo stesso non rischi di tradursi nell’esercizio di un immotivato arbitrio.

Un ulteriore rilievo critico emerso, la cui colpa però è attribuibile anche ad una lacuna nei rimedi offerti dal sistema giudiziario statunitense, è la vincolatività ‘esasperata’ della *christian arbitration clause*, che pare non consentire di sacrificare i propri effetti obbligatori neppure quanto il contraente non condivida più quel sentimento religioso che *ab origine* ne aveva determinato l’adozione.

Sotto questo profilo, peraltro, si è addirittura appreso l’austero atteggiamento delle corti statunitensi che rifiutano l’accoglimento di

determinate censure tese a rappresentare l'eventuale rapporto confliggente tra la predetta clausola e l'esercizio della libertà religiosa, atteso che un'intromissione giudiziale in tal senso costituirebbe essa stessa un nocumento alla libertà religiosa dell'altro contraente e, con esso, un'inammissibile violazione della *Free Exercise Clause*.

Anche sotto questo rilievo, pertanto, si renderebbero necessari degli strumenti secolari volti a contemplare quanto meno uno '*ius poenitendi*' che tuteli il diritto del contraente che non intenda più sentirsi vincolato da una procedura e da principi che non ritiene più di condividere, affinché anche la libertà religiosa di quest'ultimo trovi piena attuazione e non risulti compromessa.

Analoga necessità di adeguati rimedi emerge a garanzia di un maggiore e congrua riforma del lodo nel merito della controversia, qualora il precetto religioso applicato non trovi fondamento nel caso concreto ovvero si traduca in un'ingiustizia sul piano giuridico, attesa peraltro la mancanza di un obbligo di motivazione della decisione.

Ma è proprio da queste criticità che, a nostro parere, dovrebbe prendere vita un dibattito che costituisca un punto di partenza per un affinamento dell'istituto anziché sancirne un definitivo tramonto o censura⁵⁴¹, giacché che

⁵⁴¹ Anche l'opinione pubblica, invero, ha espresso delle perplessità in ordine al *christian arbitration*, oltre che all'arbitrato religioso in generale; si veda, in particolare, il '*phamplet*' giornalistico del *New York Times*: MICHAEL CORKERY - JESSICA SILVERGREENBERG, *In religious arbitration, Scripture is the rule of law*, in *The New York Times*, 2 novembre 2015; al riguardo, si veda anche la recensione di DAVID B. LIPSKY, *The New York Times' attack on arbitration*, in *Dispute Resolution Magazine*, vol. 22, n. 4, 2016, p. 7 s.

RIFLESSIONI CONCLUSIVE

oramai anche sistemi vicini all'ordinamento italiano si sono trovati a dialogare con fenomeni analoghi⁵⁴².

A questo punto, sorge spontaneo chiederci se sia configurabile – da un punto di vista giuridico – un'analogia iniziativa in tal senso nell'ordinamento italiano, specie alla luce della disciplina processualcivile ivi contemplata, vagliando, dunque, secondo una valutazione comunque concisa e meramente congetturale, se una clausola analoga al modello della '*christian arbitration clause*' potrebbe trovare ingresso nel nostro panorama giuridico.

Volgendo uno sguardo alla disciplina dell'arbitrato si può osservare come l'ordinamento italiano pare non consentire una '*choice of law*' come nel sistema statunitense, giacché la scelta delle parti è circoscritta a conferire agli arbitri, in ossequio al disposto dell'art. 822 cod. pro. civ. il potere-dovere di decidere la lite secondo diritto o equità, in virtù di una nozione, come evidenziato da accorta dottrina⁵⁴³, che richiama il medesimo parametro decisorio che *ex art.* 113 cod. pro. civ. è imposto al giudice.

Se in relazione alle regole di diritto applicabili⁵⁴⁴ non trovano spazio le 'disposizioni' che possano desumersi da precetti biblici, il concetto di equità,

⁵⁴² Si allude, ad esempio, all'ordinamento britannico e al fenomeno delle c.d. '*sharia courts*' diffuse nelle comunità musulmane ivi presenti; per un approfondimento, su cui ha indugiato con particolare attenzione anche la dottrina italiana, ci si limita a rimandare, fra tutti, a: FEDERICA SONA, *Giustizia religiosa e islam. Il caso degli Shari'ah Councils nel Regno Unito*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale – Rivista telematica*, n. 34, 2017, pp. 1-25; ALESSANDRO NEGRI, *Le Sharia Court in Gran Bretagna. Storia ed evoluzione dei tribunali islamici nel Regno Unito*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale – Rivista telematica*, n. 4, 2018, pp. 1-41; LEONARDO CAPRARA, *La rilevanza civile della giurisdizione religiosa*, Milano, EDUcatt, 2020; JESSIE BRECHIN, *A study of the use of sharia law in religious arbitration in the United Kingdom and the concerns that this raises for human rights*, in *Ecclesiastical Law Society*, n. 15, 2013, pp. 293-315.

⁵⁴³ Cfr. ALESSANDRO NASCOSI, *Il lodo: requisiti, contenuto e forma*, in *L'arbitrato*, a cura di Laura Salvaneschi e Andrea Graziosi, Milano, Giuffrè, 2020, p. 363 s.

⁵⁴⁴ «Le regole di diritto applicabili sono quelle che disciplinano il rapporto sostanziale (generalmente di natura contrattuale le cui controversie rappresentano il contenzioso più

nel suo assetto contemporaneo – che costante giurisprudenza definisce quale «facoltà di utilizzare criteri, principi e valutazioni di prudenza e opportunità che appaiano i più adatti ed equi, secondo la loro coscienza, per la risoluzione del caso concreto»⁵⁴⁵ –, *prima facie* potrebbe invece essere forse visto quale idoneo *genus* per ricomprendere una decisione fondata su un parametro religioso, prima ancora che giuridico; ciò, soprattutto ove si consideri che, con riferimento al giudizio di equità, ai sensi ai sensi dell’art. 829, comma 2, ultima parte, è esclusa l’impugnazione del lodo per violazione delle norme di diritto sostanziale, salvo quelle «che non si traducano nell’inosservanza di norme fondamentali e cogenti di ordine pubblico, dettate a tutela di interessi generali e perciò non derogabili dalla volontà delle parti»⁵⁴⁶, in uno scenario che ricorda invece proprio il sistema statunitense.

Tuttavia anche questa considerazione pare non pienamente convincente, per due ordini di motivi; da un lato, invero, sembra oggi prevalere un concetto di equità ‘oggettiva’, in virtù del quale il giudizio di equità deve essere parametrato al diritto, venendo quest’ultimo plasmato per essere reso più equo, alla luce della cultura economica e sociale del tempo e tenuto conto delle circostanze del caso concreto⁵⁴⁷; dall’altro, l’obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali richiede anche all’arbitro «di

frequente in tema arbitrale) comprensive delle numerose fonti del diritto tra le quali rientrano le disposizioni del diritto comunitario, le convenzioni internazionali ratificate dall’Italia ed altresì le norme di diritto straniero in virtù del richiamo compiuto dalle parti e nei limiti dell’ordine pubblico del nostro ordinamento»; così ALESSANDRO NASCOSI, *Il lodo: requisiti, contenuto e forma*, cit., p. 364, nt. 17.

⁵⁴⁵ Cass. 20 gennaio 2006, n. 1183, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, vol. 1, p. 110.; cfr. anche Cass. 4 luglio 2013, n. 16755, in *Giust. civ. Mass.*, 2013.

⁵⁴⁶ Cass. 20 gennaio 2006, n. 1183, cit.

⁵⁴⁷ Cfr. al riguardo ALESSANDRO NASCOSI, *Il lodo: requisiti, contenuto e forma*, cit., p. 366, nt. 26; cfr., altresì, FIORENZO FESTI, *L’arbitrato di equità*, in *Contratto e impresa*, a. 22, 2006, p. 149 s.

RIFLESSIONI CONCLUSIVE

fornire una razionale e logica motivazione della loro decisione»⁵⁴⁸, sì che ove quest'ultima venga fondata su un precetto di ordine religioso difficilmente questo potrà essere esplicitato quale contenuto del giudizio di equità.

Ad analoghe considerazioni si giungerebbe anche laddove si prendesse in esame l'arbitrato c.d. irrituale, posto che, a seguito della positivizzazione di siffatto istituto nella disposizione di cui all'art. 803 *ter* cod. pro. civ., anche per esso vige la dicotomica scelta del giudizio secondo diritto o di equità con le osservazioni poc'anzi formulate in tema arbitro rituale, salvo la marcata differenza che quest'ultimo darà luogo a una decisione suscettibile di essere resa esecutiva mentre il primo condurrà a una determinazione che assume gli effetti tipici di un contratto.

Forse allora, in queste righe meramente congetturali, uno strumento a cui i privati potrebbero ricorrere per tentare una trasposizione del modello giuridico statunitense, si potrebbe rinvenire nel ricorso – volontario – a un terzo quale mero 'mediatore' che aiuti le parti in lite a addivenire ad una transazione con cui le stesse pongano fine alla controversia secondo una soluzione partorita dall'applicazione e interpretazione di un precetto biblico; in tal contesto, a nostro avviso, il precetto religioso potrebbe costituire il *modus* con cui le parti addivengono a reciproche concessioni, pur senza intaccare la causa stessa del contratto di transazione; in tal ottica, mediante la determinazione contrattuale sottoscritta dalle parti e che pone fine alla lite in un modo non tanto di giustizia 'giuridica' quanto più di giustizia 'religiosa', il principio di libertà contrattuale diviene strumento della libertà religiosa. Ma si tratta comunque, anche laddove siffatto rimedio si ritenesse plausibile,

⁵⁴⁸ App. Roma 24 gennaio 1991, in *Giur. it.*, 1991, vol. 1, f. 2, p. 241.

del frutto di una composizione ‘amichevole’ che postula *in primis* il raggiungimento di un accordo tra le parti e non dunque di un atto di decisione eteronoma come tipicamente si configura il lodo arbitrale, come visto, sia rituale che irrituale.

Laddove poi una simile procedura fosse legislativamente introdotta – o giurisprudenzialmente ammessa – non si sottrarrebbero analoghi problemi – se non ulteriori – rispetto a quelli insorti nell’ordinamento statunitense. In particolare, il problema principale si annoderebbe ancora una volta su un profilo di certezza del diritto, principio cardine del nostro ordinamento, nonché di garanzia di imparzialità da parte dell’arbitro e di tutela da ipotesi di decisioni ‘arbitrarie’; non di minor rilievo, sorgerebbe anche qui il problema della ‘contrattualizzazione’ di un diritto fondamentale quale è quello di libertà religiosa, per la circostanza di obbligarsi a deferire la controversia ad un terzo sulla base di un convincimento – quello religioso – che postula un principio di attualità che poco si concilia con gli effetti obbligatori ‘permanententi’ di una disposizione contrattuale.

D’altro canto, al di là dei profili critici che presumibilmente si riscontrerebbero dunque anche nell’ordinamento italiano, nella mera valutazione congetturale di un’analogia iniziativa, non può celarsi la positiva valutazione di opportunità dell’arbitrato cristiano quale strumento che non si riduce – è bene ribadirlo – alla mera volontà di derogare al foro giudiziale e ai suoi caratteri pregiudizievoli – costi, tempistiche, conflittualità, *etc.* – ma persegue un fine più ‘alto’ o – se si vuole – maggiormente etico, che spesso il diritto non conosce.

A nostro avviso dunque, più che rappresentare l’espressione di un atteggiamento di chiusura della comunità religiose – e avvertire il rischio di legittimare una nuova forma di giurisdizione ‘concorrente’ – l’adozione di un

RIFLESSIONI CONCLUSIVE

simile strumento nel nostro ordinamento, con le dovute cautele, consentirebbe di riflettere e investire sulla riscoperta della condivisione di valori religiosi – quelli dei fedeli – che molto spesso si riducono a meri rituali o formalismi; un impegno dunque – secondo una visuale forse un po' troppo utopistica – che potrebbe auspicare a prevenire la litigiosità tipica del foro giudiziale secolare e che consentirebbe alle parti l'espressione della propria libertà religiosa secondo una sfumatura che pur innovativa, altro non sarebbe che la riscoperta di antiche prassi.

Ed è proprio sotto questa riscoperta che riteniamo congruo concludere il presente lavoro, cominciato con un brevissimo – ma doveroso – richiamo all'istituto dell'*episcopalis audientia*, proprio a rimarcare come istituti che parrebbero un *quid novi* altro non sono che la reiterazione di istanze proprie del mondo antico, una dimensione, quest'ultima, che pare rivendicare ancora una volta, nel terreno contemporaneo, il proprio glorioso tempo, come il moto del mare che si ritira per un mero capriccio della luna, salvo poi recuperare con vigore il possesso della riva, che pareva ormai preda di una feroce siccità.

Riferimenti bibliografici

AA.VV. *Commitment to ADR*, in *Negotiation Journal*, vol. 13, n. 1, 1997, pp. 84-84

AA.VV. *The Uniform Arbitration Act*, in *Missouri Law Review*, vol. 48, n. 1, 1983, pp. 137-219

AA.VV. Voce *Bible belt*, in *Encyclopedia of religion in American politics*, a cura di Jeffrey D. Schultz, John G. West e Iain Maclean, Phoenix, Oryx Press, 1999

AHMED, FARRAH - LUK, SENWUNG. *How religious arbitration could enhance personal autonomy*, in *Oxford Journal of Law and Religion*, vol. 1, n. 2, 2012, pp. 424-445

ALESSANDRO NEGRI, *Le Sharia Court in Gran Bretagna. Storia ed evoluzione dei tribunali islamici nel Regno Unito*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale – Rivista telematica*, n. 4, 2018, pp. 1-41

AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION. *Drafting Dispute Resolution Clauses – A Practical Guide*, AAA, Inc., New York, 2013

APPLEGATE, DAVID. *Constitutional law: funding the Free Exercise Clause*, in *University of Florida Journal of Law and Public Policy*, vol. 16, n. 3, 2005, pp. 625-634

ARAGAKI, HIRO N. *The Federal Arbitration Act as procedural reform*, in *New York Law Review*, vol. 89, n. 6, 2014, pp. 1941-2026

AUSTIN, DANIEL J. *How to reconcile the Establishment Clause and standing doctrine in religious display cases with a new coercion test*, in *Mississippi Law Journal*, vol. 83, n. 3, 2014, pp. 605-638

CHRISTIAN ARBITRATION

BACHLE, ANNE E. *How successful is Christian Conciliation?*, in *Quarterly*, vol. 12, n. 2, 1991, pp. 30-31

BAMBSCH, LEE ANN. *The enforceability of arbitration decisions made by Muslim religious tribunals: examining the Beth Din precedent*, in *Journal of Law and Religion*, vol. 25, n. 2, 2010, pp. 379-414

BARCLAY, STEPHANIE H. *The historical origins of judicial religious exemptions*, in *Notre Dame Law Review*, vol. 96, n. 1, 2020, pp. 55-124

BARONE-ADESI, GIORGIO. *L'età della Lex Dei*, Napoli, Jovene, 1992

BARSOTTI, VITTORIA - FIORITA, NICOLA. *Separatismo e laicità: testo e materiali per un confronto tra Stati Uniti e Italia in tema di rapporti stato/chiese*, Torino, Giappichelli, 2008

BERCOT, ETHAN. *Forgetting to weight: the use of history in the Supreme Court's Establishment Clause*, in *Georgetown Law Journal*, vol. 102, n. 3, 2014, pp. 845-880

BIONDI, BIONDO. *Il diritto romano cristiano*, Milano, Giuffrè, 1952

BLACK, COLIN L. *Free Exercise Clause and historic preservation law: suggestions for a more coherent Free Exercise analysis*, in *Tulane Law Review*, vol. 72, n. 5, 1998, pp. 1767-1808

BOOTH, SCOTT A. *Arbitration Law*, in *Suffolk University Law Review*, vol. 43, n. 4, 2010, pp. 1015-1022

BRAUN, MATTHEW E. *The Revised Uniform Arbitration Act*, in *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 18, n. 1, 2002, pp. 237-248

BROKER, TYLER. *Church and state originalism*, in *University of Memphis Law Review*, vol. 50, n. 1, 2019, pp. 1-46

BROWNSTEIN, ALAN. *The religion clauses as mutually reinforcing mandates: why the arguments for rigorously enforcing the Free Exercise*

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Clause and Establishment Clause are stronger when both clauses are taken seriously, in *Cardozo Law Review*, vol. 32, n. 5, 2011, pp. 1701-1730

BROYDE, MICHAEL J. *Sharia tribunals, rabbinical courts, and christian panels. Religious Arbitration in America and the West*, New York, Oxford University Press, 2017

BROYDE, MICHAEL J. - BEDZOW, IRA - PILL, SHLOMO C. *The Pillars of Successful Religious Arbitration: Models for American Islamic Arbitration Based on the Beth Din of America and Muslim Arbitration Tribunal Experience*, in *Harvard Journal on Racial and Ethnic Justice*, vol. 30, 2014, pp. 33-76

BROYDE, MICHAEL J. *Faith-based arbitration evaluated: the policy arguments for and against religious arbitration in America*, in *Journal of Law and Religion*, vol. 33, n. 3, 2018, pp. 340-389.

BROYDE, MICHAEL J. *Historical foundations and enduring fundamentals of American religious freedom*, in *Studies in Christian Ethics*, vol. 33, n. 2, 2020, pp. 156-167

BUTTÀ, GIUSEPPE. *The First Liberty. Politica e religione nell'età della formazione degli Stati Uniti d'America*, in *La libertà religiosa*, a cura di Mario Tedeschi, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2002, pp. 465-476

CAMPBELL BLACK, HENRY. *Black's Law Dictionary*, St. Paul, West Publishing Co., 4th ed., 1968

CARRINGTON, PAUL D. - CASTLE, PAUL Y. *The revocability of contract provisions controlling resolution of future disputes between the parties*, in *Law and Contemporary Problems*, vol. 67, 2004, pp. 207-220

CHADSEY, MARK J. *Thomas Jefferson and the Establishment Clause*, in *Akron Law Review*, vol. 40, n. 4, 2007, pp. 623-646

CHRISTIAN ARBITRATION

CHAUVIN, NOAH C. *Unifying Establishment Clause purpose, standing, and standards*, in *University of Memphis Law Review*, vol. 50, n. 2, 2019, pp. 319-386

CHRISTIAN LEGAL SOCIETY. *About us*, 2021, all'indirizzo <https://www.christianlegalsociety.org/about>

CHRISTIAN LEGAL SOCIETY. *Articles of incorporations*, 1961, p. 2, all'indirizzo https://www.christianlegalsociety.org/sites/default/files/site_pdfs/1.pdf

CHRISTIAN LEGAL SOCIETY. *Exhibit A to Articles of Amendment to the Articles of Incorporation of Christian Legal Society*, 1961, all'indirizzo https://www.christianlegalsociety.org/sites/default/files/site_pdfs/1.pdf

CIMMA, MARIA ROSA. *L'episcopalis audientia nelle costituzioni imperiali da Costantino a Giustiniano*, Torino, Giappichelli, 1992

CLARK, J. MORRIS. *Guidelines for the Free Exercise Clause*, in *Harvard Law Review*, vol. 83, n. 2, 1969, pp. 327-365

COHEN, ANDREW D. *How the Establishment Clause can influence substantive due process: adultery bans after Lawrence*, in *Fordham Law Review*, vol. 79, n. 2, 2010, pp. 605-648

COHEN, MATHILDE. *When judges have reasons not to give reasons: a comparative law approach*, in *Washington and Lee Law Review*, vol. 72, n. 2, pp. 483-571

CORKERY, MICHAEL - SILVER-GREENBERG, JESSICA. *In religious arbitration, Scripture is the rule of law*, in *The New York Times*, 2 novembre 2015

CRIFÒ, GIULIANO. *Sul carattere cristiano della legislazione costantiniana*, in *Anabases*, vol. 12, 2010, pp. 119-125.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

CROY, SKYLAR REESE. *In God we trust (unless we change our mind): how state of mind relates to religious arbitration*, in *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, vol. 20, n. 1, pp. 120-147

CUENA BOY, FRANCISCO. *Juliano el Apóstata y la episcopalis audientia*, in *Vergentis*, vol. 1, n. 4, 2017

D'ANGELO, GIUSEPPE. *Libertà religiosa e diritto giurisprudenziale: l'esperienza statunitense*, Torino, Giappichelli, 2015

DAVID B. LIPSKY, *The New York Times' attack on arbitration*, in *Dispute Resolution Magazine*, vol. 22, n. 4, 2016, pp. 6-10

DAVID HORTON, *Unconscionability wars*, in *Northwestern University Law Review*, vol. 106, n. 1, 2012, spec. pp. 387-408.

DAVIS, BENJAMIN G. *Pathological clauses: Frédéric Eisemann's still vital criteria*, in *Arbitration International*, vol. 7, n. 4, 1991, 365-388

DE MICHELI, VALENTINA. *La libertà religiosa negli Stati Uniti d'America bloccata dal principio di separazione dei poteri e dalla "establishment clause"*, in *Dir. eccl.*, vol. 109, f. 4, 1998, pp. 577-605

DUNHAM, ALLISON. *A history of the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, in *Law and Contemporary Problems*, vol. 30, n. 2, 1965, pp. 233-249

EDDIE, LAM. *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v Smith: the limits of the Free Exercise Clause*, in *Thurgood Marshall Law Review*, vol. 16, n. 2, 1991, pp. 378-397

EISEMANN, FRÉDÉRIC. *La clause d'arbitrage pathologique*, in *Arbitrage commercial: essais in memoriam Eugenio Minoli*, Torino, UTET, 1974, pp. 129-161

CHRISTIAN ARBITRATION

ENGLARD, IZHAK. *Law, religion, and the rule of law from a normative-positivistic perspective*, in *Journal of Law, Religion and State*, vol. 5, n. 3, 2017, pp. 175-184

ERIN SISSON, *The future of sharia law in American arbitration*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 48, n. 2, 2015, pp. 891-920.

FARKAS, BRIAN. *The continuing voice of dissent: Justice Thomas and the Federal Arbitration Act*, in *Harvard Negotiation Law Review*, vol. 22, 2016, pp. 33-76

FARNSWORTH, EDWARD ALLAN. *An introduction to the legal system of the United States*, New York, Oceana, 1996

FEDERICA SONA, *Giustizia religiosa e islam. Il caso degli Sharī'ah Councils nel Regno Unito*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale – Rivista telematica*, n. 34, 2017, pp. 1-25

FELDMAN, NOAH. *From liberty to equality: the transformation of the Establishment Clause*, in *California Law Review*, vol. 90, n. 3, 2002, pp. 673-731

FESTI, FIORENZO. *L'arbitrato di equità*, in *Contratto e impresa*, a. 22, 2006, pp. 141-165

FIORITA, NICOLA. *Tribunali religiosi e diritti dello Stato: un'analisi comparativa e qualche indicazione*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2020, pp. 221-239

Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, a cura di Emmanuel Gaillard - John Savag The Hague, Kluwer Law International, 1999, pp. 262-268

FRIED, GINNINE. *The collision of church and state: a primer to Beth Din arbitration and the New York secular courts*, in *Fordham Urban Law Journal*, vol. 31, n. 2, 2004, pp. 633-656

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

FRIEDMAN, LAWRENCE M. *Storia del diritto americano*, trad. it. a cura di Guido Alpa, Michele Marchesiello e Giorgio Rebuffa, Milano, Giuffrè, 1995

GALASSINI, D'ELIA SARA - CRECCHI, LUCA. *Posta elettronica certificata: caratteristiche della soluzione italiana*, in *Il Documento Digitale*, vol. 3, 2014, pp. 47-49

GEDICKS, FREDERICK MARK. *Incorporation of the Establishment Clause against the states: a logical, textual, and historical account*, in *Indiana Law Journal*, vol. 88, n. 2, 2013, pp. 669-722

GENTILE, EMILIO. *La democrazia di Dio. La religione americana nell'era dell'impero e del terrore*, Roma – Bari, Laterza, 2015

GETCHELL JR., E. DUNCAN - BRADY, MICHAEL H. *How the Constitutions of the thirty-seven States in effect when the Fourteenth Amendment was adopted demonstrate that the governmental endorsement test in Establishment Clause jurisprudence is contrary to American history and tradition*, in *Texas Review of Law and Politics*, vol. 17, n. 1, 2012, pp. 125-184

GISMONDI, PIETRO. *Commento a sentenza 17 giugno 1963 Corte Suprema degli Stati Uniti d'America – Casi Abington School District v. Schempp e Murray v. Curlett*, in *Foro it.*, vol. 87, n. 1, 1964, pp. 9-21

GREENDA, CHRISTOPHER S. *Giving up on the founding: the separation of church and state and the writing of Establishment Clause history*, in *Politics and Religion*, vol. 6, 2013, pp. 402-434

HEINSZ, TIMOTHY J. *The Revised Uniform Arbitration Act: modernizing, revising, and clarifying arbitration law*, in *Journal of Dispute Resolution*, vol. 2001, n. 1, 2001, pp. 1-66

HEINSZ, TIMOTHY J. *The Uniform Arbitration Act: introduction*, in *Journal of Dispute Resolution*, vol. 2001, n. 2, 2001, pp. 385-386

CHRISTIAN ARBITRATION

HELFAND, MICHAEL A. - RICHMAN, BARAK D. *The challenge of co-religionist commerce*, in *Duke Law Journal*, vol. 64, n. 5, 2015, pp. 779-822.

HELFAND, MICHAEL A. *Arbitration's counter-narrative: the religious arbitration paradigm*, in *Yale Law Journal*, vol. 124, n. 8, 2015, pp. 2994-3051

HELFAND, MICHAEL A. *Litigating religion*, in *Boston University Law Review*, vol. 93, 2013, p. 493-562

HELFAND, MICHAEL A. *Religious arbitration and the new multiculturalism: negotiating conflicting legal orders*, in *New York University Law Review*, vol. 86, n. 5, 2011, pp. 1231-1305

HELFAND, MICHAEL A. *The future of religious arbitration in the United States: looking through a pluralist lens*, in *The Oxford Legal Handbook on Global Legal Pluralism*, New York, Oxford University Press, 2020, pp. 901-928

HESBECK, CARL H. *Uses and abuses of textualism and originalism in Establishment Clause interpretation*, in *Utah Law Review*, vol. 2011, n. 2, 2011, pp 489-624

HOELLERING, MICHAEL F. *Arbitrability of disputes*, in *The Business Lawyer*, vol. 41, n. 1, 1985, pp. 125-144

HOLLAND, EMILY. *Blending Scripture and Law: The Lack of Christian Law and the Dangers It Presents in Christian Arbitration*, in *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, vol. 20, n. 2, 2020, pp. 209-226

HOLTZ, NANCY. *Beware the midnight clause: hold the champagne?*, in *JAMS*, 19 febbraio 2016, all'indirizzo <https://www.jdsupra.com/post/contentViewerEmbed.aspx?fid=c85b1a9b-29b0-459a-82d9-a98a7e07ed94>

HUTLER, BRIAN. *Against the Political Use of Religious Exemptions*, in *Philosophy & Public Affairs*, vol. 47, n. 3, 2019, pp. 319-342

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

HUTLER, BRIAN. *Religious arbitration and the Establishment Clause*, in *Ohio Journal of Dispute Resolution*, vol. 33, n. 3, pp. 337-372.

ICC PEACE, LLC - INSTITUTE FOR CHRISTIAN CONCILIATION. *Guidelines for Christian Conciliation*, Escondido, 2021

IDES, ALLAN. *The text of the Free Exercise Clause as a measure of Employment Division v. Smith and the Religious Freedom Restoration Act*, in *Washington and Lee Law Review*, vol. 51, n. 1, 1994, pp. 135-156

ISAACSON WOOLLEY, ASHLEY. Voce *United States*, in *Encyclopedia of law and religion*, a cura di Gerhard Robbers e W. Cole Durham Jr., Leiden – Boston, Brill – Nijhoff, vol. 2, 2016, pp. 229-251

JELLEN, TED G. *The Constitutional basis of religious pluralism in the United States: causes and consequences*, in *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 612, 2007, pp. 26-41

JESSIE BRECHIN, *A study of the use of sharia law in religious arbitration in the United Kingdom and the concerns that this raises for human rights*, in *Ecclesiastical Law Society*, n. 15, 2013, pp. 293-315.

JILL RICHEY RAYBURN, *Neighborhood justice centers: community use of ADR – Does it really work?*, in *University of Memphis Law Review*, vol. 26, n. 3, 1996, pp. 1197-1228

JONATHAN A. MARCANTEL, *The crumbled difference between legal and illegal arbitration awards: hall street associates and the waning public policy exception*, in *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, vol. 14, n. 3, pp. 597-638

KARBOWSKI PATRICK A. *The Free Exercise Clause and unemployment compensation for religious converts*, in *The Wayne Law Review*, vol. 33, n. 1, pp. 159-178

KARRER, PIERRE A. *Pathological arbitration clauses – Malpractice, diagnosis and therapy*, in *The International Practice of Law. Liber amicorum*

for Thomas Bar and Robert Karrer, a cura di Nedim Peter Vogt, Helbing Lichtenhahn, Basel, 1997, pp. 109-128

KEEGAN, JUDITH M. *The peacemakers: biblical conflict resolution and reconciliation as a model alternative to litigation*, in *Missouri Journal of Dispute Resolution*, vol. 1987, 1987, pp. 11-25

KELBLEY, CHARLES. *Modeling Church and State: the ideological use of history in Establishment Clause jurisprudence*, in *Ohio Northern University Law Review*, vol. 38, n. 2, 2012, pp. 639-700

KIDD, THOMAS S. *God of liberty: a religious history of the American revolution*, New York, Basic, 2010

KROTOSZYNSKI JR., RONALD J. *The Apostle, Mr. Justice Jackson, and the "Pathological Perspective" of the Free Exercise Clause*, in *Washington and Lee Law Review*, vol. 65, n. 3, 2008, pp. 1071-1090

LEONARDO CAPRARA, *La rilevanza civile della giurisdizione religiosa*, Milano, EDUcatt, 2020

LEROY, MICHAEL H. *Are arbitrators above the law? The 'manifest disregard of the law' standard*, in *Boston College Law Review*, vol. 52, n. 1, 2011, pp. 137-187

LESSER, WILLIAM. *American business regulation: understand, survive and thrive*, New York, Taylor & Francis, 2015

LIPKA, MICHAEL. *Half of Americans say Bible should influence U.S. laws, including 28% who favor it over the will of the people*, in *Pew Research Center – Short read*, 13 aprile 2020, all'indirizzo <https://www.pewresearch.org/fact-tank/2020/04/13/half-of-americans-say-bible-should-influence-u-s-laws-including-28-who-favor-it-over-the-will-of-the-people/>

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

MALOY, RICHARD H. W. *Public policy – Who should make it in America’s oligarchy*, in *Detroit College of Law at Michigan State University Law Review*, vol. 1998, n. 4, 1998, pp. 1147-1206

MCCABE, JOHN. M. *Uniformity in ADR: thoughts on the Uniform Arbitration Act and Uniform Mediation Act*, in *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, vol. 3, n. 3, 2003, pp. 317-322

MCCLAIN, AARON. *Green Tree Financial Corp.-Alabama v. Randolph*, in *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 17, n. 1, 2001, pp. 229-238.

MCCONNELL, MICHAEL W. *Free Exercise revisionism and the Smith decision*, in *University of Chicago Law Review*, vol. 57, n. 4, 1990, pp. 1109-1154

MCLEAN, DAVID J. - WILSON, SEAN-PATRICK. *FAA applicability to med-arb agreements*, in *New York Law Journal*, vol. 240, n. 8, 2008, pp. 1-2

MERKIN, NICHOLAS. *Getting rid of sinners may be expensive: a suggested approach to torts related to religious shunning under the Free Exercise Clause*, in *Columbia Journal of Law and Social Problems*, vol. 34, n. 4, pp. 369-404

MEYERSON, MICHAEL I. *The original meaning of God: using the language of the framing generation to create a coherent Establishment Clause jurisprudence*, in *Marquette Law Review*, vol. 98, n. 3, 2015, pp. 1035-1102

MORRISON, KRISTINA L. *A misstep in U.S. arbitral law: a call for change in the enforcement of nondomestic arbitral awards*, in *Tort Trial & Insurance Practice Law Journal*, vol. 46, n. 3-4, pp. 803-828

MORTEN, FRANK. *Interpretation of pathological arbitration agreements: non-existing and Inaccessible Elements*, in *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, vol. 20, n. 3, 2020, pp. 298-343

CHRISTIAN ARBITRATION

MUSTIN, MICHAEL J. *Arbitration: history and background*, in *Journal of International Arbitration*, vol. 6, n. 2, 1989, pp. 43-56

OLIVIER HUCK. *A propos de CTh 1,27,1 et CSirm 1: sur deux textes controversés relatifs à l'episcopalis audientia constantinienne*, in *ZRG*, vol. 120, 2003, pp. 78-105

OVERBY, ALISON B. *Arbitrability of disputes under the Federal Arbitration Act*, in *Iowa Law Review*, vol. 71, n. 4, pp. 1137-1160

PAVETTI, FRANCIS J. *Why the states should enact the Revised Uniform Arbitration Act*, in *Pepperdine Dispute Resolution Law*, vol. 3, n. 3, 2003, pp. 443-448

PEW RESEARCH CENTER. *In U.S., Decline of Christianity Continues at Rapid Pace. An update on America's changing religious landscape*, Washington, www.pewresearchcenter.org, 2019, p. 1-26

PHILIP MUNOZ, VINCENT. *The original meaning of the Free Exercise Clause: the evidence from the First Congress*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 31, n. 3, 2008, pp. 1083-1120

PROUSER, RACHEL. *Elk Grove Unified School District v. Newdow*, in *Journal of Gender, Social Policy & the Law*, vol. 13, n. 1, 2005, pp. 235-249

RINOLFI, CRISTIANA M.A. *Episcopalis audientia e arbitrato*, in *Diritto@storia*, 8, 2009

RITTER, KATHLEEN. *We are not struck with blindness: the Establishment Clause and religiously motivated State preemption of municipal non-discrimination Law*, in *Columbia Journal of Gender and Law*, vol. 39, n. 1, 2020, pp. 205-250

ROBL, CHARITY. *Recent developments. Circuit City Stores, Inc. v. Adams*, in *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 17, n. 1, 2001, pp. 219-228

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

SAMRA, HAROUT J. - RAMACHANDERAN, RAMYA. *A Cure for Every Ill? Remedies for "Pathological" Arbitration Clauses*, in *University of Miami Law Review*, vol. 74, n. 4, 2020, pp. 1110-1123

SANDBERG, HAYA. *Dilemmas of civil tribunals in formulating their positions towards religious tribunals*, in *Journal of Law, Religion and State*, vol. 5, n. 3, 2017, pp. 214-253

SHERMAN, FREDERICK E. - BENNETT, STEVEN C. *Avoiding Pathological Arbitration Clauses*, in *The Practical Lawyer*, Vol. 52, n. 4, 2006, pp. 43-50

SHERWOOD STEVE. voce *Christian Legal Aid*, in *Encyclopedia of Christianity in the United States*, a cura di George Thomas Kurian - Mark A. Lamport, Lanham, Rowman & Littlefield, vol. 5, 2016

SHIMABUKURO, JON O. - STAMAN, JENNIFER A. *Mandatory arbitration and the Federal Arbitration Act*, in *CSR Report – Congressional Research Service*, Washington, CRS, 2017

SHIPPEE, R. SETH. *Blessed are the peacemakers: faith-based approaches to dispute resolution*, in *ILSA Journal of International & Comparative Law*, vol. 9, n. 1, 2002, pp. 237-255

SILVERMAN, SHAI. *Before the Godly: Religious Arbitration and the U.S. Legal System*, in *Drake Law Review*, vol. 65, n. 3, 2017, pp. 719-780

SINGH, SUKHSIMRANJIT. *Religious Arbitration and Its Struggles with American Law & Judicial Review*, in *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, vol. 16, n. 3, 2016, p. 360-406

SPARKS, KENT. *The new Establishment Clause: The Risks of Elevating Historical Practices above legal principles*, in *Indonesian Journal of International & Comparative Law*, vol. 2, n. 2, 2015, pp. 369-422

STANLEY, MICHAEL R. *U.S. Supreme Court continues to define contours of arbitration under FAA*, in *Massachusetts Lawyers Weekly*, 2019,

all'indirizzo www.masslawyersweekly.com/2019/01/31/u-s-supreme-court-continues-to-define-contours-of-arbitration-under-faa/

STEIN, ROBERT A. *Forming a more perfect union: a history of the Uniform Law Commission*, Charlottesville, Matthew Bender & Company, 2013

STEINBERG, DAVIDE E. *Thomas Jefferson's Establishment Clause federalism*, in *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol. 40, n. 2, 2013, pp. 277-318

STRICKLAND, HENRY C. *The Federal Arbitration Act's interstate commerce requirements: what's left for state arbitration law?*, in *Hofstra Law Review*, vol. 21, n. 2, 1992, pp. 385-460

STUART, MICHELLE L. *The Religious Freedom Restoration Act of 1993: restoring religious freedom after the destruction of the Free Exercise Clause*, in *University of Dayton Law Review*, vol. 20, n. 1, 1994, pp. 383-424

TIRONE, REGAN B. *Locke v. Davey: an even narrower interpretation of the Free Exercise Clause: what next*, in *Northern Kentucky Law Review*, vol. 32, n. 2, 2005, pp. 425-448

TOWNSEND, JOHN M. *Drafting arbitration clauses: avoiding the 7 deadly sins*, in *Dispute Resolution Journal*, vol. 58, n. 1, pp. 1-7

VALENTINI, VALENTINA. *Gli Stati Uniti e la religione. Separatismo e libertà religiosa nella democrazia americana*, Milano, Cedam, 2010

VISMARA, GIULIO. *Episcopalis audientia. L'attività giurisdizionale del vescovo per la risoluzione delle controversie private tra laici nel diritto romano e nella storia del diritto italiano fino al secolo nono*, Milano, Vita e Pensiero, 1937

WADDEL, GLENN G. - KEEGAN, JUDITH M. *Christian conciliation: an alternative to "ordinary" ADR*, in *Cumberland Law Review*, vol. 29, n. 3, 1999, pp. 583-613

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

WALTER, NICHOLAS. *Religious arbitration in the United States and Canada*, in *Santa Clara Law Review*, vol. 52, n. 2, 2012, pp. 501-570

WHITE, SUZANNE E. *Operation restoration: the delicate dance of Christian conciliation*, in *ADR & the Law*, a cura di American Arbitration Association, New York, Juris Publishing, 2008, pp. 83-110

WIGNER, PRESTON DOUGLAS. *The United States Supreme Court's expansive approach to the Federal Arbitration Act: a look at the past, present, and future of section 2*, in *University of Richmond Law Review*, vol. 29, n. 5, 1995, pp. 1499-1552

WILSKE, STEPHAN. *The Global Competition for the Best Place of Arbitration for International Arbitrations – A More or Less Biased Review of the Usual Suspects and Recent Newcomer*, in *Contemporary Asia Arbitration Journal*, vol. 1, n. 1, 2008, pp. 21-66

WINSHIP, PETER. *The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws and the international unification of private law*, in *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol. 13, n. 2, 1992, pp. 228-285

WOLFE, CARYN LITTE. *Faith-based arbitration: friend or foe? An evaluation of religious arbitration systems and their interaction with secular courts*, in *Fordham Law Review*, vol. 75, n. 1, 2006, pp. 427-470

WOOD JR., JAMES E. *Abridging the Free Exercise Clause*, in *Journal of Church and State*, vol. 32, n. 4, 1990, pp. 741-752

ZARRA, GIOVANNI. *Il principio del favor arbitrati e le convenzioni arbitrali patologiche nei contratti commerciali internazionali*, in *Rivista dell'Arbitrato*, a. 25, f. 1, 2015, pp. 135-154

Elenco delle decisioni citate

Advanced Bodycare Sols., LLC v. Thione Int'l, Inc., 524 F.3d 1235 (11th Cir. 2008)

Advest, Inc. v. McCarthy, 914 F.2d 6 (1st Cir. 1990)

Allied Adjustment Serv. v. Heney, 125 N.H. 698 (N.H. 1984)

Allied-Bruce Terminix Cos. v. Dobson, 513 U.S. 265 (1995)

American Legion v. American Humanist Ass'n, No. 17-1717 (U.S. Jun. 20, 2019)

Beeson v. Erickson, 917 P.2d 901 (Kan. Ct. App. 1996)

Caley v. Gulfstream Aerospace Corp., 428 F.3d 1359 (11th Cir. 2005)

Cantwell v. Connecticut, 310 U.S. 296 (1940)

Cecala v. Moore, 982 F. Supp. 609 (N.D. Ill. 1997)

Circuit City Stores, Inc. v. Adams, 532 U.S. 105 (2001)

City of Boerne v. Flores, 521 U.S. 507 (1997)

Dean Witter Reynolds, Inc. v. Byrd, 470 U.S. 213 (1985)

Doctor's Associates, Inc. v. Casarotto, 517 U.S. 681 (1996)

Easterly v. Heritage Christian Schools, No. 08-1714 (USDC S.D. Ind. Aug. 26, 2009), non pubblicata nei registri ufficiali e reperibile all'indirizzo www.govinfo.gov/content/pkg/USCOURTS-insd-1_08-cv-01714/pdf/USCOURTS-insd-1_08-cv-01714-0.pdf

Elk Grove Unified School District v. Newdow, 542 U.S. 1 (2004)

DECISIONI CITATE

Employment Div. v. Smith, 494 U.S. 872, 110 S. Ct. 1595 (1990)

Encore Productions, Inc. v. Promise Keepers, 53 F. Supp. 2d 1101 (D. Colo. 1999)

Engel v. Vitale, 370 U.S. 421 (1962)

Evanston Ins. Co. v. Cogswell Props., LLC, No. 10-2075 (6th Cir. 2012)

Everson v. Board of Education, 330 U.S. 1 (1947)

Fit Tech, Inc. v. Bally Total Fitness Holding Corp., 374 F.3d 1, 7 (1st Cir. 2004)

Galen v. Redfin Corp., Case No. 14-cv-05229-TEH (N.D. Cal. Dec. 1, 2015), non pubblicata nei registri ufficiali e reperibile all'indirizzo www.casetext.com/case/galen-v-redfin-corp-2

Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp., 500 U.S. 20 (1991)

Hall Street Associates, L.L.C. v. Mattel, Inc., 552 U.S. 576 (2008)

Hurd v. Hodge, 334 U.S. 24 (1948)

In re December Nine Co., 225 S.W.3d 693 (Tex. App. 2006)

Kasmer v. Guardianship of Limner, 697 So.2d 220 (Fla. 3d DCA 1997)

Kondrat'yev v. City of Pensacola, 903 F.3d 1169 (11th Cir. 2018)

Kyer v. Teen Challenge of Florida, Inc., No. 8:07-cv-1824-T-23-TBM (M.D. Fla. Apr. 24, 2008), non pubblicata nei registri ufficiali e reperibile all'indirizzo www.casetext.com/case/kyer-v-teen-challenge-of-florida

Lamb's Chapel v. Ctr. Moriches Union Free Sch. Dist., 508 U.S. 384 (1993)

Lehman Props. v. Constr. Co., Inc., 81 Ark. App. 104 (2003)

Lemon v. Kurtzman, 403 U.S. 602, 91 S. Ct. 2105 (1971).

CHRISTIAN ARBITRATION

Lynch v. Donnelly, 465 U.S. 668 (1984)

Maynard v. Valley Christian Acad., Inc, No. 5:16-CV-01889 (N.D. Ohio Aug. 21, 2017), non pubblicata nei registri ufficiali e reperibile all'indirizzo www.govinfo.gov/content/pkg/USCOURTS-ohnd-5_16-cv-01889/pdf/USCOURTS-ohnd-5_16-cv-01889-0.pdf

Miller v. Cotter, 448 Mass. 671 (2007), p. 679.

Mitsubishi Motors v. Soler Chrysler-Plymouth, 473 U.S. 614 (1985)

Moses H. Cone Memorial Hospital v. Mercury Construction Corp., 460 U.S. 1 (1983)

Parnell v. Cashcall, Inc., 181 F. Supp. 3d 1025 (N.D. Ga. 2016)

Prescott v. Northlake Christian School, 244 F. Supp. 2d 659 (E.D. La. 2002)

R.J. Palmer Constr. v. Wichita Band Instrument, 7 Kan. App. 2 (1982)

Red Cross Line v. Atlantic Fruit Co., 264 U.S. 109 (1924)

Reynolds v. United States, 98 U.S. 145 (1878)

Schneider v. State, 308 U.S. 147 (1939)

Sherbert v. Verner, 374 U.S. 398 (1963)

Southland Corp. v. Keating, 465 U.S. 1 (1984)

Spivey v. Teen Challenge of Fla., Inc., 122 So. 3d 986 (Fla. Dist. Ct. App. 2013).

Steelworkers v. American Mfg. Co., 363 U.S. 564 (1960)

Sweezy v. New Hampshire, 354 U.S. 234 (1957)

The Woodlands v. Weibust, No. 09-10-00010-CV (Tex. App. Oct. 7, 2010), non pubblicata nei registri ufficiali e reperibile all'indirizzo www.casetext.com/case/the-woodlands-v-weibust

DECISIONI CITATE

Volt Inf. Sciences v. Stanford Univ., 489 U.S. 468 (1989)

Webster v. A.T. Kearney, Inc., 507 F.3d 568 (7th Cir. 2007)

Wilko v. Swan, 346 U.S. 427 (1953)

CHRISTIAN ARBITRATION