
INDICE

Introduzione	1
--------------	---

CAPITOLO I

La cessione del contratto

1. Premessa introduttiva.	5
2. La cessione del contratto nell'ordinamento italiano.	5
3. Funzione ed effetti della cessione del contratto.	9
4. Il consenso del cessionario.	15
5. L'oggetto della cessione.	20
6. Conclusioni.	21

CAPITOLO II

L'arbitrato e la clausola compromissoria

1. Premessa introduttiva.	25
2. Arbitrato: profili generali.	26
3. Arbitrato e autonomia privata.	
3.1. Le ragioni del ricorso all'arbitrato.	28
3.2. Le controversie arbitrabili e i poteri degli arbitri.	31
4. Natura e autonomia della clausola compromissoria.	
4.1. Introduzione ai problemi.	41
4.2. Autonomia strutturale e funzionale della clausola compromissoria.	43
4.3. La rilevanza della clausola compromissoria nell'economia complessiva del contratto.	48
5. Conclusioni.	53

CAPITOLO III

Le vicende circolatorie della clausola compromissoria nella cessione del contratto.

1. Premessa introduttiva.	55
2. La cessione del contratto con clausola compromissoria.	
2.1. Il trasferimento automatico della clausola compromissoria nella circolazione dei contratti.	56
2.2. L'eccezione derivante dalla clausola come eccezione non personale e quindi trasferibile.	59
2.3. (segue) Le ragioni del trasferimento dell'eccezione.	62
2.4. Il trasferimento automatico della clausola attributiva dell'eccezione nel sistema generale: l'indebolimento della posizione del ceduto.	63
2.5. Il trasferimento automatico della clausola attributiva dell'eccezione nel sistema generale: la coerenza rispetto alla cessione del credito.	66
2.6. Il contenuto della clausola: profili problematici.	67

2.7.	L'interpretazione della clausola compromissoria dopo la cessione del contratto.	71
2.8.	La clausola e i rapporti esauriti al momento della cessione.	73
3.	La cessione del contratto in caso di controversia.	
3.1.	L'eccepibilità della clausola da parte del cessionario.	75
3.2.	L'intervento nel processo arbitrale.	78
3.3.	La pendenza del procedimento arbitrale.	81
3.4.	Il problema dell'imparzialità del collegio.	84
3.5.	Gli effetti del lodo sul cessionario.	89
4.	Conclusioni.	90

CAPITOLO IV

Collegamento negoziale e arbitrato

1.	Premessa introduttiva.	93
2.	Il collegamento negoziale.	93
3.	La devoluzione in arbitrato di rapporti collegati.	98
4.	Conclusioni.	102

CAPITOLO V

Brevi cenni sulla clausola compromissoria nella transazione e nel negozio di accertamento

1.	Premessa introduttiva.	107
2.	Clausola compromissoria e transazione.	108
3.	Clausola compromissoria e negozio di accertamento.	
3.1.	Il negozio di accertamento.	113
3.2.	Il negozio di accertamento come istituto di rilievo processuale.	118
4.	Conclusioni.	122
	Indice bibliografico	124
	Riferimenti giurisprudenziali	135

Introduzione

Il presente lavoro ha l'obiettivo di analizzare le vicende circolatorie della clausola compromissoria in conseguenza della cessione del contratto.

La problematica relativa alla sorte dell'accordo dei compromittenti a seguito delle vicende circolatorie del contratto in cui è inserito è stata oggetto di particolare approfondimento da parte della dottrina soprattutto negli anni successivi alla seconda riforma dell'istituto dell'arbitrato rituale, avvenuta con la l. n. 25 del 1994. Novella di portata generale, che non si è limitata a modificare ed integrare le specifiche norme previste nel Titolo VIII del Libro Quarto del c.p.c., ma ha anche inciso, sia pure in modo limitato, su altre norme sostanziali e processuali, ed ha consacrato a livello di definizione normativa l'autonomia della clausola compromissoria rispetto al contratto cui accede.

L'interesse al tema è strettamente legato alla considerazione che l'autonomia della clausola è stata confermata, nell'attuale ultimo comma dell'articolo 808 cod. proc. civ., dall'ultima riforma complessiva della disciplina dell'arbitrato, avvenuta con D.lgs. n. 40 del 2006.

L'attualità del problema deriva poi dal mai cessato dibattito circa l'automaticità o meno della circolazione di tale clausola per effetto della cessione del contratto in cui essa sia eventualmente inserita.

Con maggiore impegno espositivo, si discute se la successione nel patto compromissorio consegua quale effetto, in *re ipsa*, del trasferimento nell'intera posizione giuridica derivante dal contratto ceduto, ovvero se, ai fini dell'efficacia del vincolo di devoluzione in arbitri, occorra un'apposita manifestazione di volontà¹.

Sul punto non vi è un'opinione del tutto pacifica nella dottrina né una soluzione consolidata nella giurisprudenza. Dall'analisi del materiale

¹ L'opzione interpretativa secondo la quale a seguito della cessione del contratto la clausola compromissoria non è efficace se non espressamente sottoscritta dal cessionario finisce sostanzialmente per equiparare la clausola compromissoria ad una clausola vessatoria, limitando fortemente la circolazione del patto compromissorio e quindi il ricorso alla giustizia arbitrale.

giurisprudenziale emerge, in particolare, come gli indirizzi pretori siano oscillanti e spesso influenzati dagli orientamenti in materia di cessione del credito².

Poste tali premesse appare quanto mai opportuno uno studio che tenda ad isolare la materia della cessione del contratto e valorizzarne l'autonomia normativa per arrivare così ad una soluzione della problematica annunciata che tenga conto dei caratteri di specialità di tale istituto.

L'analisi che segue è pertanto svolta tenendo presente l'importanza di una interpretazione complessiva dell'operazione economica complessivamente posta in essere con la cessione contrattuale, che metta in evidenza il valore funzionale della clausola in tale contesto così globalmente considerato.

Si tratta perciò di un'indagine da cui, da un lato, emergono i tratti caratterizzanti la fattispecie di cui agli artt. 1406 e ss. del cod. civ. e, dall'altro lato, si osservano le vicende circolatorie del contratto c.d. principale alla luce del collegamento negoziale tra i due atti di autonomia – contratto principale e clausola compromissoria.

Il tema è inoltre affrontato con l'intento di coniugare la particolarità del contratto di cessione con il necessario fondamento consensualistico dell'accordo sul conferimento della *potestas iudicandi* ai giudici privati. Detto in altri termini, partendo dall'assunto che la cessione realizza un particolare fenomeno di continuazione nella posizione giuridica del cedente³, si vaglierà la possibilità che la clausola compromissoria venga trasmessa automaticamente con il contratto principale.

² Occorre tuttavia evidenziare che il riferimento agli arresti in materia di cessione del credito non offre delle soluzioni sempre appaganti, soprattutto dal punto di vista logico. Qualora si ritenesse che alla cessione del credito segua l'automatico trasferimento della clausola a maggior ragione lo stesso fenomeno dovrebbe verificarsi in ipotesi di cessione del contratto. Ciò in considerazione del fatto che la cessione del contratto costituisce una fattispecie più ampia di trasferimento, tale da abbracciare tutte le posizioni precedentemente spettanti in capo all'originario contraente e non la sola posizione creditoria o debitoria. La giurisprudenza ha tuttavia mostrato di non seguire sempre questa logica ed ha anche affermato che nonostante il trasferimento avvenga automaticamente in ipotesi di cessione del credito ciò non comporta che la stessa automaticità si verifichi in ipotesi di cessione dell'intera posizione contrattuale. Si veda in tal senso la nota n. 143.

³ Della disciplina della cessione del contratto si valorizzerà in particolare il dato della cessione dell'intera posizione contrattuale. Valorizzando il fatto che la cessione del contratto dà luogo a conseguenze più ampie rispetto ad una mera successione nei diritti ed obblighi che derivano con immediatezza dal regolamento contrattuale e realizzano il trasferimento di prestazioni isolate.

A tal fine si cercherà di valorizzare la clausola quale elemento pregnante all'interno dell'intera posizione negoziale ceduta, pur rispettandone il carattere di autonomia ad esso riconosciuto dal legislatore.

Per raggiungere tale risultato l'analisi procederà mettendo in primo luogo in luce "l'esatta" qualificazione del concetto di autonomia della clausola compromissoria, in modo da far emergere la *ratio* ad essa sottesa⁴.

Secondariamente, si metterà in evidenza l'utilità di salvaguardare il patto compromissorio, non solo al fine di assicurare quelle esigenze pratiche di certezza e semplificazione dei rapporti giuridici che la devoluzione in arbitri mira a garantire⁵, ma anche al fine di non aggravare ingiustificatamente la posizione del ceduto a seguito del negozio di cessione, alterando così le eccezioni che questi poteva rivolgere all'originaria controparte contrattuale.

Sebbene non sia trascurata l'indagine relativa alla estensibilità ai terzi della clausola compromissoria, l'analisi è prevalentemente condotta valorizzando la funzione della devoluzione in arbitrato rispetto all'economia complessiva dell'affare⁶.

Le problematiche relative ai terzi ed il patto arbitrale, ampiamente indagate dalla letteratura, rimangono pertanto sullo sfondo, nell'ambito di uno studio

⁴ Le soluzioni proposte in passato non sono infatti sempre soddisfacenti poiché sembrano per lo più limitarsi ad un tratteggio richiamo all'autonomia della clausola compromissoria, per poi affermare apoditticamente la necessità di un'ulteriore e specifica manifestazione di volontà ai fini del suo trasferimento. Sarebbe dunque, secondo questa impostazione, imprescindibile, ai fini dell'estensione dell'efficacia del vincolo compromissorio nei confronti di soggetti diversi da quelli che l'hanno posta in essere nel contratto c.d. principale, la rinnovazione del patto compromissorio con una statuizione *ad hoc*, ulteriore e distinta rispetto al contratto di cessione.

Rileva però sottolineare che, nel sostenere tale tesi, non venga però mai specificato o qualificato il fenomeno, ed i suoi meccanismi operativi, né alla luce dei principi generali in tema di cessione del contratto, né sulla base degli eventuali spazi o limiti di operatività verso i terzi dell'accordo compromissorio, e neppure alla luce della particolare natura giuridica del rapporto nascente dalla clausola compromissoria o della rilevanza che venga ad assumere l'accordo dei compromittenti nelle vicende circolatorie del contratto cui è riferito.

⁵ Nella letteratura di stampo economico-giuridico emerge infatti come le ragioni del ricorso delle imprese alla giustizia arbitrale siano legate ad esigenze di efficienza gestoria e pertanto appaia in linea con le tendenze dell'impresa moderna, soprattutto con caratteri di internazionalità, valorizzare la scelta arbitrale all'interno dell'operazione economica.

⁶ L'indagine circa il significato da attribuire all'autonomia della clausola è infatti condotta mediante un confronto tra il valore causale della clausola e la funzione economico giuridica del contratto a cui si riferisce. Ciò allo scopo di verificare come la natura negoziale autonoma della clausola, ed il rapporto giuridico da essa derivato, si pongano rispetto alla disciplina delle eccezioni prevista dal legislatore nell'ambito della disciplina della cessione del contratto.

precipuamente dedicato ad evidenziare i rapporti normativi e strutturali tra la clausola compromissoria e negozio di cessione del contratto.

Nella parte finale dello studio, al fine di valorizzare le peculiarità proprie del contratto di cessione, si verificherà come la tematica relativa alla trasferibilità della clausola compromissoria si pone rispetto alla categoria, considerata in via generale delle fattispecie di collegamento negoziale, di cui il contratto di cessione rappresenta un'ipotesi.

Con il medesimo intento comparatistico, si raffronterà, infine, la ricostruzione proposta, esaminando brevemente le vicende “circolatorie” della clausola compromissoria nella transazione e nel negozio di accertamento. Istituti che condividono, con il contratto di cessione il carattere di contrattazione secondaria o successiva.

Capitolo I

La Cessione del Contratto.

SOMMARIO: 1. Premessa introduttiva. - 2. La cessione nel contratto nell'ordinamento italiano. - 3. Funzione ed effetti della cessione del contratto. - 4. Il consenso del cessionario. - 5. L'oggetto della cessione. - 6. Conclusioni.

1. Premessa introduttiva.

In questo capitolo si cercherà di delineare, in modo il più possibile unitario e conciso, i profili essenziali della materia della cessione del contratto.

Attraverso un'analisi storica che prende spunto dall'evoluzione dell'istituto e dalle ragioni pratiche che hanno determinato il legislatore a disciplinarlo con una normativa *ad hoc*, si cercherà di individuare il risultato pratico che i privati mirano ad ottenere dalla circolazione del contratto.

Lo scopo dell'indagine è dunque quello di evidenziare il nocciolo duro del tipo negoziale disciplinato dagli artt. 1406 e ss. del codice civile e valorizzare il requisito della unitarietà della cessione quale elemento caratterizzante lo stesso.

Dalla unitarietà dell'operazione di trasferimento negoziale discenderanno infatti conseguenze rilevanti in ordine alla trasmissibilità di diritti e facoltà legate al contratto oggetto di trasferimento.

2. La cessione nel contratto nell'ordinamento italiano.

Nel codice civile del 1865 mancava una disciplina generale che ammettesse il trasferimento di un contratto per intero⁷.

⁷ L'unica norma da cui potesse evincersi che la trasmissione dell'intero rapporto era possibile e non si poneva in conflitto con principi superiori, era quella relativa al contratto di locazione. L'art. 1573 cod. civ. 1865 prevedeva infatti la possibilità del conduttore di cedere la propria posizione ad un terzo, "*se tale facoltà non gli è stata vietata*". Ora la cessione del contratto di locazione è disciplinata dall'art. 1594 c.c. che si pone come speciale rispetto a quella generale dettata agli artt. 1406 e ss. cod. civ. Per le locazioni adibite ad uso diverso da quello abitativo vi invece è una disciplina *ad hoc* all'art. 36 l. 392/1978, che si pone in via derogatoria rispetto a quella dettata in via generale dall'odierno codice civile. Vedi in proposito COSCIETTI, "*La cessione del contratto di locazione di immobile adibito ad uso diverso da quello abitativo*:"

L'assenza di una norma che autorizzasse tale operazione negoziale si giustificava con il fatto che, dal punto di vista logico-giuridico e, quindi, sotto un profilo di teoria generale, si riteneva impossibile che un'obbligazione rimanesse immutata a seguito della sostituzione anche di uno solo dei soggetti originari⁸.

Tale chiusura affondava le sue radici nel diritto romano, secondo i cui principi l'obbligazione, piuttosto che trovare fondamento nel patrimonio di un soggetto, trovava nella persona del debitore la garanzia per l'adempimento.

In un sistema che valorizzava fortemente il profilo soggettivo pareva chiaro che la modifica di una delle parti non potesse che dare luogo ad una nuova obbligazione e non ne fosse ipotizzabile un trasferimento.

Ciò nondimeno, l'esigenza di trasferire intere posizioni contrattuali era, già all'epoca, avvertita nella prassi. La giurisprudenza escogitò dunque due rimedi per realizzare, in via indiretta, risultati analoghi, mediante il ricorso alla costituzione di *procurator in rem suam*⁹ e dello *jussum*¹⁰.

Giova comunque precisare che l'ostacolo alla cessione era principalmente costituito dal rifiuto di concepire una cessione della posizione di debitore. Si riteneva infatti pericolosa, per la garanzia patrimoniale del creditore, la modifica *ex latere debitoris*.

Tali rischi non avrebbero invece dovuto presentarsi nell'ipotesi di modifica del lato attivo, stante l'indifferenza per il debitore del soggetto nei cui confronti

rapporti locatore ceduto e conduttore cedente, solidarietà ed obbligazioni derivanti dalla cessione", in Riv. giur. edilizia 2009, p. 1762 e ss.

⁸ L'opinione, sostenuta in particolare da PACCHIONI, *Delle Obbligazioni in Generale*², Padova, 1935, p. 328, era probabilmente ancora influenzata dalle reminiscenze romanistiche della personalità dell'obbligazione. Piuttosto che trovare fondamento nel patrimonio di un soggetto, la garanzia dell'obbligazione era piuttosto fondata sulla persona di questo. Poste queste premesse pare ovvio come la modifica dal lato soggettivo non possa che dare luogo ad una nuova obbligazione e non ad un trasferimento di questa.

⁹ Con tale *factio* colui, che alla stregua dell'odierno diritto positivo dovrebbe rivestire il ruolo di cessionario, veniva costituito procuratore del cedente e, in qualità di sostituto processuale, agiva in giudizio contro il debitore, facendo valere un credito altrui, ma nel proprio interesse.

¹⁰ Si trattava di un ordine, impartito dal creditore al debitore, di assumere un'obbligazione verso un terzo. Eseguito l'ordine si verificava al contempo la perdita del creditore *jubente* del diritto al proprio credito, e la liberazione del debitore a vantaggio del terzo indicato. Si trattava in sintesi di una sorta di autorizzazione ad adempiere con una modalità diversa.

eseguire la prestazione¹¹.

Nei codici moderni, la cessione del lato attivo fu pertanto positivamente riconosciuta in termini generali, poiché nessun impedimento vi era alla cessione del creditore, mentre la modifica del lato passivo era considerata ammissibile solo in via derogatoria quando espressamente prevista dal legislatore.

Ciò nondimeno l'ammissibilità di una modifica *ex latere creditoris* in via generalizzata, a fronte di una forte limitazione per il trasferimento del lato passivo, incontrò le critiche della dottrina. Si discuteva infatti dell'opportunità di una frammentazione del rapporto tale da considerare in modo così nettamente separato le due posizioni. In altri termini, si riteneva poco opportuna l'impossibilità di dare luogo a trasferimenti unitari delle posizioni contrattuali e si revocava in dubbio la dannosità di un indiscriminato trasferimento di posizioni attive e passive in un'unica soluzione¹².

Vigente il codice del 1865 si cercò di supplire alla carenza di una disciplina positiva che ammettesse la cessione del contratto mediante tecniche di cessione indirette. La dottrina in particolare suggerì la formula della autorizzazione alla rinnovazione¹³.

Con il ricorso a tale meccanismo si verificava però una cesura tra i due momenti contrattuali e la vicenda, piuttosto che inerire il rapporto, era piuttosto focalizzata sul negozio e su una sua replica.

La dottrina suggerì allora di realizzare una cessione del rapporto attraverso una combinazione di contratti.

¹¹ In verità la presunzione di indifferenza è stata sempre variamente messa in discussione. L'evoluzione dell'ordinamento giuridico e la maggiore attenzione per gli elementi pre-normativi, quali la buona fede e la correttezza, dimostrano come la tralattiva affermazione dell'irrelevanza del lato del creditore sia sempre meno valida ed appaia anacronistica e possa ragionevolmente essere messa in discussione.

¹² In particolare, si riteneva che dovesse enfatizzarsi lo spostamento dell'interesse dell'obbligazione sull'oggetto di essa, cioè sulla prestazione, ed attribuirle un valore in sé a prescindere dalla persona dell'obbligato. Così individuato, anche tale valore poteva essere suscettibile di circolazione, poiché ciò che costituiva il fulcro dell'obbligazione era il risultato avuto di mira. In disparte le problematiche relative all'inclusione o meno della garanzia nel fulcro dell'obbligazione, anche a voler aderire alla tesi, preferita, della garanzia quale parte integrante dell'obbligazione, la sua rilevanza solo economica non è di ostacolo a ritenere che con il subentro di un altro soggetto l'obbligazione rimanga identica. Vedi BETTI, *Teoria Generale delle Obbligazioni*, cit., p. 19.

¹³ Il contraente ceduto autorizzava la controparte a rinnovare il medesimo contratto con un soggetto terzo.

Mediante un collegamento contrattuale sarebbero state cedute singole obbligazioni, raggiungendo il medesimo risultato sostanziale che si ha ora con la cessione del contratto. In particolare, secondo la teoria della scomposizione, di origine tedesca, si collegavano tra loro un negozio di cessione dei redditi ed uno di assunzione dei debiti.

Tale opzione era tuttavia ancora lontana dal modello che oggi conosciamo come cessione del contratto.

Le tecniche di trasferimento indiretto difettavano infatti del requisito della unitarietà che caratterizza oggi il fulcro del fenomeno. Non soddisfacevano l'esigenza, come neppure le precedenti suggerite in epoca romana, che ad essere trasferita fosse la posizione contrattuale e non invece le singole obbligazioni da essa derivanti.

Ricorrendo al collegamento negoziale si verificava infatti un fenomeno di duplicazione e riproduzione delle obbligazioni assunte con il contratto originario, che venivano assunte da soggetti diversi mediante la creazione di impegni *ex novo*.

Nonostante l'indubbio vantaggio di consentire un collegamento funzionale e causale, considerando in senso lato l'operazione economica-giuridica risultante dalla combinazione negoziale, rimaneva la separazione di più atti, accomunati solo sotto il profilo causale che non davano realmente luogo ad un'operazione *unica*, quanto, piuttosto, *complessa*.

Con il codice del 1942, per rispondere alle esigenze della prassi, che escogitava rimedi di carattere indiretto per supplire alla carenza di uno strumento per mezzo del quale si realizzasse la circolazione dell'intero negozio, il legislatore ha disciplinato espressamente la vicenda della cessione contrattuale, seppure con un regolamento piuttosto scarno, contenuto in pochi articoli (artt. 1406-1410 cod. civ.).

3. Funzione ed effetti della cessione del contratto.

L'attenzione degli studiosi alla vicenda della cessione del contratto ha avuto un andamento altalenante¹⁴, alternando periodi di grande attenzione al tema ad altri di assoluto disinteresse al problema¹⁵. La conseguenza è stata - complici la novità dell'istituto, che, come osservato, non può avvalersi della tradizione dei secoli passati, e la scarsa disciplina legislativa - di lasciare dei vuoti interpretativi e delle incertezze sulla funzione e gli effetti del contratto di cessione.

Inoltre, i (pochi) commentatori che si sono occupati della materia stentano a definirlo istituto, quasi a voler evitare di attribuirgli un'autonomia funzionale, considerandolo mero schema negoziale, di volta in volta disciplinato, eteronomamente, dalle norme che regolano il funzionamento del contratto che

¹⁴ La dottrina si è principalmente occupata di individuare le formalità necessarie per la validità della cessione. Interrogandosi sulla struttura - bilaterale o plurilaterale - del negozio; su quali contratti possano essere oggetto della cessione; sulla forma della cessione. Quanto al primo punto, l'opinione dominante è che si tratti di un contratto trilaterale, poiché è necessario il consenso di tre soggetti ed ognuno vede una modifica della propria posizione giuridica. Il problema è tuttavia spesso influenzato dalla nozione di contratto plurilaterale di volta in volta accolta dall'autore. Vedi in proposito CLARIZIA, *La cessione del contratto*, Milano, 1991; ALPA, FUSARO, *Cessione del contratto*, in *Dig. Disc. priv., Sez. civ.*, II, Torino, 1988; ANDREOLI, *La cessione del contratto*, Padova, 1951; DE NOVA, in *Trattato di diritto Privato³, Obbligazioni e Contratti*, Tomo II, Diretto da Rescigno, Torino, 2002, p. 701 e ss.; RUSSO-DORIA-LENER, *Istituzioni delle leggi civili*, Padova, 2001, pp. 582-583 e GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato¹⁴*, Napoli, 2009, pp. 1040-104 (ivi amplia bibliografia). Per la giurisprudenza si veda soprattutto Cass. Civ. 21 febbraio 1955, n. 509 che definisce il contratto plurilaterale. Osserva inoltre PESCATORE, *Cessione del Contratto*, cit., pp. 583 e ss. che "caratteristica ulteriore della figura ... rispetto alle altre forme di circolazione di diritti, è il produrre modificazioni giuridiche in capo a *tre* soggetti ... a prescindere dalle diverse ricostruzioni, proposte in dottrina, del procedimento di formazione del contratto...". Relativamente alla seconda questione, la dottrina si è interrogata sulla ammissibilità di cessioni atipiche, sforzandosi di individuare quali tipologie di contratti possono essere oggetto di cessione. Per la "possibilità della cessione sia nei contratti ad efficacia traslativa, sia nei contratti ad efficacia obbligatoria già eseguiti", cfr. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano⁶*, II, Torino, 1962, p. 236 s.; nello stesso senso MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile*, Torino, 1980, p. 420 e DE NOVA, *cit.*, p. 704 s. Più di recente, sul tema, anche BASINI, *Forma del negozio di cessione del contratto e cedibilità dei contratti ad effetti reali*, in *Contratti*, 1993, p. 393. Il tema tuttavia più approfondito è forse quello della forma della cessione. Il silenzio del codice in merito ha dato luogo ad un contrasto tra chi, da un lato, ha valorizzato il principio della libertà delle forme, ritenendo che la cessione possa avvenire in qualsiasi forma. E chi, dall'altro lato, qualificando il contratto di cessione come contratto di secondo grado, ritiene necessaria la stessa forma di quello ceduto. Rileva in particolare MONGELLI, *La cessione del contratto preliminare: natura giuridica e rilevanza del consenso del contraente ceduto*, Riv. notariato 2008, p.442 e ss. che "Tale soluzione si fonda sul principio secondo cui ogni negozio preparatorio o modificativo di un altro negozio per il quale è imposto un onere di forma deve seguire la forma di quest'ultimo, a tutela di logiche esigenze pratiche. Se l'onere della forma fosse imposto solo in sede di costituzione del rapporto contrattuale, le parti potrebbero facilmente eludere tale onere, in un momento successivo, appunto attraverso la cessione del contratto stesso".

¹⁵ Rileva PESCATORE, *Cessione del Contratto e Interpretazione*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1999, p. 583 come la disputa dottrinale abbia alternato periodi di approfondito interesse ad altri di indifferenza dando così luogo ad incertezze e disomogeneità.

nel caso concreto costituisce l'oggetto della cessione¹⁶.

Ciò nondimeno, l'analisi del testo normativo consente di apprezzare la novità dell'istituto e la volontà di fornire uno strumento - diverso rispetto agli escamotages suggeriti in epoca precedente - ideato allo scopo di consentire il trasferimento dell'intera *posizione* contrattuale.

Pare allora opportuno analizzare la fattispecie in commento cominciando dalle parole contenute nel codice civile.

Il codice definisce la cessione quale strumento con cui "ciascuna parte può sostituire a sé un terzo nei rapporti derivanti da un contratto con prestazioni corrispettive, se queste non sono state ancora eseguite, purché l'altra parte vi consenta" (art. 1406 cod. civ.).

Alla luce del dettato normativo è opportuno mettere da subito in evidenza la scelta dei termini "*parte*", "*terzo*", "*sostituzione*" e "*rapporti*".

L'opzione terminologica spiega la funzione del negozio, che è quella di trasferire la posizione contrattuale ovvero la qualità di parte del contratto.

Con il ricorso alla cessione del contratto non si ottiene meramente l'effetto di far sorgere in capo ad un nuovo soggetto gli stessi obblighi già assunti dal contraente originario, ma si consente di avere una parte contrattuale *diversa* nell'ambito del *medesimo* rapporto¹⁷, il quale rimane inalterato e non viene

¹⁶ Il problema della causa del contratto di cessione viene talvolta risolto ritenendo che questa coincida con quella del contratto oggetto della cessione. Segnala la "necessità di distinguere il negozio di cessione in senso stretto - lo strumento, cioè, con cui si attua la sostituzione -, dal contratto che con esso viene ceduto - l'oggetto su cui lo strumento opera" PESCATORE, *Cessione del Contratto*, cit., pp. 583 e ss. Tra gli autori che in passato si sono occupati della questione: BETTI, *Teoria Generale delle Obbligazioni*, vol. III, par. II, *Vicende dell'obbligazione*, Milano, 1995, p. 41 ss., afferma che la cessione "rientra in quella categoria di negozi con causa variabile in funzione di diversi assetti d'interessi che sono, poi, schemi parziali di negozi, i quali assumono vita e fisionomia tipica solo quando siano integrati in concreto per l'attuazione di un assetto d'interessi determinato"; CARRESI, *La cessione del contratto*, Milano, 1950 p. 53 ss., che ritiene che "la cessione del contratto non rientra né fra i negozi astratti né fra quelli causali, ma fra i negozi a causa variabile [...], che assumono vita e fisionomia tipica soltanto quando siano integrati in concreto in una causa determinata"; CICALA, *Il negozio di cessione del contratto*, Napoli, 1962, p. 240, che, ancora più drasticamente, ritiene che la cessione "non è un negozio traslativo diverso dai comuni contratti traslativi, ma s'identifica con essi medesimi".

¹⁷ Specifica PESCATORE, *Cessione del Contratto*, cit., pp. 583 e ss. che "bisognerebbe dire non che con la cessione si trasferisce una posizione giuridica; ma che un soggetto subentra nella posizione giuridica - proprio in quella - di altri"

cancellato né sostituito¹⁸.

Il richiamo al concetto di parte denota la volontà di fare riferimento ad un fascio di elementi, attivi e passivi, legati tra loro tali da assumere una particolare valenza poiché derivanti da una fattispecie contrattuale¹⁹.

La qualità di parte è infatti qualcosa di più e di diverso rispetto alle singole obbligazioni assunte con il negozio. Non si tratta di trasferire la somma²⁰ delle obbligazioni derivanti da un negozio, ma di estendere il *rapporto* ad un soggetto che prima era terzo²¹.

La funzione della cessione del contratto è quindi quella di trasferire gli effetti, così come emergono, legati da quella fattispecie contrattuale, con tutto ciò che dal fatto di derivare da *quel* contratto consegue. In altre parole, il singolo effetto è arricchito, o comunque qualificato dal fatto di scaturire dal rapporto contrattuale di cui si opera la cessione. Così che il contratto originario possa assurgere a presupposto logico e non meramente cronologico dell'intera vicenda.

Da ciò emerge dunque che l'operazione non avviene sul (l'atto) contratto. Quest'ultimo è solo un contenitore e non avrebbe ragione di essere "trasferito", ma potrebbe essere solo riprodotto²².

¹⁸ L'identità di contenuto è pertanto uno degli elementi essenziali del negozio.

¹⁹ Come rilevato da autorevole dottrina, vi è differenza tra il rapporto giuridico e la situazione sostanziale attributiva del bene della vita. Il rapporto giuridico è "un'entità strumentale ed artificiale che ha lo scopo di rendere omogenei più effetti e diritti che da esso scaturiscono" LUISO, *Diritto Processuale Civile*, Vol. I, Principi Generali, 2007, Milano, p. 159. Con la cessione del contratto si trasferisce quindi il rapporto e non il singolo obbligo atomisticamente considerato.

²⁰ In particolare, PESCATORE, *Cessione del Contratto e Interpretazione*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1999, pp. 583 e ss. rileva come "riconoscere che la posizione contrattuale non solo non è costituita unicamente da diritti e da obblighi, ma che non è neanche - per usare un'espressione matematica - la mera somma algebrica delle situazioni giuridiche soggettive che si trasferiscono in capo al cessionario, significa attribuirle natura qualitativamente diversa. In modo tale da farle ricomprendere anche elementi ... che ... concorrono, nella loro totalità, a renderla unica".

²¹ Rileva MONGELLI, *La cessione del contratto preliminare*, cit. p. 442 e ss. che seguendo questa opinione l'operazione che si attua attraverso la cessione non è scomponibile in autonome fasi di successione nel lato attivo ed in quello passivo del negozio ceduto. E che la ragione di ciò si trova proprio nella necessaria partecipazione del contraente ceduto affinché il contratto di cessione possa produrre l'effetto giuridico di sostituzione del terzo cessionario. Cfr. CLARIZIA, *La cessione del contratto*, Milano, 1991, p. 107 s.; ALPA, FUSARO, *Cessione del contratto*, in *Dig. Disc. priv., Sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 344 s.; ANDREOLI, *La cessione del contratto*, Padova, 1951, p. 52; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2007, p. 1039 s.; Cass. 24 giugno 1992, n. 7752, in *Mass. Giust. civ.*, 1992, p. 1055; Cass. 14 marzo 1957, n. 852, in *Giust. civ.*, 1957, I, p. 1595.

²² A tale proposito specifica Cicala, op. cit., p. 120 che "Se di "contratto" si vuol discorrere come sinonimo di negozio, il cessionario non è *parte*, ma è *terzo*. Se invece s'intende parlare impropriamente

Il trasferimento opera sul rapporto così come creato e regolamentato dal contratto. Le obbligazioni, in quanto derivanti da un contratto, assumono la caratteristica di tale fattispecie e si arricchiscono, quanto a disciplina, dal fatto di derivare da tale fonte.

Assumere la qualità di parte contrattuale comporta quindi qualcosa in più, o comunque di diverso, rispetto all'essere destinatario di un'obbligazione.

Con l'assunzione della qualità di parte colui che era terzo rispetto al contratto non si limita ad accettarne gli effetti, ma si lega all'intero rapporto facendo proprio anche il pregresso.

Con la cessione del contratto non si rinnova un accordo, riproducendone pedissequamente le regole, perché è necessario che la parte che subentra accetti anche tutto ciò che nel rapporto è pregresso, e che ancora non sia esaurito. Pertanto, con tale operazione negoziale, ci si vincola a tutto ciò che è strumentale a quegli effetti, voluti dalle parti originarie, che ancora non si sono prodotti e che si produrranno in capo alla nuova parte del rapporto, tenuto però anche conto di quanto precedentemente già accaduto, purché strumentale al proseguire del rapporto.

L'esistenza del precedente contratto è un presupposto logico prima che cronologico, poiché si viene a verificare una sorta di appropriazione e condivisione della storia contrattuale anche pregressa, dando luogo ad una (implicita) estensione di tutto il patrimonio comune²³. Non ci sono due storie, ma alla storia *passata* segue quella *nuova* senza soluzione di continuità.

L'interesse perseguito con la cessione del contratto è dunque quello di

di contratto per indicare il c.d. rapporto contrattuale, cioè il complesso di rapporti che dal contratto derivano, il cessionario non è *terzo*, ma è *parte* ... il cessionario non ha partecipato alla formazione del negozio, né subentra nel negozio, rispetto al quale perciò rimane estraneo, ma subentra solo nei rapporti col negozio costituiti: egli è terzo rispetto al negozio ed è invece parte rispetto ai *rapporti*". Simmetricamente quindi l'a. prosegue rilevando che "rispetto al contratto ceduto il cessionario di cui agli artt. 1406 ss. è *terzo*". Si veda anche IRTI, *La ripetizione del negozio giuridico*, cit., p. 31 che chiarisce come "Il cessionario è estraneo al negozio, ma diviene parte del rapporto; il cedente è parte del negozio, ma diviene estraneo al rapporto."

²³ "Si trasferiscano non solo gli effetti del contratto - ciò che, dunque, deriva e sta *dopo* di esso; ma anche ciò che lo precede e gli sta, per così dire, *intorno*. Tutto ciò che, comunque, è strumentale alla produzione di quegli effetti, così come voluti dalle parti originarie". PESCATORE, *Cessione del Contratto*, cit., pp. 583 e ss.

coinvolgere un nuovo soggetto in un regolamento negoziale considerato interamente e non limitatamente a singoli elementi di questo.

Il contratto è tale dall'inizio alla fine e ciò che accade è che vi è, nel prosieguo del rapporto, una modifica dei soggetti, ma non anche del rapporto stesso²⁴.

L'effetto finale è che non si determina una estinzione del rapporto originario, come ad esempio accade nella novazione, ma si realizza la sostituzione di un soggetto ad un altro nella qualità di parte contrattuale²⁵. Nemmeno si verifica, sempre come accade con la novazione, una conversione del rapporto obbligatorio, tale da sostituire il vincolo precedente ed assorbirlo in un nuovo vincolo che “ne sopprima l'oggetto e ne assuma la ragione”²⁶.

Per comprendere a fondo tale effetto può essere opportuno confrontare la vicenda con quelle che colpiscono le obbligazioni²⁷.

Com'è noto, le vicende dell'obbligazione possono riguardare fenomeni di estinzione, modificazione, costituzione. Mentre, dal punto di vista soggettivo, possono dare luogo ad una accessione, successione e subingresso²⁸.

La cessione del contratto sembra invece costituire una vicenda soggettiva ibrida, a metà strada tra l'estinzione e la modificazione della vicenda obbligatoria

²⁴ Non a caso il legislatore parla di “parti”, ma non di contraenti. I contraenti saranno quelli che in origine hanno stipulato il contratto, mentre le parti sono soggetti diversi. Si tratta di distinguere il succedersi di attori in una medesima parte ed individuare i vincoli a questi applicabili tenuto conto del momento in cui è sorto il legame. Pertanto “La cessione del contratto produce la sostituzione integrale di uno dei soggetti del rapporto con un terzo che subentra per intero nella titolarità dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto” MONGELLI, *La cessione del contratto preliminare*, cit. p. 442 e ss.

²⁵ Descrive in modo efficace la vicenda l'espressione usata da PESCATORE, *Cessione del Contratto*, cit., pp. 583 e ss. che parla di trasferimento di una “una posizione contrattuale preesistente”.

²⁶ Così definisce la novazione BETTI, *Teoria Generale delle Obbligazioni*, vol. III, par. II, *Vicende dell'obbligazione*, Milano, 1995, p. 12.

²⁷ In senso ampio la vicenda designa una sopravvenienza nella vita dell'obbligazione che può riguardarne l'oggetto o i soggetti e tale da modificare il rapporto giuridico preesistente segnando una fase di svolgimento dell'obbligazione, vedi BETTI, *Teoria Generale delle Obbligazioni*, vol. III, par. II, *Vicende dell'obbligazione*, Milano, 1995, p. 5.

²⁸ Il primo fenomeno si contrappone concettualmente agli altri due, in quanto comporta l'entrata nel rapporto di un ulteriore soggetto accanto a quelli preesistenti che rimangono comunque parti. Nella successione e nel subingresso, invece, il nuovo soggetto occupa il posto di uno, o più, dei soggetti originari, sostituendolo. Nell'ambito delle vicende dell'obbligazione, si deve precisare, che non rileva la successione a titolo universale, sebbene utile termine di paragone per comprendere la *ratio* di quella a titolo particolare. BETTI, *Teoria Generale delle Obbligazioni*, vol. III, par. II, *Vicende dell'obbligazione*, Milano, 1995, p. 15.

che, tuttavia, diventa peculiare perché avviene in modo unitario e non frammentario. Trascende infatti la circolazione della singola obbligazione per dare luogo ad un trasferimento “organico”.

Si dà luogo, da un lato, all'estinzione del rapporto tra due soggetti, dall'altro, alla preservazione del rapporto originario che continua, sebbene “alterato”, in quanto tra parti “nuove”²⁹.

Ciò che si realizza è dunque una continuità nel rapporto, di cui la cessione rappresenta una delle modalità di svolgimento, a seguito della quale una situazione giuridica sopravviene nella vita del rapporto giuridico modificando la situazione preesistente³⁰.

La continuità deriva dalla non indifferenza del rapporto principale, o meglio originario, che quindi non può essere astratto da quello successivo e rimane quale paradigma negoziale a cui guardare per individuarne il contenuto³¹.

Nonostante si parli di continuità, occorre tenere presente che la cessione del contratto rappresenta una cessione a titolo particolare, e deve quindi essere analizzata alla luce dei principi che regolano la manifestazione di volontà, nonché il consenso e le vicende di trasferimento a titolo derivativo volontario³². Operazione che rende difficoltoso talvolta individuare sia la vera portata della cessione sia le regole a cui si è effettivamente legato il contraente che subentra.

²⁹ Perché questo sia possibile il rapporto deve essere lo stesso. Quindi con la cessione si cede esattamente quel tanto di rapporto che ancora esisteva prima del cambiamento di soggetto.

³⁰ La cessione contrattuale infatti presuppone, cronologicamente e logicamente, un precedente contratto concluso tra due e più parti.

³¹ Sulla continuità dipendente dalla astrazione vedi BETTI, *Teoria Generale delle Obbligazioni*, cit., p. 3. Vedi anche PESCATORE, *Cessione del contratto ed interpretazione*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1999, pp. 583 e ss. che afferma che anche per quanto concerne l'interpretazione del contratto questo rimane uguale e quindi l'oggetto dell'accertamento è lo stesso.

³² A differenza della successione universale, la funzione della successione a titolo particolare non è quella della prosecuzione del rapporto al fine di conservarlo. La successione universale mira a risolvere il problema (pratico) della mancanza di un soggetto e quindi supplisce alla necessità che i rapporti giuridici abbiano sempre un soggetto di diritto che ne sia titolare. Il venire a mancare del soggetto è il *prius* logico e cronologico che giustifica il subentro. Nella successione a titolo particolare la funzione del trasferimento non consiste nel supplire alla mancanza di un soggetto giuridico cui imputare i rapporti, bensì nel permettere la circolazione di beni e diritti. La perdita della qualità di parte è quindi in questo caso il *prius* “funzionale all'acquisto”. Conseguentemente è essenziale il consenso delle parti e l'individuazione di ciò su cui il consenso ricade.

4. Il consenso del cessionario.

Come accennato, la cessione del contratto rappresenta una vicenda circolatoria di origine negoziale, che rientra, pertanto, nell'ambito delle modificazioni giuridiche volontarie.

Come qualsiasi operazione che determini la modifica della situazione giuridica di un soggetto necessita di una giustificazione e quindi una fonte in grado di operare validamente tale modifica.

Ciò comporta che elemento essenziale della fattispecie sia anche il consenso delle parti coinvolte. Tralasciando le problematiche relative alla bilateralità o plurilateralità della cessione³³, al fine di analizzare il problema occorre partire dal presupposto che l'esigenza del consenso deve essere ricollegata al principio di autonomia privata.

L'autonomia privata è il potere, riconosciuto ai privati dall'ordinamento³⁴, di scegliere da sé i propri interessi, nei limiti in cui ciò sia compatibile con l'interesse dell'ordinamento e quindi sia meritevole di tutela³⁵. Affinché l'esercizio

³³ La bilateralità o plurilateralità del negozio è chiaramente collegata al problema del consenso. Gli autori che ritengono la cessione un negozio trilaterale arrivano a tale conclusione rilevando l'esigenza della manifestazione del consenso. Non rileva invece che l'accordo trilaterale abbia formazione simultanea o successiva. Secondo i sostenitori della bilateralità invece ciò che conta, al fine di stabilire se si tratti di una fattispecie pluri o bi-laterale, è la comunanza o meno di interesse tra le parti coinvolte nell'operazione negoziale. Comunanza che difetterebbe nell'ipotesi della cessione. Per un approfondimento del tema, si veda la letteratura richiamata alla nota n. 14.

³⁴ Autorevole dottrina rileva infatti come sia più opportuno parlare di "autonomia dei privati". Evidenziando come l'effetto modificativo abbia valore descrittivo del risultato dell'esercizio di un potere che consiste nell'essere liberi di determinare da sé quello che è il proprio interesse e quindi usufruire degli strumenti per soddisfarlo, PASSARELLI, *Saggi di Diritto Civile*, Napoli, 1961, p. 227.

³⁵ Si ricordi che il concetto di meritevolezza di cui all'art. 1322 cod. civ. ha subito un'evoluzione. Coerentemente all'ideologia autoritaria in cui è nato il codice civile del 1942, l'autonomia privata, che si "manifesta" con il contratto, è meritevole di tutela subordinatamente alla funzionalizzazione sociale del contratto stesso. Gli interessi dei privati intanto possono ricevere riconoscimento – e quindi tutela – in quanto coincidenti con quelli dell'intera collettività. Non a caso la Relazione del Re indicava tra i criteri di giudizio sulla meritevolezza la coscienza pubblica e sociale e i principi ispiratori dell'economia. Il contratto è quindi concepito come veicolo della funzionalizzazione degli interessi del privato, tanto da portare la dottrina a definire il contraente un "funzionario dello Stato". Con il superamento delle ideologie fasciste e di Stato collettivo la causa viene intesa quale ragione dell'affare e quale giustificazione (causale) delle attribuzioni patrimoniali. Il limite della meritevolezza assume un ruolo diverso ed il contratto è considerato come strumento a servizio dei privati, per il raggiungimento di interessi individuali e non collettivi. La capacità del contratto di realizzare tali interessi dipende allora dalla *compatibilità* di questi con i valori dell'ordinamento. Ed il controllo (di meritevolezza) è funzionale a porre un limite *negativo* all'autonomia, impedendo che essa comporti risultati incompatibili coi valori dell'ordinamento. Il negozio può essere fonte di determinati effetti, alla cui mancata realizzazione spontanea supplisce l'ordinamento con i propri mezzi, anche coercitivi, quando tali effetti siano

di tale potere sia garantito, l'ordinamento non consente che sia modificata la sfera giuridica dei terzi senza il loro consenso. Pare evidente, infatti, che la facoltà di scelta sarebbe svuotata di contenuto se fosse consentito a terzi di alterare la situazione giuridica altrui. Poiché tutti i privati sono sullo stesso piano³⁶ nessuno ha il potere, la forza giuridica, di vincolare gli altri a prescindere dalla loro volontà.

Ogni vincolo, ogni regola, che si impone ai singoli e proviene dai singoli, deve trovare una giustificazione nella volontà di questi. Quando la "causa", intesa come fonte, non è l'ordinamento tramite le sue prescrizioni normative, la giustificazione del sorgere³⁷ di una posizione giuridica è il consenso del singolo che assicura la volontarietà del legame.

Poste queste premesse, i problemi che si incontrano nello studio della cessione del contratto non possono essere limitate al problema della manifestazione del consenso, atteso che è pacifico che una manifestazione di consenso debba comunque esserci³⁸.

compatibili con i valori dell'ordinamento. Il che è cosa diversa dal pretendere che mediante il contratto i privati assecondino o supportino la realizzazione di fini ordinamentali pre-determinati. Per una disamina approfondita del concetto di causa nell'evoluzione della cultura giuridica italiana si veda FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Roma, 1968.

³⁶ L'essenza dell'autonomia privata, intesa quale libertà di scelta, implica che non possa attribuirsi a soggetto diverso il potere di scegliere per altri. Quando ciò accade vi è sempre a monte una manifestazione di autonomia privata, quasi sotto forma di "cessione" del potere di scegliere, si pensi ad esempio alla rappresentanza volontaria. Qualora sia impedito l'esercizio di tale potere di scelta, si pensi alla rappresentanza legale, vi è infatti una sorta di disconoscimento di tale potere che, per diverse ragioni, è sottratto o non attribuito al soggetto destinatario degli effetti. La centralità dell'esercizio dell'autonomia privata si apprezza massimamente nella rappresentanza delle persone giuridiche. In tali ipotesi il rappresentante legale è investito del potere di scegliere in virtù di un meccanismo ibrido, che sotto certi aspetti può essere accostato alla rappresentanza legale e sotto altri a quella volontaria. Con la rappresentanza legale condivide il carattere di necessità, l'ente non può infatti difettare di un rappresentante che manifesti all'esterno le proprie scelte; con la rappresentanza volontaria condivide il fulcro della questione e cioè la autonomia nella scelta dell'interesse da perseguire, atteso che il rappresentante legale è legato da quel peculiare rapporto c.d. organico che determina un'immedesimazione tra rappresentante e persona giuridica. In virtù di tale legame, dunque, le scelte del rappresentante non sono scelte di soggetto diverso dalla persona giuridica per la quale agisce. Con ciò emerge come il criterio fondamentale attorno al quale il nostro sistema di diritto privato ruota sia l'autonomia e la volontarietà.

³⁷ Ovvero del modificarsi o dell'estinguersi.

³⁸ Per il consenso quale elemento costitutivo della cessione, cfr.: MESSINEO, *Il contratto in generale*, Milano, 1968, p. 5 s.; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, Torino, 1967, p. 423 s.; SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, Milano, 1972, p. 215; Cass. 29 novembre 1993, n. 11847, in Mass. Giust. civ., 1993, p. 1695; Cass. 12 gennaio 1973, n. 105, in Giust. civ., 1973, I, p. 1223. In proposito parte minoritaria della dottrina ha affermato che, se all'accordo delle due parti non segue il consenso dell'altra, l'accordo

Tralasciando di analizzare la manifestazione di volontà del contraente ceduto, ai fini del presente lavoro preme approfondire il tema relativo al su “cosa” ricada il consenso del terzo che si sostituisce ad una delle parti originarie.

Alla luce delle considerazioni svolte in tema di funzione e di effetti del contratto di cessione, sembra potersi affermare che il consenso ricada sull'accettazione di *quel* complesso contrattuale e sulla *continuazione* di esso con un *altro* soggetto e non già sul voler partecipare all'elaborazione di un nuovo contratto che ricalchi il precedente³⁹.

Questa è l'essenza della cessione che pertanto appare come una successione di soggetti nella stessa posizione e ruolo.

Da ciò consegue che anche il soggetto che subentra si impegna a riconoscere le regole del rapporto, considerato nel suo complesso, così come predisposte dai contraenti originari. E' dunque sul contratto così come interamente voluto dagli originari pasciscenti che ricade il consenso del cessionario⁴⁰.

A tutta prima, questa considerazione potrebbe apparire in conflitto con quanto rilevato in tema di autonomia privata, per il fatto che si imputa ad un soggetto un regolamento negoziale⁴¹ che non ha contribuito a predisporre.

Legittimo dunque chiedersi se la “vicenda” che ha colpito il rapporto incida

potrebbe dare luogo agli effetti di diversi schemi negoziali, quali la cessione del credito e l'accollo interno del debito. Cfr.: ZACCARIA, *Cessione del contratto e garanzia della sua validità*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, p. 266; ALPA, FUSARO, *Cessione del contratto*, cit., p. 345. Altri Autori, in proposito, hanno proposto di prendere in considerazione quale sia l'effettiva volontà delle parti. Se queste intendevano cedere l'intero rapporto contrattuale, il mero accordo tra cedente e cessionario potrà valere come proposta di cessione rivolta al ceduto per ottenere da lui la necessaria accettazione. Cfr.: BENEDETTI, *La cessione del contratto*, Milano, 1998, p. 56 ss. Tuttavia occorre ricordare che il consenso ha una portata differente a seconda che l'attività giuridica altrui abbia un effetto ampliativo della sfera giuridica del terzo e, soprattutto, a seconda che produca o meno l'effetto di ingenerare obblighi o solo attribuire vantaggi. Nell'ipotesi della cessione del contratto vi è l'intera assunzione della posizione di parte e dunque non è sufficiente la mancanza di rifiuto, né la mera dichiarazione “*di volerne profittare*” (artt. 1411 e 1412 cod. civ.). E' necessaria infatti la manifestazione di un consenso, ovverosia, la manifestazione di volontà di volersi legare ad un rapporto contrattuale.

³⁹ Osserva PESCATORE, *Cessione del Contratto*, cit., pp. 583 e ss. che il cessionario “è terzo rispetto alla fonte contrattuale (l'accordo originario di quelli che, nella cessione, diverranno cedente e ceduto); ma diviene parte del rapporto che da essa deriva” e che “bisognerebbe dire non che con la cessione si trasferisce una posizione giuridica; ma che un soggetto subentra nella posizione giuridica - *proprio in quella* - di altri”.

⁴⁰ Dall'altro lato invece, il contraente ceduto accetta la prosecuzione del rapporto, e quindi la *conservazione* di quanto precedentemente predisposto con la parte originaria.

⁴¹ Inteso nella sua organicità, unitarietà e completezza.

sulla regolamentazione dopo il subentro della nuova parte. In altre parole, ci si chiede se, nonostante la manifestazione di consenso a volersi legare ad un (pre)determinato complesso negoziale, l'alterazione, dal punto di vista cronologico, dovuta al subentro non determini comunque una alterazione della fonte e delle regole.

Le opzioni prospettabili potrebbero essere due.

La prima postula che, per rispettare il dogma dell'autonomia privata e del consenso, vi siano due fonti⁴² del rapporto. La seconda consiste invece nel considerare la cessione quale vicenda a formazione progressiva e quindi una fattispecie unica a cui corrisponde un'unica disciplina del rapporto.

La prima opzione interpretativa prospettata appare incoerente con quanto sopra affermato circa la continuità del rapporto. Inoltre non sarebbe idonea a spiegare le differenze rispetto alla riproduzione del contratto originario con i nuovi soggetti e ripresenterebbe gli stessi limiti del sistema precedente, in cui si verificava una cesura, dal punto di vista logico-giuridico, a seguito della modifica dal punto di vista soggettivo.

Aderendo alla seconda opzione ermeneutica suggerita, si arriverebbe invece ad affermare che il complesso giuridico, così come disciplinato dai contraenti originari, non muta. A mutare sarà solo il titolare della posizione cui fa capo il complesso di elementi giuridici correlati a tale fattispecie negoziale. La modifica del titolare non inciderà quindi sulle regole del complesso giuridico, poiché il soggetto ha acconsentito a legarvisi, senza partecipare alla creazione un nuovo regolamento negoziale.

La volontà ed il consenso ricadranno allora sull'accettazione delle regole di un rapporto già sorto.

Il terzo che subentra non partecipa infatti alla creazione delle regole di un rapporto, ma si lega ad un rapporto già disciplinato dalle parti precedenti. Egli non è tecnicamente un nuovo contraente, ma una nuova parte.

⁴² O meglio più fonti quante sono le cessioni. Nulla impedisce infatti di dare corso a cessioni plurime, anche finalizzate a reintrodurre nel rapporto il cedente.

Ciò su cui cade il consenso è il *contenuto sostanziale della contrattazione* e non invece *l'attività di contrattazione*, che rimane estranea alla vicenda⁴³.

Così opinando i due momenti della “vita” del contratto non risultano isolati e si valorizza la continuità quale criterio ispiratore dell'intera fattispecie.

La seconda delle soluzioni proposte appare allora come la più idonea a disciplinare il fenomeno, poiché consente anche di superare le perplessità in ordine in ordine alla tutela della volontà del cessionario, rispetto al quale deve rilevarsi la perdita della qualità di terzo e, di conseguenza, anche delle “garanzie” connesse a tale qualità⁴⁴. Detto in altri termini, col subingresso si verifica una sorta di *spersonalizzazione* dei comportamenti e dei titolari della storia contrattuale a cui segue una sorta di oggettivazione della vicenda che comporta che tutto il complesso di azioni, diritti potestativi, e fin'anche interpretazioni⁴⁵ dell'ordito negoziale, siano riferiti ad un soggetto diverso da quello originario.

Inoltre, se ciò su cui ricade il consenso, al fine di rispettare la funzione del contratto, è l'intera posizione contrattuale, non sarà necessaria una manifestazione del consenso sui singoli elementi del contratto ceduto.

Aderendo alla ricostruzione del contratto di cessione quale strumento negoziale tramite il quale si dà luogo ad una successione nella medesima posizione, appare infatti incoerente richiedere che il consenso si manifesti sui singoli elementi del contratto. Una visione parcellizzata delle singole obbligazioni, diritti ed azioni è infatti antitetica rispetto alla funzione del contratto di cessione così come qui patrocinata. La tutela del consenso non significa parcellizzazione del contratto o sua alterazione, ma tutela della volontarietà del trasferimento della *posizione*. E tale tutela è perfettamente

⁴³ Ciò nondimeno, atteso che nulla vieta che tra ceduto e cessionario possano svolgersi trattative ovvero si possano operare delle aggiunte, quelle parti dell'organismo contrattuale avranno ovviamente una regolamentazione autonoma.

⁴⁴ La tutela dei terzi, vale a dire la tutela dell'autonomia privata, deriva dalla estraneità. Per chi, facendo propria la vicenda negoziale, si è impegnato a divenirne parte, quella tutela non ha più ragione di essere. Innanzitutto perché quel soggetto ha acquisito una diversa consapevolezza in ordine agli effetti del negozio; e poi perché, oramai, ha a disposizione altri strumenti - quelli contrattuali, appunto - idonei a difendere assai più incisivamente i suoi interessi. Vedi in tal senso PESCATORE, *Cessione del Contratto*, cit., pp. 583 e ss.

⁴⁵ PESCATORE, *Cessione del Contratto*, cit., pp. 583 e ss.

assicurata intendendo il contratto di cessione nei termini sopra indicati.

5. L'oggetto della cessione.

Da quanto sopra è emerso che la funzione della cessione del contratto è quella di immettere un soggetto diverso nel rapporto e che la volontà delle parti è quella di inserire una nuova parte nel fluire di un rapporto. Dal punto di vista logico, prima ancora che giuridico, è dunque necessario che quel rapporto esista ancora.

L'oggetto del contratto resta perciò immutato⁴⁶ e ciò esclude, peraltro, una cessione parziale.

Ciò nondimeno il *quantum*, se così si può definire, del trasferimento, dipenderà comunque dalla fase in cui si trova il contratto al momento della cessione.

Il codice precisa che la cessione del contratto può avvenire solo se ancora le prestazioni non siano interamente eseguite.

Il riferimento alla mancata esecuzione è quindi un requisito necessario ma che però può dar luogo a confusione o fraintendimenti.

Anche questo requisito necessita pertanto di un chiarimento.

Con il divieto di cessione parziale deve intendersi il divieto di cessione frammentata delle singole obbligazioni avulse dal complesso contrattuale da cui sono emerse e nell'ambito del quale si manifestano⁴⁷.

Con il riferimento alle prestazioni ancora non eseguite non si deve quindi ritenere che la cessione del contratto guardi solo agli effetti che il contratto produrrà nel futuro: le parti costruiscono un percorso nuovo, ma dalla

⁴⁶ DE NOVA, *Trattato di diritto Privato*³, Obbligazioni e Contratti, Tomo II, Diretto da Rescigno, Torino, 2002, p. 704. Bisogna inoltre considerare che è comunque possibile, nei rapporti tra cedente e cessionario, l'inserimento di obbligazioni aggiuntive. Ciò a condizione che abbiano oggetto diverso da quello del contratto ceduto, non siano con esso configgenti e non alterino comunque il primitivo assetto del sinallagma. Cfr.: Cass. 9 agosto 1990, n. 8098, in *Mass. Giust. civ.*, 1990, p. 1502; Cass. 6 dicembre 1995, n. 12576, in *Foro it.*, 1995, c. 800; Cass. 5 novembre 2003, n. 16635, *ivi*, 2004, c. 1450.

⁴⁷ E' ad esempio ammissibile la cessione di un contratto a prestazioni corrispettive eseguite solo in parte di modo tale che ciascun contraente avrà al tempo stesso il diritto di pretendere la controprestazione dall'altro e l'obbligo di eseguire quella ad esso incombente. Vedi in proposito MONGELLI, *La cessione del contratto preliminare*, cit. p. 442 e ss., in nota al n. 13

presupposizione del passato⁴⁸.

Difatti, si deve sottolineare che la norma non parla di produzione di *effetti* del contratto, ma di *esecuzione* delle prestazioni con esso assunte. Ciò legittima a ritenere che la produzione di effetti, anche nell'ipotesi che abbiano modificato le posizioni dei soggetti contraenti, non sia di ostacolo alla cessione.

Con tale specificazione si conferma che con la cessione il cessionario subentra nel rapporto nella *stessa* posizione, eventualmente modificata per gli effetti prodotti prima della cessione, che aveva il proprio dante causa.

Dal punto di vista soggettivo tuttavia vi è una divisione dal punto di vista cronologico nella “vita” del contratto che si svolge tra parti originarie e parti successive. Se è vero che ciò non ne modifica le regole, tuttavia è anche necessario sottolineare che ciò esclude che le eccezioni che si fondano su fatti già compiuti al momento della cessione possano essere opponibili alla nuova parte.

In conclusione, l'esigenza che il contratto sia ceduto nel suo complesso, in combinato con il requisito che le prestazioni non siano ancora state eseguite, comporta che saranno comunque escluse (solo) quelle eccezioni che si fondano su fatti compiuti e quindi non rilevano più per il prosieguo del rapporto e non possono essere eccepite alla nuova parte perché ormai esaurite⁴⁹.

6. Conclusioni.

Alla luce dei rilievi svolti nei paragrafi che precedono, il negozio di cessione del contratto risulta essere lo strumento con cui i privati, nell'esercizio della propria autonomia privata, danno luogo alla circolazione, per atto tra vivi e a titolo particolare, di un complesso di situazioni giuridiche attive e passive derivanti da contratto.

Ciò comporta che con esso vengano trasferite non le singole posizioni di

⁴⁸ Condivisione del passato che non esclude che, nel caso concreto, le parti possano giungere ad una ricostruzione condivisa del precedente contratto o possano operare una ricostruzione o un'interpretazione *ad hoc* delle questioni controverse. Ma ciò senza alterare il contenuto precettivo del contratto.

⁴⁹ BETTI, *Teoria Generale delle Obbligazioni*, cit. p. 43

credito e di debito predisposte nel regolamento contrattuale⁵⁰, ma l'intera vicenda, comprensiva di azioni, diritti potestativi, aspettative ed usi, che la fattispecie creata dagli (originari⁵¹) contraenti presuppone.

Dall'adesione al negozio di cessione deriva una trasposizione del soggetto nella posizione prima occupata da un altro, tale che al subentrante viene *attribuito* "tutto ciò che proviene o è giuridicamente riferibile al cedente"⁵². Mentre, dal lato del contraente ceduto, questi rimane obbligato nella stessa misura, e con gli stessi vincoli, in cui appariva legato alla parte originaria.

La sostituzione tuttavia non determina una *identificazione*⁵³ di un soggetto in un altro, ma l'*immissione* in un rapporto che prosegue alle stesse condizioni in cui è iniziato.

Non si realizza una finzione di permanenza dell'esistenza di un soggetto attraverso un altro, quanto piuttosto una sostituzione, finalizzata a mantenere fermo il contenuto precettivo⁵⁴ del contratto ceduto, tale per cui elemento essenziale della cessione è l'identità di questo, pur dopo l'immissione del nuovo soggetto.

L'identità si manifesta quindi sotto il profilo oggettivo e non già soggettivo.

Per tale ragione, "ciascuna parte può opporre all'altra tutte le eccezioni derivanti dal contratto base, ma non quelle fondate su altri rapporti col cedente, estranei al contratto medesimo⁵⁵" ovvero esauriti nella fase precedente la cessione⁵⁶.

⁵⁰ Ciò che avveniva, spesso in modo indiretto, attraverso la combinazione di altri istituti giuridici, prima dell'introduzione dell' "istituto" nel codice civile italiano del 1942.

⁵¹ Come è già stato rilevato non si dovrebbe parlare di *contraenti* originari e successivi, quanto piuttosto di contraenti e parti, successive e originarie. Salvo ad intendere il cessionario come contraente limitatamente al contratto di cessione, atteso che l'unico momento di contrattazione per questo si realizza nella partecipazione al negozio di cessione.

⁵² MONGELLI, *La cessione del contratto preliminare*, cit. p. 442 e ss.

⁵³ Vedi CARRESI, *Il contratto*, Milano, 1987, p. 860 "con l'accettazione dell'eredità si ha una completa identificazione della posizione del successore con quella del suo autore [...], identificazione che non ha luogo nel caso della cessione del contratto non soltanto per quanto riflette i rapporti con i terzi, ma anche per quanto concerne i rapporti fra le stesse parti".

⁵⁴ BETTI, *Teoria Generale delle Obbligazioni*, cit., p. 38

⁵⁵ Le parole sono di Carresi, in nota da PESCATORE, *Cessione del Contratto*, cit., pp. 583 e ss. alla nota n. 12.

⁵⁶ Rileva infatti PESCATORE, *Cessione del Contratto*, cit., pp. 583 e ss., come il contratto di cessione presupponga, logicamente e cronologicamente, un altro contratto, concluso tra due o più parti, il

Dalla cessione rimarranno pertanto esclusi esclusivamente quegli effetti che possano definirsi finiti e che dunque non influiranno più nello svolgimento del negozio. Atteso che questo deve essere guardato non solo come fattispecie unitaria, ma soprattutto anche continua.

La notevole latitudine del vincolo, che abbraccia tutte le eccezioni sollevabili a chi assume la qualità di parte, spinge la dottrina ad includervi anche l'azione di annullamento, di rescissione, di risoluzione e di recesso⁵⁷.

Da queste azioni rimane tuttavia separata, anche se non necessariamente esclusa, la clausola compromissoria.

Al fine di verificare se anch'essa rientri in *quel* complesso negoziale che viene trasferito per effetto della cessione, è essenziale determinarne la natura nonché la portata oggettiva o soggettiva.

Con maggiore impegno espositivo, occorre chiedersi se la clausola compromissoria attribuisca un particolare diritto potestativo, e di conseguenza non ci sia ragione di escluderne la trasmissibilità. Ovvero la sottoscrizione della clausola compromissoria costituisce un negozio (processuale in tal caso) nel negozio e pertanto sia stralciato dalla cessione a meno che non espressamente ripetuto.

Ciò dipende dalla "dimensione" oggettiva ovvero soggettiva che si attribuisce alla clausola di deroga alla giurisdizione.

Vi è da aggiungere che, a prescindere dalla opzione interpretativa prescelta, il problema della trasmissibilità della clausola è reso più complesso dal dibattito circa la sua necessaria sottoscrizione ai sensi dell'art. 1341 cod. civ.

Si pone dunque il problema della compatibilità di un consenso generalizzato

quale tuttavia "può aver già prodotto alcuni effetti e può essere già stato eseguito (seppure non integralmente)".

⁵⁷ L'elenco delle posizioni trasmesse è contenuto in DE NOVA, *Trattato di diritto Privato*³, Obbligazioni e Contratti, Tomo II, Diretto da Rescigno, Torino, 2002, p. 702 e in GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*¹⁴, Napoli, 2009, pp. 1040-1041. Diversa l'opinione di CICALA, voce *Cessione del contratto*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 896 ss., secondo quale il cessionario acquista "solo i poteri che sorgono nella fase funzionale del contratto ceduto (nella quale, appunto, egli subentra), non anche i poteri di annullamento e di rescissione, sorti in testa al cedente nella fase genetica del contratto (a cui rimane estraneo)".

ad ogni elemento del negozio e la necessità di una manifestazione formale di volontà per l'estensione della clausola compromissoria.

Capitolo II

L'arbitrato e la clausola compromissoria.

SOMMARIO: 1. Premessa introduttiva. - 2. Arbitrato: profili generali. - 3. Arbitrato e autonomia privata. - 3.1. Le ragioni del ricorso all'arbitrato. - 3.2. Le controversie arbitrabili e i poteri degli arbitri. - 4. Natura e autonomia della clausola compromissoria. - 4.1. Introduzione ai problemi. - 4.2. Autonomia strutturale e funzionale della clausola compromissoria. - 4.3. La rilevanza della clausola compromissoria nell'economia complessiva del contratto. - 5. Conclusioni.

1. Premessa introduttiva.

In questo capitolo ci si pone l'obiettivo di illustrare, in termini generali e senza pretese di completezza, quella che è la funzione della devoluzione in arbitrato e con quali modalità i privati possano dare luogo a tale devoluzione della controversia.

A tale scopo si individuerà il fondamento del potere delle parti di derogare alla giurisdizione dello Stato, mettendo in luce l'influenza dell'ambiente culturale di riferimento rispetto alla scelta di ricorrere alla risoluzione privata delle controversie.

Dopo aver individuato in quali settori è possibile delegare la decisione del conflitto a soggetti non funzionalmente deputati a tale attività, si cercherà di dare conto della rilevanza causale della devoluzione in arbitrato nelle controversie nascenti da contratto.

Dopo aver rilevato che nel nostro ordinamento la devoluzione in arbitri può derivare dalla sottoscrizione di un compromesso ovvero dall'inserimento di una clausola compromissoria, ci si soffermerà sull'analisi di questa.

A questo proposito, l'indagine avrà la finalità di enucleare un concetto di autonomia della clausola compromissoria che valorizzi la centralità della scelta derogatoria della giurisdizione da parte dei contraenti. Così da coniugare l'esigenza di indipendenza della clausola dal punto di vista giuridico, con la

centralità che essa assume ai fini del mantenimento del complesso negoziale così come progettato dalle parti.

Si procederà dunque a delineare un concetto di autonomia che soddisfi entrambe le esigenze indicate nella speranza di aggiungere ulteriori elementi alle ricostruzioni in passato suggerite della dottrina.

2. Arbitrato: profili generali.

L'arbitrato è un mezzo di risoluzione alternativa delle liti civili. Con esso le parti possono scegliere di sottrarsi alla giurisdizione statale e far decidere da soggetti privati la propria controversia⁵⁸.

La tutela statale è infatti un diritto *assicurato* ma non *imposto* ai singoli, i quali possono optare per una soluzione più condivisa della controversia, a condizione che tale volontà sia espressa.

Dalla possibilità di escludere l'intervento del giudice-funziario emerge infatti come lo Stato non abbia il monopolio della decisione dei conflitti.

Ne consegue che la fonte del potere di decidere sia diversa tra arbitro e giudice togato.

Il primo agisce in virtù del potere conferitogli da coloro che saranno i destinatari della decisione – che prende il nome di lodo –, il secondo in forza dell'*imperium*, ossia nell'ambito dell'esercizio di una funzione, essenziale all'esistenza dell'ordinamento stesso⁵⁹.

Diversamente da quanto accade per il Giudice, il potere di decidere la controversia non è attribuito all'arbitro in sé, ma *deriva* dalla decisione delle parti di rinunciare a servirsi della giurisdizione statale. Per questa ragione può dirsi che

⁵⁸ La controversia è un conflitto che sorge nel momento in cui un rapporto si pone nel concreto. E' una disputa sull'*attuazione* delle regole che disciplinano il rapporto. Ciò impedisce all'ordinamento, per usare le parole di un autorevole autore, di "realizzarsi spontaneamente nel concreto" vedi SATTAPUNZI, *Diritto processuale civile*¹³, Padova, 2004, p. 10, e comporta che i soggetti interessati demandino a terzi l'attuazione dello stesso per porre definitivamente chiarezza sulla regola da applicarsi.

⁵⁹ La giurisdizione è infatti uno dei tre poteri dello Stato. Chi la impartisce esercita una attività funzionalizzata ed è quindi soggetto alle regole dell'attribuzione e della competenza nell'esercizio del potere applicative del principio di cui all'art. 25 della Costituzione.

l'arbitro nasca con la lite, nella lite esaurisca il suo potere, e niente più di quanto possono le parti possa l'arbitro⁶⁰.

La devoluzione in arbitrato può avvenire in un momento successivo all'inizio della lite, mediante compromesso, ovvero in via preventiva, mediante l'inserimento di una clausola compromissoria in un contratto, per la possibilità che si verifichi una controversia tra due o più soggetti in merito ad un pre-individuato e specifico rapporto⁶¹.

Sia il compromesso che la clausola compromissoria possono essere annoverati tra i "negozi di composizione della lite", se si conviene nell'affermare che accordarsi per far risolvere una lite ad un arbitro è per certi versi equivalente ad averla in parte già risolta⁶².

Il fondamento negoziale della devoluzione in arbitri è alla base degli studi in ordine alla natura del lodo nonché in merito all'individuazione della

⁶⁰ L'individuazione di un parallelismo tra potere dell'arbitro e potere delle parti deve essere considerata in termini di autonomia privata e libertà di attuazione del diritto. Infatti, specularmente all'autonomia nel perseguimento di interessi dal punto di vista sostanziale, anche nel processo si manifesta la medesima libertà di iniziativa, compendiata nel c.d. principio dispositivo. I cui corollari sono il principio dell'interesse (art. 100 cod. proc. civ.) ed il principio della domanda (art. 112 cod. proc. civ.), com'è noto applicabili anche al giudizio civile davanti al giudice statale. Tuttavia l'attribuzione del potere decisionale in via derivata, come verrà rilevato nel prosieguo, limita in maniera differente il potere dell'arbitro. Non è ad esempio conferito il potere di decidere le questioni pregiudiziali con autorità di giudicato, se non espressamente autorizzato dalle parti, come non è possibile decidere controversie con pluralità di parti se tutte non vi consentano. Altrettanto esclusa è la decisione in contumacia, rileva inoltre VERDE, *Lineamenti di diritto dell'Arbitrato*, Torino, 2010, p. ?, come nel litisconsorzio necessario arbitrale la mancata sottoscrizione della convenzione della parte necessaria dà luogo a nullità non improcedibilità del procedimento, pertanto nell'arbitrato può verificarsi l'assenza ma non la contumacia.

⁶¹ Con la novella apportata al codice di procedura civile nel 2006, il legislatore ha previsto che potessero devolversi in arbitrato anche rapporti non contrattuali, purché ben individuati. In proposito si vedano i seguenti contributi CARLEVARIS, *Ambito oggettivo dell'accordo compromissorio e arbitrabilità delle controversie non contrattuali*, in Riv. Arb., 2010, pp. 611 ss.; RICCI, *La convenzione di arbitrato e le materie arbitrabili nella riforma*, Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 2007, pp.759 e ss., MOTTO, *La convenzione di arbitrato per controversie future relative a rapporti non contrattuali (art. 808 bis cp.c.)*, in www.judicium.it.

⁶² Secondo autorevole dottrina "la parte che riesce a indurre l'altra parte a stipulare un compromesso ha già ottenuto una notevolissima vittoria, in quanto ha escluso l'azione e la giurisdizione e quindi ha – sia pure in potenza – composto la lite". Così che l'arbitrato assume anche un ruolo di pace e convivenza e non solo una scelta di autonomia. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 2, Milano, 1971 p. 162.

manifestazione di volontà che assicuri che via sia stata effettiva adesione al negozio di composizione della lite⁶³.

Quanto al primo punto è da sempre oggetto di studi ed approfondimenti la problematica relativa alla natura del loro⁶⁴.

Quanto al secondo, invece, ci si chiede come debba essere espressa la volontà di devolvere in arbitrato la controversia, e se possa ammettersi una manifestazione di volontà implicita o non diretta.

Quest'ultimo problema si pone con particolare riferimento alla clausola compromissoria⁶⁵, nella prospettiva di determinare quali siano i limiti della sua estensibilità a soggetti che vi si sono legati in maniera non diretta, ma che ad essa possono (forse) ritenersi vincolati in virtù di altri principi generali dell'ordinamento.

La risoluzione del problema dipenderà dalla natura che si vuole riconoscere alla clausola compromissoria inserita nei contratti e dal significato da attribuire al concetto di autonomia che la caratterizza.

3. Arbitrato e autonomia privata.

3.1. Le ragioni del ricorso all'arbitrato.

Nel nostro ordinamento l'istituto arbitrale ha goduto di fortune alterne.

⁶³ L'investitura privata comporta che la devoluzione in arbitri debba avvenire in virtù di un valido atto di manifestazione di autonomia privata, tale da permettere di accertare inequivocabilmente la volontà di rinunciare a servirsi dell'apparato di tutela predisposto dall'ordinamento.

⁶⁴ Il problema della natura dell'arbitrato e del lodo ha affannato e continua ad affannare la dottrina da sempre. Ciò nondimeno, non sono mancati atteggiamenti critici rispetto a tale preoccupazione che è stata definita "formula madre di problemi fittizi" SASSANI, *Sulla legittimazione del giudice privato a sollevare una questione di costituzionalità*, in *Giust. civ.*, 2002, p. 59 come pure "storia di idee più che di fatti, o se si vuole dire meglio, una storia di fatti determinati dalle idee" SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, cit., p. 166. Tra i tanti studi dedicati al tema si ricordano PUNZI, *Efficacia di sentenza del lodo*, in *Riv. Arb.*, 2005, pp. 819 e ss.; NELA, *Art. 824 bis c.p.c., Efficacia del Lodo*, in *Le recenti riforme del processo civile*, Chiarloni (a cura di), Bologna, 2007, pp. 1842; D'ALESSANDRO, *Art. 824 bis c.p.c., Efficacia del Lodo*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, Briguglio e Capponi (a cura di), Milano, 2009, pp. 960 e ss.; PUNZI, *Riaffermazione natura privata arbitrato*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2005, pp. 819 e ss.; DI MEGLIO, *L'autosufficienza del lodo (rituale) nella nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. Arb.*, 2007, pp. 652 e ss.; CARPI, *Art. 824 bis c.p.c., Efficacia del Lodo*, in *Arbitrato*², Carpi (a cura di), Bologna, 2007, pp. 586 e ss.

⁶⁵ Essendo il compromesso un negozio successivo all'insorgere della lite non sarà difficile individuare quali siano i soggetti in essa coinvolti e che hanno voluto rinunciare alla giurisdizione dello Stato. Le problematiche che afferiscono al compromesso non saranno dunque relative alla portata applicativa soggettiva, quanto, più frequentemente, all'ambito oggettivo della materia devoluta ad arbitri.

Nella vigenza del codice di procedura del 1865 tale strumento di risoluzione privata delle controversie trovava disciplina nei primi articoli del codice di rito. La collocazione sistematica era sintomatica del favore del legislatore del periodo per il giudice privato. Con l'introduzione del nuovo codice di procedura civile, nel 1940, gli articoli dedicati all'arbitro sono stati invece relegati nella parte finale⁶⁶.

Questa breve considerazione di ordine "topografico" dimostra come l'ordinamento si sia distaccato dalla giustizia privata a favore di quella statale.

Le ragioni che inducono un ordinamento a favorire ovvero a disincentivare il ricorso alla "giustizia privata" vanno probabilmente ricercate sul piano sociale e politico⁶⁷. Non è quindi casuale che quanto più una società sia ricca di valori

⁶⁶ Il codice di procedura del Regno d'Italia venne emanato in attuazione della Legge per l'Unificazione dell'Italia del 2 aprile 1865 n. 2215, si apriva con un titolo dedicato alla Conciliazione, subito seguito da quello dedicato al Compromesso e quindi alla possibilità per i privati di far decidere la controversia da arbitri. Dalla collocazione sistematica emerge chiaramente come il legislatore dell'epoca, in aderenza allo spirito liberale che connota il coevo codice civile, abbia voluto enfatizzare l'attribuzione ai singoli del potere di regolare da sé i propri rapporti. Particolarmente significativa la valorizzazione dell'autonomia privata nella fase della gestione della controversia, quindi in un momento successivo rispetto al momento in cui si crea il rapporto giuridico tra due privati, poiché denota un atteggiamento di fiducia verso soluzioni ispirate non al rigore della legge quanto piuttosto alla rapidità ed alla condivisione del risultato. Opposto l'assetto del codice di procedura fascista che, coerentemente al regime autoritario dell'epoca, mantiene sì la possibilità di ricorrere all'arbitrato, ma sottolinea la residualità dello strumento privato di risoluzione della controversie, disciplinandolo nell'ultimo libro e nell'ultimo titolo del codice di rito.

⁶⁷ A questo proposito è interessante rimandare al pensiero di un autorevole giurista ed ai suoi Saggi di Diritto Civile. In particolare, in uno scritto dedicato alla Libertà e Stato, l'A. sottolinea come la modalità di organizzazione della società si rifletta sul modo di essere del diritto. In particolare l'A. contrappone la dottrina liberale alla dottrina collettivista ed il ruolo che lo Stato assume nelle due ideologie. Lo Stato Liberale è un'autorità che impone e che si pone in via diretta – senza intermediazioni – con il cittadino. L'apparato statale è posto a servizio dei consociati, tuttavia nei loro può esercitare il massimo imperio. A fronte di tale "forza" lo Stato Liberale è anche un'istituzione che interviene solo in un momento residuale, quando cioè è fallito il tentativo di permettere ai singoli di organizzarsi da sé. Nello Stato Collettivo invece l'individuo assume in un certo senso un ruolo funzionale. L'istituzione Stato non è più il mezzo del quale il singolo si serve quando l'ordinamento non si è "spontaneamente attuato" tra privati, ma è il momento di unificazione e raccordo degli interessi della comunità. Per tale ragione tutto deve fare capo allo Stato che controlla e regola ogni manifestazione sociale, mentre lo spazio di "autogestione" si riduce. Con il passaggio dallo Stato Liberale allo Stato Collettivo si evolvono anche i concetti di uguaglianza e l'istituto giuridico della causa-intesa quale funzione- del contratto. L'uguaglianza assume i connotati di un sistema di livellamento ed armonizzazione delle condizioni di tutti, a differenza dell'uguaglianza (formale) che esprimeva il concetto di medesima sottomissione alla legge. Inoltre la tutela delle operazioni negoziali è subordinata ad un controllo di meritevolezza pregnante, volto ad assicurare che anche con la contrattazione i singoli si rendano strumento del raggiungimento degli interessi comuni pre-individuati a livello statale. Vedi SANTORO PASSARELLI, *Saggi di Diritto Civile*, Napoli, 1961, p. 115-124. Poste tali premesse non stupisce che in uno Stato in cui il potere pubblico lascia libero il cittadino di autoorganizzarsi ed autodisciplinarsi, anche nel momento della soluzione del conflitto ci sia massimo

condivisi, ed i soggetti che la compongono possiedano un'identità culturale omogenea, tanto più sarà agevolato, incoraggiato e valorizzato il ricorso a strumenti di giustizia che non facciano leva sulla rigorosa applicazione della legge, ma prediligano la celerità della soluzione e la partecipazione alla stessa⁶⁸.

Per tali ragioni si comprende che l'opzione per la tutela arbitrale trova (sempre) fondamento nella libera volontà dei privati.

Le parti si accordano per devolvere ad un terzo - individuato secondo modalità che possono variare, ma che comunque assicurino l'imparzialità del lodo - la soluzione della propria controversia. Conseguentemente, la decisione adottata, benché non proveniente dalle parti direttamente⁶⁹, è comunque una

spazio per l'autodisciplina. In un contesto in cui, invece, tutto vuole essere controllato ed omogeneizzato il ricorso a strumenti alternativi alla giurisdizione per la soluzione delle controversie è considerato come un'opzione residuale o comunque non suggerita. Per un parallelo tra il ricorso all'arbitrato e la cultura sociale dello Stato si veda anche PICARDI, "I grandi modelli socio-culturali per la giusta risoluzione delle controversie civili internazionali e nazionali", in *Riv. Arbitrato*, 2011, pp. 365 e ss. dove si evidenzia come il ricorso a modelli alternativi alla giurisdizione trova terreno fertile soprattutto nei contesti in cui la condivisione di regole comuni nell'agire giuridico e culturale è massima. L'A. mette anzitutto a confronto i sistemi orientali ed occidentali e valorizza il ruolo della tradizione quale elemento di massima influenza al fine della risoluzione delle liti in forma non statale.

⁶⁸ L'*humus* culturale, e non solo quindi politico, è sicuramente un fattore rilevante per la diffusione dello strumento arbitrale. Anche ai nostri giorni è possibile apprezzare differenze rilevanti nel ricorso a tale strumento a seconda del contesto a cui ci rivolgiamo. Negli Stati connotati da omogeneità culturale e in cui, per motivi prettamente storici, è forte la tradizione comune anche la società civile è più favorevole ed incline al ricorso a strumenti alternativi al sistema statale per la risoluzione dei conflitti. Diversamente nei paesi più "giovani" o che comunque sono stati caratterizzati da momenti di scontro sociale rilevante, dove è ritenuta più sicura la scelta giurisdizionale e vi è maggiore diffidenza verso la soluzione alternativa, che necessita fondamentalmente un momento di condivisione. Se lo Stato Italiano nel 1865 non poteva certo definirsi uno Stato connotato da grande omogeneità culturale, si deve comunque sottolineare come all'epoca i soggetti giuridici ai quali ci si rivolgeva erano soprattutto, se non esclusivamente, i proprietari. Il codice civile del 1865 era infatti spiccatamente dedicato alla tutela della proprietà e alla regolamentazione del commercio – non a caso la disciplina delle due branche del diritto era contenuta nello stesso testo normativo – e quindi i destinatari delle norme erano accomunati da identità di interessi ed omogeneità quanto meno di classe. Tutt'oggi il maggior ambito di diffusione per l'arbitrato è il commercio, soprattutto internazionale, e ciò dimostra come figure quali l'arbitrato siano strumenti utilizzati in contesti in cui vi è una comunità che condivide gli stessi obiettivi e ragiona secondo logiche comuni.

⁶⁹ Si deve distinguere la soluzione *privata* dalla soluzione *autonoma* della controversia. Le modalità di soluzione della controversia possono infatti avvenire senza ricorrere al potere statale tuttavia non tutte possono definirsi autonome, vale a dire autoproduttive di regole. Sono autonome forme di risoluzione la transazione e, nei limiti in cui lo si annovera tra i negozi con finalità compositiva, il negozio di accertamento. E' invece *eteronoma* la soluzione della controversia mediante devoluzione ad arbitri. Le parti infatti non disciplinano da sé il nuovo assetto dei propri interessi, quindi la soluzione proviene da una fonte esterna di disciplina, seppure a monte vi sia stata una manifestazione di volontà per accettare il vincolo. Si veda in proposito LUISO, *Il sistema dei mezzi negoziali per la risoluzione delle controversie civili*, in www.judicium.it.

decisione che anche queste hanno contribuito a raggiungere, ed è quindi ad esse che si può, in ultima analisi, ricondurre.

A tale proposito il brocardo “*iudicium redditur in invitum, sed compromissum non redditur in invitum*” denota come alla scelta di deferire ad arbitri la controversia consegua una risoluzione sempre, benché mediatamente, riconducibile alla scelta volontaria, e per questo si discosti dalla sentenza dei giudici statali.

Ciò nondimeno, quello degli arbitri è a tutti gli effetti un giudizio, che, in quanto tale le vincola e si impone a loro.

Secondo il brocardo P “*Arbiter est qui inter partes iudicis assumit officium, non qui amicabiliter componit*”, l’arbitro non è un soggetto che coadiuva le parti nel raggiungimento dell’accordo, ma un soggetto che ad esse si sostituisce nella regolamentazione dei loro interessi, in virtù del potere che esse stesse gli hanno conferito.

Nei limiti di tale potere, inteso sia in termini di soluzione materialmente da adottare che in termini di ampiezza delle questioni da decidere, l’arbitro stabilisce infatti in modo vincolante quella che sarà la regola del rapporto tra le parti per il futuro.

3.2. Le controversie arbitrabili e i poteri degli arbitri.

Con la novella apportata al codice di procedura civile con Legge 24 Febbraio 2006 n.52 ha, da un lato, trovato nuova conferma⁷⁰ il fondamento negoziale

⁷⁰ Sulla utilità di approfondire il tema della natura dell’arbitrato si veda la nota n. 64. Meno bizantina è forse la disputa in ordine agli effetti, giurisdizionali o negoziali, del lodo. A questo proposito, malgrado l’opinione in assoluto prevalente sia di riconoscere natura negoziale all’arbitrato e al lodo, è necessario tuttavia segnalare che sulla natura negoziale del lodo (rituale) ancora non vi è unanimità di pensiero. Critico rispetto all’esclusione del lodo dalle garanzie della giurisdizione RICCI, *La never ending story della natura negoziale del lodo: ora la Cassazione risponde alle critiche*, in www.judicium.it. Lo stesso Autore in altra occasione afferma tuttavia che “l’arbitrato è senza dubbio processo, anche se non giurisdizione (appannaggio solo del processo condotto dai giudici statali)”, tuttavia ribadisce come, in quanto processo, “deve godere di tutte le prerogative che la nostra Carta costituzionale assicura al processo di fronte ai giudici togati, che è una sua forma di manifestazione (senza dubbio la principale), ma non l’unica” RICCI, *Diritto processuale civile*³, I, Torino, 2009, pp. 9 ss. Per quanto riguarda in particolare la natura degli effetti del lodo dopo la riforma del 2006 si vedano i contributi richiamati alla nota n. 64 già citata. La disputa dottrinale ha acquisito nuovo vigore a seguito dell’introduzione dell’art. 824 *bis* cod. proc. civ. che disciplina gli effetti del lodo. La dottrina si è occupata di verificare se fosse ammissibile riconoscere al lodo gli effetti del giudicato pur rispettandone la natura negoziale. A parere di chi scrive l’attribuzione della natura negoziale non è di ostacolo per riconoscere in capo al lodo valore di

dell'arbitrato, da un altro lato si è fatta chiarezza su quale sia il criterio sulla base del quale individuare le controversie arbitrabili e il potere degli arbitri.

Il nuovo testo normativo è infatti ricco di indicazioni che orientano l'interprete nel ricercare il fondamento di tale potere e gli ambiti del suo esercizio, a cominciare dalla prima norma di disciplina che è l'art. 806 cod. proc. civ. e che al primo periodo prevede che "Le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte che *non abbiano per oggetto diritti indisponibili*, salvo espresso divieto di legge".

Il vecchio articolo 806 c.p.c. stabiliva invece che "le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte, tranne quelle previste negli articoli 409 e 442, quelle che riguardano questioni di stato e di separazione personale tra coniugi e le altre che *non possono formare oggetto di transazione*".

Con la vecchia formulazione il legislatore individuava come categoria residuale, per delimitare l'ambito delle controversie arbitrabili, i diritti che potevano formare oggetto di transazione⁷¹, ed era quindi d'obbligo il rimando alle norme sulla transazione. In particolare all'art. 1966 cod. civ. i sensi del quale la transazione può avvenire solo nell'ambito di diritti disponibili in quanto "per transigere le parti devono avere *la capacità di disporre dei diritti che formano oggetto della lite*".

A tutta prima sembrerebbe che con la riforma non vi sia stata una vera

giudicato dopo che siano scaduti i termini per l'impugnazione di tale atto. Tale affermazione deriva dalla semplice applicazione dei principi che disciplinano il giudicato. Il giudicato esprime una qualità della sentenza ovvero la sua stabilità. La disciplina delineata con il *dictat* del giudice diventa irrettrabile nel momento in cui la fonte da cui promana non possa più essere più modificata. L'irrettrabilità deriva quindi dal regime dell'atto fonte della disciplina del rapporto. Le sentenze sono vincolanti per le parti, ma sono contestabili con lo speciale regime delle impugnazioni, e quindi nei limiti di tempo che il legislatore prevede per esperirli, da qui la nozione di giudicato (in senso c.d. formale). Tutto ciò premesso, non vi è ragione di negare che nel lodo vi siano gli stessi caratteri che consentono alla sentenza di "passare in giudicato". Anche il lodo è un atto, soggetto ad un particolare regime, tale per cui, se non contestato nei termini di cui agli artt. 827, 828, 829, 830 cod. proc. civ., le statuizioni in esso contenute non possono più essere modificate. Poiché il contenuto di esso attiene alla regola di un rapporto tra privati, vi è perfetta identità tra la sentenza ed il lodo quanto agli effetti. Non c'è quindi ragione di escludere il lodo dal regime del giudicato, ma neanche trarre da questo la natura giurisdizionale dello stesso.

⁷¹ E' rimasta invece la scelta di indicare per esclusione ciò che *non* può essere oggetto di convenzione arbitrale. Sintomo della volontà di ampliare al massimo le controversie arbitrabili piuttosto che individuarle come un numero finito.

rivoluzione in ordine all'individuazione delle controversie arbitrabili⁷². Tuttavia questa prima impressione è forse affrettata.

Dal richiamo delle norme sulla transazione discendeva che l'arbitrabilità di una lite fosse individuata in via secondaria a seguito di una prima verifica sulla transigibilità della materia. Il rinvio alla disciplina della transazione comportava quindi che anche all'arbitrato si applicassero tutti i limiti in tema di transigibilità di una controversia.

Il limite maggiore era, in particolare, quello relativo al negozio illecito, disciplinato all'art. 1972 cod. civ. rubricato "Transazione su titolo nullo".

I risvolti in tema di arbitrabilità comportavano una notevole riduzione delle controversie arbitrabili, si escludeva infatti che potesse farsi decidere agli arbitri la soluzione di una controversia in cui fosse in discussione un contratto illecito.

Detto in altri termini, poiché la transazione su un titolo illecito era invalida si riteneva che all'arbitro fosse precluso di decidere in merito ad una controversia col medesimo oggetto, fosse anche solo per affermare l'illiceità del negozio.

Tale interpretazione, sebbene coerente con il dato normativo, che imponeva un rimando alla disciplina della transazione per individuare le controversie arbitrabili, mal si conciliava con la funzione e l'utilizzabilità⁷³ dell'arbitrato.

Scopo della disciplina della transazione sul contratto illecito è di non consentire alle parti di superare tale illiceità e dare, anche se in modo indiretto,

⁷² Si ricordi che la prima norma in materia di arbitrato a prevedere il requisito della disponibilità del diritto quale criterio per individuare le controversie devolvibili in arbitri è stato l'art. 34 del D.Lgs. 17 gennaio 2003 n. 5 contenente la disciplina del rito societario. Si ricordi inoltre che la procedura in materia di controversie societarie è stata quasi integralmente abrogata, ma sono rimaste in vigore le disposizioni relative all'arbitrato.

⁷³ L'area giuridica in cui era maggiormente avvertito il problema del collegamento tra arbitrabilità e transigibilità era quello delle delibere societarie. Non è un caso che il superamento del riferimento alle controversie transigibili sia avvenuto, come ricordato alla nota precedente, proprio con l'introduzione del rito societario con il D.Lgs. 17 gennaio 2003 n. 5. Per un'analisi più approfondita del problema derivante dalla identità dei campi di operatività dei due istituti in materia societaria e delle soluzioni proposte in dottrina e giurisprudenza v. RICCI, *Dalla << transigibilità >> alla << disponibilità >> del diritto. I nuovi orizzonti dell'arbitrato*, in *Riv. Arb.*, 2006, pp. 270 e ss. Altre materie in cui il ricorso all'arbitrato è stato ostacolato in ragione della (presunta) equivalenza tra i concetti di disponibilità e transigibilità sono state quelle relative alla rescissione del contratto (artt. 1451 e ss. cod. civ.); sul diritto agli alimenti (artt. 445- 447 cod. civ.) e sull'assegno di separazione e divorzio (artt. 155 e 156 cod. civ.)

attuazione ad un titolo illecito⁷⁴. Questa *ratio* mal si coordina invece con la funzione dell'arbitrato, che non è quella di “utilizzare” il negozio nullo, bensì di stabilire, decidere, accertare, in modo vincolante per le parti, quale sia la regola di condotta tra di esse, e ciò anche affermando che una specifica determinazione negoziale non potrà essere applicata poiché del tutto priva di effetti.

A conferma del fatto che l'arbitro svolge funzioni decisorie ed attività di giudizio attraverso l'applicazione del diritto⁷⁵ può essere utile il richiamo alla nota sentenza n. 376 del 2001 della Corte Costituzionale.

In tale occasione i Supremi Giudici hanno preso posizione sulla possibilità del giudice privato di sollevare l'incidente di legittimità costituzionale, qualora la questione assuma carattere pregiudiziale per la risoluzione di una controversia sottoposta al Collegio Arbitrale (o all'Arbitro Unico)⁷⁶.

In disparte le considerazioni circa la natura giurisdizionale ovvero negoziale

⁷⁴ La disciplina di cui all'art. 1972 cod. civ. prevede diverse forme di invalidità per la transazione eseguita su un contratto nullo. Con maggiore impegno impositivo, la invalidità non è sanabile quando il contratto che ha dato luogo alla transazione sia nullo poiché affetto da illiceità. Invece quando il contratto su cui è stata operata la transazione era invalido per causa diversa dalla illiceità si applicherà la regola dell'annullabilità e a condizione che la parte fosse consapevole dell'invalidità del contratto che ha fatto da presupposto logico-cronologico della transazione. La *ratio* della norma deriva dal fatto che il nostro ordinamento conosce diverse forme di nullità dell'atto, dipendenti dalla “causa” che dà origine al vizio. Sebbene si sia soliti affermare in via generale che il *quod nullum est nullum producit effectum* le ragioni che portano l'ordinamento a disconoscere un atto sono differenti. Nel caso in cui la nullità derivi dalla illiceità l'ordinamento non riconosce effetti all'atto in quanto questo si pone in diretto contrasto con i valori dell'ordinamento che quindi lo contrasta, lo ripudia e lo sanziona. Nelle altre ipotesi di nullità l'ordinamento non riconosce l'atto perché (semplicemente) non conforme alle proprie regole, ma con esse non necessariamente in contrasto. Di qui la possibilità che questo sia superato e sanato da un atto conforme alle regole ordinamentali. In questi casi l'interesse generale dell'ordinamento alla produzione di atti conformi è raggiungibile con un atto di autonomia privata; ciò non può accadere in presenza di un atto nullo perché illecito, in quanto tale atto non è meramente non conforme, ma esattamente opposto ai valori ordinamentali ed in nessun senso esso può avere attuazione nemmeno indiretta o mediata.

⁷⁵ Non inficia l'assunto la possibilità per gli arbitri di decidere secondo equità. Equità infatti non significa esclusione del diritto, poiché l'equità comporta la non applicazione formale di determinate regole, ma sempre il rispetto dei principi della materia. Piuttosto che una fuga dal diritto, l'equità attribuisce il potere di adattare il diritto già esistente alla esigenza speciali del singolo caso. Traendo il criterio di giudizio dallo spirito del diritto vigente nell'epoca in cui la decisione è adottata. La *ratio decidendi* deve quindi essere improntata a parametri di giudizio che tengano conto di criteri e principi ispirati alla correttezza, buona fede e ragionevolezza. Inoltre, sebbene nel giudizio di equità non si dia luogo alla applicazione rigorosa di una data norma di diritto, esso comunque rimane un'attività di giudizio. Si veda in proposito il Lodo Arbitrale annotato da PICCININI, *Arbitrato ed equità: un connubio sempre attuale*, in *Riv. Arb.*, 2005, pp. 345 ss.

⁷⁶ La previsione esplicita di tale potere ai sensi dell'art. 819 *bis* n.3 cod. proc. civ. è frutto dell'adeguamento legislativo alla nota decisione della Corte Costituzionale in commento.

dell'arbitrato che da tale pronuncia si ricavano⁷⁷, ciò che rileva evidenziare in questa sede è che tale potere è stato ricondotto alla circostanza che l'attività degli arbitri consiste nella “*applicazione obiettiva del diritto nel caso concreto, ai fini della risoluzione di una controversia, con le garanzie del contraddittorio ed imparzialità tipiche della giurisdizione civile ordinaria*” (Corte Cost. 22 novembre 2001, n. 376).

Riconoscendo l'opportunità che gli arbitri sollevino questione pregiudiziale davanti alla Corte Costituzionale, i Giudici Costituzionali, implicitamente, riconoscono il carattere vincolante del lodo, e la rilevanza nell'ordinamento alla stregua di un “atto di giudizio”⁷⁸.

Nel momento in cui si riferiscono alla “*applicazione obiettiva del diritto*”, i Giudici Costituzionali non possono che riferirsi ad una applicazione analoga a quella del giudice nelle sentenze. Ne discende che l'attività arbitrale ha una portata diversa rispetto ad una applicazione “consumistica” del diritto quale quella che fanno di norma i privati nella stipula del contratto⁷⁹.

Da quanto premesso può evincersi che gli arbitri non si “servono” del diritto, ma lo applicano e lo impongono, dando luogo a pronunce vincolanti.

⁷⁷ Sebbene non prenda (manifesta) posizione sul problema della natura dell'arbitrato, la sentenza della Corte Costituzionale lascia ad intendere di ritenere che trattasi di un istituto di carattere negoziale. La legittimazione a sollevare questione di legittimità costituzionale non è stata infatti giustificata dal fatto che l'Arbitro esercita funzioni giurisdizionali, bensì dalla circostanza che l'arbitro debba applicare norme di diritto.

⁷⁸ Sotto questo profilo la sentenza della Corte pare aver gettato le basi per l'introduzione dell'art. 824 *bis* c.p.c., norma che, secondo l'interpretazione qui preferita, non giustifica l'equiparazione dell'arbitro al giudice statale, ma equipara *quoad effectum* le due pronunce. La norma è stata interpretata da alcuni commentatori nel senso di attribuire natura giurisdizionale all'arbitrato. Pare invece più convincente la tesi che assegna all'arbitrato natura negoziale. Il dibattito è principalmente concentrato sulla possibilità per il lodo di acquisire gli effetti del giudicato. L'attribuzione della natura negoziale tuttavia non costituisce un ostacolo per riconoscere in capo al lodo valore di giudicato dopo che siano scaduti i termini per l'impugnazione di tale atto. Si veda in proposito nota n. 70.

⁷⁹ Tale considerazione è perfettamente congruente con quanto rilevato in ordine all'abbandono dell'equiparazione tra controversie arbitrabili e transigibili. Non c'è un *utilizzo* delle norme di diritto per asservirle all'uso personale, ma una loro *applicazione* secondo le regole dell'ordinamento. Non deve quindi confondersi la disponibilità con la derogabilità delle norme. La disponibilità è concetto diverso dalla vincolatività della norma. Una disposizione può essere vincolante ma allo stesso tempo disponibile. La disponibilità si risolve sul piano *della* attuazione, la vincolatività attiene invece al rispetto delle regole *nella* attuazione. Una norma può essere inderogabile ma l'effetto giuridico da essa disciplinato può essere disponibile nel senso di lasciare le parti libere se darle o meno applicazione. Quindi il controllo della disponibilità attiene al piano della compromettibilità della controversia, mentre quello di derogabilità potrà tutt'al più esplicarsi in sede di controllo del lodo. Ciò trova conferma nell'art. 829 cod. proc. civ. che nel disciplinare l'impugnazione per nullità del lodo, mostra come sia il lodo ad essere sottoposto ad un controllo sotto il profilo del rispetto delle norme giuridiche, quindi il frutto del giudizio, dopo che esso si è svolto.

Detto altrimenti, l'arbitro non sanerà, ma accerterà e sanzionerà l'illiceità⁸⁰.

Non c'è ragione dunque di porre i divieti che si pongono nell'ambito della transazione, atteso che non rileva ogni divieto al potere negoziale, bensì solo quel divieto concernente la produzione di effetti giuridici dissimili dal diritto⁸¹.

L'emancipazione dell'arbitrato dall'istituto della transazione ha quindi il merito di aver fatto emergere con chiarezza quale sia la funzione della devoluzione in arbitri, ossia quella di attribuire ai privati la scelta sulle "modalità di attuazione" del proprio diritto.

La disponibilità attiene infatti alla deferibilità della richiesta di "attuazione" a giudici diversi da quelli forniti dall'ordinamento ed alla possibilità di potersi sottrarre al potere statale nella attuazione del proprio diritto.

La devoluzione in arbitro non è quindi una disposizione⁸² del diritto sostanziale, ma la sottrazione dell'attuazione di tale diritto al controllo della giurisdizione statale con contestuale attribuzione della *potestas iudicandi* in capo agli arbitri ed "il *quantum* di autonomia negoziale a tal fine necessario è minimo,

⁸⁰ Il controllo sulla nullità è inderogabile, quello sulla attuazione dei rimedi della nullità può essere invece disponibile.

⁸¹ "Il fatto che il motivo per cui l'art. 1972 c.c. vieta la transazione sul contratto illecito non ha nulla a che fare con la disponibilità o meno del diritto, ma deriva solo da considerazioni di ordine pratico, che consistono esclusivamente nella circostanza che si vuole evitare che attraverso la semplice volontà privata, possa impedirsi l'applicazione di una sanzione (la nullità appunto) derivante dalla violazione di inderogabili norme di ordine pubblico" RICCI, *Dalla << transigibilità >> alla << disponibilità >> del diritto*, cit, p. 268 perché "si vuole cioè evitare che attraverso un accordo tra le parti, possa sanarsi un vizio come quello della illiceità del contratto, che più di altri offende l'ordine pubblico" RICCI, *La convenzione di arbitrato e le materie arbitrabili nella riforma*, Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 2007, pp.759 e ss. Conferma nell'art. 829 cod. proc. civ. dal quale emerge che il controllo sul lodo è un controllo di validità sulla statuizione anche rispetto a regole imperative. Quindi l'esistenza di una norma imperativa si pone quale limite alla validità del lodo e non alla compromettibilità della controversia. Nulla impedisce quindi che il lodo dichiari la nullità di un negozio che è appunto applicazione delle norme imperative.

⁸² Con la stipula del patto compromissorio non si realizza un utilizzo vietato al diritto controverso, né si aliena la situazione sostanziale intrasmissibile, né, più in generale, si attua alcuna regolamentazione del rapporto giuridico litigioso. "Gli arbitri svolgono attività di giudizio e non di disposizione. L'assetto delle relazioni sostanziali è dettato da un atto decisorio, e non da un negozio giuridico (...) La disposizione che prevede l'impugnabilità del lodo per violazione dell'ordine pubblico sostanziale (art. 829, comma 3) offre un'indiretta, ma chiara, conferma dell'assunto, per il quale non è corretto riportare il concetto di disponibilità ai limiti posti all'autonomia privata nella regolamentazione del diritto compromesso in arbitri (...) Le norme che, sul piano sostanziale, identificano l'area degli effetti giuridici illeciti, e, dunque, l'area degli effetti non producibili dall'autonomia privata, sono quelle medesime norme la cui violazione ad opera del lodo fonda il motivo di impugnazione in esame (...) La norma di ordine pubblico costituisce un limite del contenuto della pronuncia arbitrale; non ne identifica, invece, una condizione di ammissibilità" MOTTO, *Le controversie arbitrabili alla luce della riforma dell'arbitrato del 2006 (art. 806 c.p.c.)*, in www.judicium.it.

e si identifica con il riconoscimento, da parte dell'ordinamento, del rilievo della volontà privata in ordine alle modalità con cui concretizzare quel rapporto giuridico⁸³.

Il limite alla arbitrabilità andrà dunque ricercato secondo questo autonomo⁸⁴ concetto di disponibilità, non più dipendente da quello di transigibilità.

L'arbitrabilità o meno della controversia dipenderà piuttosto dal rilievo sociale della stessa e dalla necessità di attribuire al monopolio statale la decisione se dare o meno attuazione al diritto controverso⁸⁵.

La disponibilità diventa allora espressione di quell' "egoismo" nel perseguimento dell'interesse protetto dalla norma civile, che si manifesta *anche* mediante l'attribuzione al privato, e nei limiti del suo vantaggio, dell'iniziativa di darvi o meno attuazione, secondo le modalità ritenute più idonee⁸⁶. Il che conferma la stretta relazione tra il principio di autonomia privata ed il ricorso all'arbitrato.

⁸³ MOTTO, *Le controversie arbitrabili alla luce della riforma dell'arbitrato del 2006 (art. 806 c.p.c.)*, in www.judicium.it. Secondo BARLETTA, *La disponibilità dei diritti nel processo di cognizione e nell'arbitrato*, in *Studi in Onore di Vittorio Colesanti*, Napoli, 2009, p. 998, "nel compromesso si realizza una disposizione (o meglio una peculiare modalità d'esercizio) del diritto processuale alla tutela giurisdizionale e (una particolare espressione) della legittimazione ad agire per la tutela di un proprio diritto".

⁸⁴ La nuova concezione di indisponibilità comporta che non ogni divieto posto da norme inderogabili assuma rilievo, ma unicamente i divieti relativi al compimento di atti giuridici qualificati da un determinato contenuto che si pone in posizione antitetica rispetto all'ordinamento. Parallelamente al potere di esercitare determinati diritti vi è quello di decidere di dargli attuazione e scegliere la modalità con cui farlo. Ciò determina che laddove vi sia libertà di fini ciò sarà compatibile con la scelta dei mezzi per darvi attuazione.

⁸⁵ La disponibilità deve quindi essere temperata al rilievo pubblico della questione. Il limite all'arbitrabilità sarà possibile – legittimo- solo laddove si fuoriesca dall'ambito dei rapporti strettamente intersoggettivi e sorga l'esigenza di una tutela rafforzata di situazioni che coinvolgono l'intero ordinamento giuridico. L'indisponibilità attiene alla decidibilità a mezzo di arbitri, poiché la scelta se attuare o meno il diritto non è rimessa ai singoli. Il limite alla compromettibilità è quindi di tipo funzionale. L'arbitrato può svolgersi quando la scelta se attuare tali diritti sia rimessa alla volontà delle parti, fuori da questi casi non è possibile l'arbitrato in quanto l'ordinamento così come autorizza i privati a regolare da sé i propri interessi, può porre dei limiti. A tal proposito si tratterà di escludere quelle controversie la cui decidibilità da parte di arbitri è di per sé un disvalore. Il problema si sposta dunque sul come operare questa selezione. Ad es. nella materia societaria ci si muove su di un piano molto articolato dove l'interesse superiore di tutela del mercato e dell'economia potrebbe porre limiti maggiori a questa libertà di attuazione del diritto. Tutto ciò è coerente con l'art. 34 c.5 dlgs n. del 2003 che esclude l'arbitrato per le materie in cui è obbligatoria la presenza del PM.

⁸⁶ Deve infatti precisarsi che anche la scelta di adire l'autorità giudiziaria, cioè esercitare l'azione, rientra nell'ambito di una scelta del privato di dare attuazione al proprio diritto. Tale potere di scelta può essere infatti definito quale "potere di iniziativa decisoria" o "potere di chiedere al giudice di decidere".

Altre norme modificate dall'intervento legislativo citato consentono invece di rilevare la stretta derivazione del potere degli arbitri da quello delle parti, come una sorta di delega di queste ultime ai giudici privati.

Tra queste possono citarsi ad esempio le norme che disciplinano il processo arbitrale con pluralità di parti (artt. 816 *quater* e 816 *quinquies* c.p.c.).

Caratteristica del potere, o meglio della funzione giurisdizionale, è quella di potersi imporre. In quanto potere esplica i suoi effetti anche in modo unilaterale, influenzando sulla sfera giuridica dei soggetti a prescindere dal loro consenso. Solo nel processo giurisdizionale infatti non ci sono i limiti alle decisioni in contumacia né all'estensione degli effetti della sentenza sui soggetti che pur potendo non hanno partecipato⁸⁷.

La derivazione del potere dalle parti non consente invece ampliamenti dei soggetti destinatari degli effetti del lodo.

Il lodo è una decisione richiesta ed accettata a monte, è il contenuto di un "autocomando". Il fulcro dell'arbitrato è infatti il principio del *simul promittere stare sententiae arbitri*, tale che fuori da questa preventiva disponibilità a vincolarsi alla decisione arbitrale non c'è autorità per il lodo di vincolare le parti.

Di tutto questo sono sintesi la disciplina degli articoli sopra richiamati, dove emerge la necessità che tutte le parti che partecipano al giudizio arbitrale abbiano prestato il loro preventivo consenso⁸⁸.

⁸⁷ In merito alla inapplicabilità dell'istituto della contumacia al giudizio arbitrale si rinvia a quanto accennato nella nota n. 61. Si è infatti rilevato come l'assenza meglio si attagli come concetto da applicarsi alla procedura arbitrale. Poiché presuppone una previa manifestazione di volontà di partecipare al giudizio.

⁸⁸ "L'inquadramento negoziale dell'istituto non riuscirebbe in alcun modo a spiegare gli effetti del lodo nei confronti dei terzi, che peraltro sono propri solo della sentenza e non del contratto. Esiste una sola ipotesi in cui il contratto coinvolge i terzi, quella del contratto a favore di terzo di cui all'art. 1411 c.c. Ma con riferimento a quest'ultima norma non assistiamo, come invece per la sentenza, all'estensione automatica degli effetti nei confronti del terzo, essendo invece questi previsti *a priori* in seguito alla costruzione in un certo modo del negozio. Le vicende contrattuali non hanno la possibilità di estendersi in modo automatico ai terzi, ancorché titolari di un diritto dipendente. Il coinvolgimento di costoro non può infatti avvenire senza un'esplicita previsione di ciò nell'atto. Inoltre la produzione di effetti contrattuali nei confronti dei terzi, avviene sempre a loro favore. Diversamente da quanto invece si può verificare nella sentenza che può risolversi anche a loro svantaggio, come per esempio avviene nel caso dell'art. 1595, comma 3, c.c.", RICCI, *Ancora sulla natura e sugli effetti del lodo arbitrale*, Riv. Arb. 2011, pp. 165 ss. Per questa ragione l'art. 816 *quinquies* cod. proc. civ. può forse intendersi quale norma sostanzialmente dedicata all'intervento.

Così come è necessario il consenso, per assicurare la legittimità della investitura agli arbitri, così è necessario che le parti abbiano *ab origine* il potere che poi sarà “amministrato” dagli arbitri. Di questo è riprova l’esclusione del potere cautelare in capo ai giudici privati, che conferma come l’intera vicenda arbitrale si svolga nell’ambito della volontarietà.

Con l’art. 818 cod. proc. civ., che recita “Gli arbitri *non possono* concedere sequestri, né altri provvedimenti cautelari”, il legislatore ha confermato l’esclusione del potere cautelare in capo agli arbitri.

La cautela è strettamente legata all’esecuzione, è un’assicurazione dell’esecuzione concreta della sentenza ed è connessa all’esercizio dei poteri coercitivi. La tutela giurisdizionale contiene in sé quella cautelare poiché ad essa è strumentale⁸⁹, e rappresenta un’anticipazione del risultato del giudizio, dal punto di vista fattuale.

Quindi solo nell’*imperium*, solo nell’esercizio di una funzione, può verificarsi quella imposizione unilaterale e coattiva che caratterizza lo strumento cautelare quale mezzo per ottenere “protezione” della propria pretesa, e garantire che la pretesa possa essere soddisfatta⁹⁰.

⁸⁹ A questo proposito celebre la definizione di un autorevole giurista che definisce la tutela cautelare quale “strumento dello strumento” e quindi dotata di una strumentalità per così dire al quadrato, CALAMANDREI, *Opere Giuridiche*, Napoli, 1965. Con tale espressione viene sottolineato come il provvedimento cautelare riveste una posizione ancillare, e rispetto al processo a cognizione ordinaria, e del diritto che, *tramite il processo stesso*, viene fatto valere. Il provvedimento cautelare è strumento in quanto volto a garantire che il processo non risulti, al suo epilogo, un vano impiego di mezzi economici e umani. E’ lo strumento attraverso il quale si garantisce l’utilità dello svolgimento dell’attività processuale e giurisdizionale. Ma a sua volta lo stesso processo giurisdizionale è lo strumento attraverso il quale i privati concretizzano il diritto che non si è spontaneamente realizzato. Scopo della tutela cautelare è infatti quello di proteggere dai pericoli, legati alle lungaggini del processo a cognizione piena, lo specifico diritto vantato, così da evitare che la parte che agisce in giudizio non rimanga comunque insoddisfatta nonostante il riconoscimento del diritto.

⁹⁰ L’*iter* processuale volto al raggiungimento della tutela giurisdizionale può essere molto complesso ed articolato. Questa complessità genera sovente una dilatazione notevole dei tempi del giudizio; il che può avere la conseguenza di frustrare le aspettative di effettiva tutela della parte attrice. A quest’ultima, quand’anche sia riconosciuto il diritto, può risultare talvolta non più utile tale riconoscimento, perché sopraggiunto in un momento nel quale non è più possibile dargli attuazione. Onde evitare l’insoddisfazione delle aspettative di tutela, che da queste situazioni deriverebbe, l’ordinamento garantisce che la decisione avvenga *re adhuc integra* ovvero in un momento in cui la situazione concreta permetta l’effettivo godimento degli effetti della pronuncia positiva. Scopo della tutela cautelare è pertanto quello di proteggere dai pericoli, legati alle lungaggini del processo a cognizione piena, lo specifico diritto di cui si chiede tutela, così da evitare che la parte che agisce in giudizio rimanga comunque insoddisfatta nonostante il riconoscimento del diritto. Finalità del provvedimento cautelare

Riepilogando, dall'analisi delle disposizioni citate emerge che l'arbitrato è espressione dell'autonomia privata, che si manifesta nella scelta delle modalità di attuazione del diritto. Dal momento che l'attribuzione del potere di decidere e di rendere concreta la norma che si assume violata derivano dalla devoluzione agli arbitri di un potere già proprio delle parti, questo non può comunque superare quello dei propri "committenti".

Da ciò emerge non solo il fondamento negoziale dell'arbitrato, e dunque la dipendenza di esso dalla disciplina degli atti di autonomia privata, ma soprattutto la correlazione tra questo e l'esercizio di quel potere di iniziativa decisoria che è l'azione.

Occorre dunque procedere nell'analisi delle modalità con cui si manifesta la volontà di far valere il proprio interesse attraverso la rinuncia alla giurisdizione ed entro quali limiti sia tutelato ed assicurato, anche alla luce della esigenza di non privare i terzi del diritto, costituzionalmente garantito, di rivolgersi all'autorità giudiziaria per la tutela dei propri diritti (art. 24 Cost.).

è quindi la protezione di un diritto, per l'ipotesi in cui questo, al termine del processo ordinario, sia riconosciuto legittimo. In apparente antinomia con il principio anzidetto è la previsione di una sorta di potere cautelare in capo agli arbitri a norma dell'art. 34 del D.Lgs. n. 5 del 2003. Il legislatore societario ha infatti attribuito agli arbitri il potere di sospendere l'efficacia della delibera assembleare, quando agli arbitri è devoluto il giudizio sulla validità della stessa. Tuttavia la disposizione non attribuisce un potere coercitivo. Si tratta di un'attività inibitoria che secondo autorevole dottrina andrebbe peraltro esercitata "verbis"- L'espressione è di Bruno Sassani e Roberta Tiscini, che affermano che "si tratterebbe di un potere che si consuma *verbis*, sprovvisto cioè delle naturali potestà coercitive connesse al mancato adeguamento della parte al provvedimento. Si ha quindi una declaratoria idonea a qualificare (provvisoriamente) *contra jus* comportamenti conformi alla delibera ed a qualificare (provvisoriamente) *secundum jus* comportamenti incuranti della delibera, ma il giudizio su tali comportamenti resta fuori dall'area delle potestà arbitrali: la loro valutazione spetterà quindi all'autorità giudiziaria, alla quale potranno chiedersi le opportune misure di urgenza o le opportune misure penali", riportata alla nota n. 80 da NELA, *La disciplina inderogabile del procedimento arbitrale*, in *Il nuovo processo societario: commento al D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 e agli artt. 2378, 2409 e 2471 c.c.*, Sergio Chiarloni (a cura di), Bologna, 2004, p. 1002. Infatti agli arbitri non è attribuito il potere di adottare qualsiasi misura finalizzata ad assicurare l'utilità della decisione finale. Deve quindi ritenersi che il potere cautelare vero e proprio sia comunque rimesso all'autorità giudiziaria che lo eserciterà in maniera "concorrente" al potere di sospensiva attribuito ai giudici privati. La facoltà di sospendere l'efficacia della delibera è spiegabile in termini di anticipazione della funzione, al fine di assicurare che la scelta di compromettere la controversia non venga frustrata dall'intervento sostanzialmente coincidente con la loro attività dell'autorità giurisdizionale. Anche al riguardo si veda NELA, *La disciplina inderogabile*, cit., pp. 1006-1007

4. Natura e autonomia della clausola compromissoria.

4.1. Introduzione ai problemi.

Come anticipato, la scelta delle parti di non utilizzare il sistema fornito dall'ordinamento giuridico per la risoluzione dei conflitti può essere effettuata in un momento precedente all'insorgenza della lite e per la mera eventualità che questa sorga.

A questo proposito le parti possono, contestualmente alla stipula del contratto ovvero con atto separato, prevedere una clausola compromissoria, in virtù della quale si impegnano a deferire ad arbitri le controversie derivanti da tale “determinato”⁹¹ rapporto, nei limiti specificati nella clausola stessa.

In particolare, l'art. 808 cod. proc. civ. prevede che “le parti, *nel contratto che stipulano o in un atto separato*, possono stabilire che le controversie nascenti dal contratto medesimo siano decise da arbitri, purché si tratti di controversie che possono formare oggetto di convenzione d'arbitrato” con la specificazione che “la validità della clausola compromissoria deve essere valutata in modo *autonomo* rispetto al contratto al quale si riferisce” ma che “il potere di stipulare il contratto comprende il potere di convenire la clausola compromissoria”.

La disposizione riportata conferma quanto già stabilito con la riforma del codice di procedura civile avvenuta con la L. n. 25 del 1994⁹² che ha consacrato a livello normativo l'isolamento normativo della clausola rispetto al contratto cui accede⁹³.

Da tale carattere della clausola è scaturito un dibattito, mai cessato, relativo all'automaticità o meno della circolazione della clausola per effetto della cessione

⁹¹ A seguito della novella del 2006 è stata estesa la possibilità di far decidere agli arbitri controversie non contrattuali. In disparte le problematiche relative a quali controversie possano essere oggetto di convenzione arbitrale, da risolversi in relazione a quanto previsto all'art. 806 cod. proc. civ., il requisito della determinatezza è essenziale per circoscrivere e delimitare la scelta compromissoria. Si vedano in proposito i contributi richiamati alla nota n. 61.

⁹² Si tratta della seconda riforma, in ordine temporale, apportata al codice di procedura civile nella parte dedicata all'arbitrato.

⁹³ Prima della riforma il carattere di autonomia della clausola veniva dedotto in via interpretativa dalla circostanza che questa potesse esse contenuta anche in un atto “successivo” alla stipula del contratto. La sostituzione del termine “successivo” con “separato”, in combinazione con l'aggettivo *autonoma* hanno confermato l'opzione interpretativa proposta già nel vigore della precedente disciplina, ma tanto non è bastato a sopire il dibattito circa la portata ed il significato da attribuire a questa autonomia.

del contratto in cui essa è inserita.

Con maggiore impegno espositivo, si discute se la successione nel patto compromissorio consegua quale effetto, in *re ipsa*, del trasferimento nell'intera posizione giuridica derivante dal contratto ceduto, ovvero se, ai fini dell'efficacia del vincolo di devoluzione in arbitri, occorra un'apposita manifestazione di volontà. Sostanzialmente equiparando, dal punto di vista della disciplina applicabile, la clausola compromissoria ad una clausola "vessatoria" non oggetto di apposita trattazione.

Sul punto non vi è un'opinione del tutto pacifica nella dottrina, e nemmeno la casistica giurisprudenziale offre soluzioni dirimenti in merito alla questione.

Le soluzioni proposte dalla giurisprudenza⁹⁴ sembrano infatti perlopiù limitarsi a richiamare l'autonomia della clausola compromissoria ed affermare apoditticamente la necessità di un'ulteriore e specifica manifestazione di volontà ai fini del suo trasferimento.

Sarebbe dunque, secondo questa impostazione, imprescindibile, ai fini dell'estensione dell'efficacia del vincolo compromissorio nei confronti di soggetti diversi da quelli che l'hanno posta in essere nel contratto c.d. principale, la rinnovazione del patto compromissorio con una statuizione *ad hoc*, ulteriore e distinta rispetto al contratto di cessione.

Rileva però sottolineare che, nel sostenere tale tesi, non viene mai specificato o qualificato il fenomeno, ed i suoi meccanismi operativi, né alla luce dei principi generali in tema di cessione del contratto, né alla luce della particolare natura giuridica del rapporto nascente dalla clausola compromissoria o della rilevanza che venga ad assumere l'accordo dei compromittenti nelle vicende circolatorie del contratto cui è riferito.

Per dare una risposta soddisfacente al quesito è allora opportuno preliminarmente analizzare in modo più approfondito il concetto di autonomia

⁹⁴ Vedi Cass. Civ., 17 settembre 1970 n. 1529; Cass. Civ., 3 giugno 1985, n. 3285; Cass. Civ, sez. II, 16 febbraio 1993, n. 1930; Cass. Civ., 9 ottobre 1998, n. 10025; Cass. Civ., sez. I, 10 ottobre 2000, n. 13474; Cass. civ., sez. III, 14 aprile 2000, n. 4842; Cass. civ., sez. III, 14 aprile 2000, n. 4842; Cass. Civ., 19 febbraio 2003, n. 2501; Cass. Civ., 1 settembre 2004, n. 17351; Cass. Civ., 28 luglio 2004, n. 14234.

sotteso alla clausola compromissoria.

4.2. Autonomia strutturale e funzionale della clausola compromissoria.

Nel linguaggio giuridico, il termine clausola ha un significato polisemico. Tuttavia ricorre sempre un elemento comune in tutte le circostanze in cui ad essa si fa riferimento: il fatto di inerire ad un contratto.

Non può invece affermarsi che la clausola esprima sempre un elemento accessorio ad un contratto (principale) ovvero da esso dipendente. La dottrina ha a tale proposito individuato due categorie di clausole, la cui differente disciplina si apprezza proprio in termini di autonomia dal contratto cui sono correlate. Si tratta della distinzione tra “clausole parte” e “clausole negozio.

Alla seconda categoria indicata si ritiene appartenga la clausola compromissoria⁹⁵.

A questa stregua, la clausola compromissoria assurge al rango di vero e proprio negozio, rispetto al quale occorre analizzare autonomamente i requisiti di validità in modo separato rispetto al contratto in cui eventualmente può essere inserita, in modo che eventuali vizi di quest’ultimo non possano riverberarsi sulla operatività dell’accordo compromissorio⁹⁶.

Preme rilevare come tale autonomia sia quasi una necessità logico-giuridica, strettamente connessa con quanto sopra affermato in ordine alla arbitrabilità sulle patologie più gravi del contratto.

Se infatti la clausola compromissoria fosse automaticamente travolta dalla invalidità del contratto sarebbe precluso agli arbitri di decidere la controversia in ipotesi di nullità o non operatività del contratto. Ed i giudici statali, qualora

⁹⁵ GRASSETTI, *Clausola negoziale*, voce Enc. del Diritto, II, Milano, 1995, p. 185

⁹⁶ Parte della dottrina ha in passato patrocinato una estensione della disciplina di cui all’art. 1419 anche al rapporto tra clausola e contratto, ma solo in senso “ascendente”. Si veda in proposito IRTI, *Compromesso e clausola compromissoria nella nuova legge sull’arbitrato*, in *Riv. Arb.*, 1994, p. 655 che afferma come “la nullità non può *discendere* dal contratto alla clausola ma può *salire* dalla clausola al contratto ex art. 1419”. Tuttavia, a parere di chi scrive, l’autonomia strutturale e funzionale che caratterizzano la clausola compromissoria non consentono una simile operazione ermeneutica. Come rilevato, infatti, con l’inserimento della clausola non si ha una perdita di un diritto e l’attribuzione di un vantaggio a soggetti diversi, pertanto l’alterazione del rapporto non dovrebbe giustificare l’estinzione del rapporto contrattuale.

investiti della questione, potrebbero eludere la volontà di devoluzione in arbitrato, ritenendo inoperante la clausola e decidendo della controversia, violando la libertà negoziale di far decidere le questioni riguardanti la validità del contratto principale ai giudici privati.

Ciò nondimeno, non è da escludere che la medesima causa di validità del contratto possa incidere sulla validità della clausola e renderla altrettanto invalida. Deve tuttavia precisarsi che simile evenienza non sarà conseguenza della dipendenza della clausola compromissoria dal contratto principale, bensì dell'applicabilità, alla clausola, della stesse regole di disciplina del negozio giuridico.

Nell'ipotesi in cui il contratto sia, per esempio, invalido per difetto di capacità d'agire, è chiaro che dello stesso vizio sarà affetta la clausola, che sarà pertanto invalida, ma non in via derivata, bensì autonoma sebbene identica⁹⁷.

Descritta in questi termini, l'autonomia della clausola compromissoria si manifesta come autonomia strutturale. E permette di affermare che le manifestazioni di volontà, espresse rispettivamente con il contratto e con l'apposizione della clausola, devono essere considerate tendenzialmente indipendenti ed afferiscono a due *atti* di "disposizione"⁹⁸ *differenti*.

L'autonomia dei due negozi si apprezza peraltro anche sotto il profilo funzionale-causale, solo che si faccia conto della peculiarità del patto compromissorio rispetto alla "ordinaria" attività negoziale⁹⁹.

⁹⁷ Secondo FESTI, *La clausola compromissoria*, in *I negozi di composizione delle liti*, Grabrielli e Luiso (a cura di), Torino, 2005, p. 882 che definisce il negozio come un "territorio di confine", la specificazione del principio di autonomia può essere compendiato nel modo che segue "La clausola compromissoria rimane valida in caso di nullità del contratto in cui sia contenuta, salvo che, in concreto, sia anch'essa nulla o per ragioni coincidenti con quelle per cui è invalido il contratto ovvero per ragioni proprie".

⁹⁸ Il termine disposizione è forse fuorviante. Si è infatti sopra accennato al fatto che con la devoluzione in arbitri le parti non danno luogo ad una disposizione di diritto sostanziale, ma piuttosto ad una modalità di esercizio dell'azione. Si tratta quindi del potere di disposizione collegato al potere di azione che le parti possono esercitare rispetto ad uno o più controversie determinate o determinabili, si veda in questo senso Corte Costituzionale 22 aprile 1958 n. 35 ed in questa accezione peculiare che deve intendersi l'espressione "disporre": "potere di regolare preventivamente, mediante norme strumentali ben differenti per funzione e per struttura, le forme e i modi del giudizio sulle controversie concernenti quei rapporti, sottraendolo alla giurisdizione competente" equivale ad "esercitare, rispetto ad una o anche a più controversie determinate o determinabili, un potere di disposizione che è strettamente collegato al potere di azione, seppure non ne è addirittura un aspetto e uno svolgimento".

⁹⁹ Rileva BARLETTA, *La «disponibilità» dei diritti nel processo di cognizione e nell'arbitrato*, in *Studi in Onore di*

Pare dunque opportuno soffermarsi a spiegare quale sia la (diversa) funzione dei due negozi, il che non è sempre agevole dal momento che non vi è unanimità di opinioni in ordine all'effetto della clausola compromissoria.

A tale proposito, è da escludere che si tratti dell'esercizio di attività contrattuale, difettando anzitutto del requisito della patrimonialità¹⁰⁰. Difficile inoltre configurare il rapporto che si instaura con la clausola come obbligatorio¹⁰¹, atteso che non si rinviene tra le parti quel legame tra chi attende un comportamento da altri per riceverne utilità.

Deve inoltre considerarsi che la scelta di inserire una clausola compromissoria non incide sulla *regolamentazione* degli interessi ed è allora solo pensando ad un peculiare concetto di "disposizione"¹⁰² che si può individuare quella che ne è la funzione e che la rende autonoma dal contratto.

La clausola sembra rappresentare una particolare *espressione del potere* di

Vittorio Colesanti, Napoli, 2009, p. 998 come anche le recenti ed evolute posizioni in senso contrattuale rilevano la peculiarità dell'oggetto della pattuizione compromissoria, qualificato da una funzione strumentale-processuale, che rende senza dubbio diverso tale contratto da ogni altra figura negoziale di tipo dispositivo. A questo proposito l'a. invita a fare riferimento all'opera di ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, Milano 2004, p. 29 ss. e p. 47. Interessante inoltre riportare l'inciso di MORTARA, in *Commentario al Codice di Procedura Civile*, Milano, 1923, p. 99 il quale afferma che la clausola compromissoria debba avere vita autonoma rispetto al contratto "in quanto la causa e l'oggetto di essa e i motivi del consenso delle parti stanno del tutto indipendenti dalla funzione economica e giuridica del contratto che si vuol designare come principale. Si veda inoltre FESTI, *La clausola compromissoria*, cit., p. 881 che condivide l'opinione secondo la quale vi è una "differenza funzionale tra i due negozi, nel senso che il contratto avrebbe causa di scambio, mentre con il patto compromissorio le parti perseguirebbero lo scopo comune di devolvere una controversia all'organo ritenuto più idoneo".

¹⁰⁰ Esclude la natura di contratto della clausola compromissoria CARNELUTTI, *Sistema di Diritto Processuale Civile*, Padova, 1936, p. 178, n. 60 e p. 554 n. 219 che ravvisa in esso un atto unilaterale complesso che, a differenza del contratto non attiene al rapporto giuridico sostanziale e non elimina attualmente interessi in conflitto, ma costituisce un atto in cui confluiscono volontà concorrenti delle parti nel creare un mezzo o uno strumento preliminare per eliminare il conflitto, con la scelta del giudice al quale demandare la decisione. Inoltre Secondo BARLETTA, *La «disponibilità» dei diritti*, cit., p. 998 "la struttura e la funzione dell'arbitrato ... si differenzia in relazione all'intera categoria dei contratti, in ragione del loro carattere dispositivo di diritti. Nel compromesso, invece, si realizza una disposizione (o meglio una peculiare modalità d'esercizio) del diritto processuale alla tutela giurisdizionale e (una particolare espressione) della legittimazione ad agire per la tutela di un proprio diritto".

¹⁰¹ In senso critico verso la dottrina che ha configurato il rapporto come obbligatorio, come una obbligazione reciproca di non ricorrere agli arbitri, CODOVILLA, che afferma che il vincolo non attribuisce nessuna utilità mediante il sacrificio di un altro, ciascuno si vincola all'utile proprio e dà vita alla giurisdizione degli arbitri. Il pensiero dell'autore è richiamato in nota n. 57 da CARLEO, *Le vicende soggettive della clausola compromissoria*, Torino, 1998, p. 41.

¹⁰² Riguardo l'uso del termine disposizione si veda nota n. 97.

azione¹⁰³, vicendevolmente esercitato dalle parti di un rapporto contrattuale.

Ciò non significa che sia una *modalità di esercizio* dell'azione, poiché non si agisce per far valere il proprio diritto. L'inserimento di una clausola compromissoria rappresenta piuttosto l'atto attraverso il quale le parti manifestano una *modalità di esercizio del potere processuale*¹⁰⁴; da alcuni definito in negativo in quanto consiste in una rinuncia ad esercitare quel "potere di chiedere al giudice (statale) di decidere"¹⁰⁵.

Attraverso la devoluzione in arbitrato, con la clausola compromissoria, si dispone di poteri immanenti nella titolarità di diritti in attesa di attuazione¹⁰⁶. Essa costituisce pertanto un peculiare atto di disposizione *dei* diritti e non *sui* nascenti dal rapporto.

In altri termini, con la clausola le parti si attribuiscono reciprocamente il diritto potestativo di eccepire la rinuncia¹⁰⁷ al diritto di chiedere l'intervento del

¹⁰³ Corte Cost., 2 maggio 1958, n. 35 nella quale si afferma che la pattuizione compromissoria costituisca l'esercizio di "un potere di disposizione che è strettamente collegato al potere di azione, seppure non ne è addirittura un aspetto e uno svolgimento". Per quanto concerne l'inquadramento dogmatico dell'azione, la dottrina moderna nega che essa possa configurarsi quale aspetto dinamico del diritto sostanziale. E' quindi considerato quale diritto autonomo rispetto a quello sostanziale, vedi in proposito SATTA- PUNZI, *Diritto Processuale Civile*, cit., pp. 128-129. Per un approfondita disamina dell'evoluzione del concetto di azione si veda il ricco contributo di ORESTANO, *Azione*, Voce Enc. del Diritto, II, Milano, 1995, pp. 786 e ss.

¹⁰⁴ Può essere pertanto definito atto di disposizione ad effetti processuali.

¹⁰⁵ L'idea della devoluzione in arbitri come esercizio dell'azione in negativo può leggersi in Corte Costituzionale sentenza 14 luglio 1977, n. 127 secondo la quale nella stipulazione di una pattuizione compromissoria si dispone in negativo del diritto di azione, cui si ricollega la garanzia dell'art. 24 Cost. comma 1.

¹⁰⁶ Questa ricostruzione può farsi risalire a Corte Cost., 2 maggio 1958, n. 35, in Foro it. 1958, I, 665, nella quale si afferma che la pattuizione compromissoria costituisca l'esercizio «rispetto ad una o anche a più controversie determinate o determinabili, [di] un potere di disposizione che è strettamente collegato al potere di azione, seppure non ne è addirittura un aspetto e uno svolgimento» BARLETTA, *La disponibilità dei diritti*, cit., p. 998.

¹⁰⁷ Deve tuttavia rilevarsi come la deroga alla giurisdizione non sia immodificabile. Con l'inserimento della clausola non nasce in favore degli stipulanti un "diritto" a ricorrere agli arbitri e nemmeno un "dovere" di non adire la giurisdizione. Infatti col mancato esperimento dell'eccezione di compromesso si attribuisce nuovamente la competenza al giudice, inizialmente competente, poi incompetente poi di nuovo competente. E' stato al proposito affermato che la mancata sollevazione dell'eccezione di compromesso appare quale sanatoria di un vizio, non originario ma derivato, di incompetenza. A questo proposito occorre nondimeno specificare che il termine competenza deve essere inteso in senso atecnico. Nonostante l'art. 819 *bis* cod. proc. civ. utilizzi tale espressione, può affacciarsi qualche dubbio in ordine alla configurabilità di un rapporto di competenza in senso processuale nei rapporti tra arbitri e autorità giudiziaria. Dottrina e giurisprudenza concordano infatti nell'attribuire all'eccezione di compromesso valore di eccezione di merito. La definitività di tale affermazione può farsi risalire alla nota sentenza Cass. Civ. SS. UU., 3 agosto 2000, n. 527, che ha decretato l'abbandono della tesi contraria sostenuta da chi riteneva doversi operare un distinguo tra eccezione di compromesso per

giudice statale.

Riepilogando, si ha da un lato un negozio che regola i rapporti tra dei soggetti, pari ordinati e portatori di interessi individuali. Dall'altro lato un negozio con cui gli stessi soggetti decidono di stabilire preventivamente a quale soggetto si rivolgeranno al fine di decidere sull' eventuale conflitto in relazione al

arbitrato rituale ovvero irrituale, ravvisando nel primo caso una questione di rito. Aderenti a tale orientamento prima della pronuncia citata si possono ricordare Cass. Civ., 10 novembre 1979, n. 6054; Cass. Civ., 25 ottobre 1982, n. 5568; Cass. Civ., Sez. Un., 9 dicembre 1986, n. 7315; Cass. Civ., 13 luglio 1988, n. 4587; Cass. Civ., 10 aprile 1990, n. 2987, in *Mass. Giust. civ.*, 1990, 4; per la giurisprudenza dopo la pronuncia Cass. Civ., 3 settembre 2003, n. 12855; Cass. Civ., 3 ottobre 2003, n. 14223; Cass. Civ., 30 dicembre 2003, n. 19865; Cass. Civ., 28 luglio 2004, n. 14234; Cass. Civ., 27 maggio 2005, n. 11315. Con l'intervento del 2000 i Giudici di Legittimità avevano pertanto posto definitivamente fine alla questione dell'ammissibilità dell'esperimento del regolamento di competenza che, data l'affermazione che la questione sollevata con l'eccezione comportasse un'indagine sulla clausola e sul compromesso, sul loro contenuto, estensione e validità giuridica, a prescindere dalla natura rituale o meno dell'arbitrato, era stato negato. La certezza fino a quel momento maturata è stata messa in crisi dall'intervento riformatore del 2006 il legislatore che, introducendo l'art. 819 *ter* cod. proc. civ., ha previsto che "la sentenza, con la quale il giudice afferma o nega la propria competenza in relazione a una convenzione d'arbitrato, è impugnabile a norma degli articoli 42 e 43. L'eccezione di incompetenza del giudice in ragione della convenzione di arbitrato deve essere proposta, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta". Si deve tuttavia ritenere che la nuova disciplina non modifichi la natura della eccezione, che rimane di merito, sebbene sia ora previsto un nuovo mezzo di impugnazione alternativo all'appello, che prima rappresentava l'unica modalità di impugnazione della decisione sull'eccezione. In tal senso si veda Cass., Ord. 20 dicembre 2007 n. 26990 che esclude, anche se in maniera non proprio esplicita, che a seguito della riforma i rapporti tra arbitri e giudice siano da ricondurre ad una questione di competenza in senso tecnico. E valorizza invece la circostanza che l'art. 819-*ter*, comma 1, secondo inciso, c.p.c. abbia individuato un nuovo mezzo di impugnazione per la sentenza con la quale il giudice afferma o nega la propria competenza in relazione ad una convenzione di arbitrato. Con successiva ordinanza del 6 settembre 2010 n. 19047, resa a Sezioni Unite, la Cassazione ha poi ribadito l'assunto, occupandosi di risolvere il problema di diritto intertemporale per le decisioni avvenute dopo l'entrata in vigore della disciplina, ma instaurate in un momento precedente la riforma. Secondo la Corte, partendo dal presupposto che l'eccezione di compromesso abbia "mantenuto" la natura di questione di merito, e che quindi il legislatore sia intervenuto solo modificando il regime delle impugnazioni, non c'è ragione di estendere la disciplina della impugnazione con regolamento di competenza alle decisioni adottate prima del 2 marzo 2006. La novella, quindi, non essendo stata necessitata dalla natura e dal contenuto della questione, sarà applicata nel rispetto dei principi di successione delle leggi processuali nel tempo e pertanto secondo la regola *tempus regit actum*. Sullo stesso filone si vedano anche Cass. Civ., 21 novembre 2006, n. 24681; Cass. Civ., Ord. n. 12814 del 2008 e Cass. Civ., sez. I, 30 maggio 2007, n. 12684 che si occupa specificamente delle decadenze in ordine al rilievo della questione. Per la dottrina che si è occupata della questione si vedano i contributi di LUISSO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, *Riv. Arb.*, 2005, 785 ss; RUFFINI, *Art. 819-ter*, cit., 365 ss.; BOVE, *Ancora sui rapporti tra arbitro e giudice statale*, in *Riv. Arb.*, 2007, 360 ss.; CAPPONI, *Arbitrato e giurisdizione*, su www.judicium.it; SANTINI, *Regolamento di competenza avverso la pronuncia del giudice sulla exceptio compromissi e procedimenti pendenti*, in *Riv. Arb.*, 2010, pp. 467 e ss; ROMANO, *Il doppio volto dell'art. 819-ter c.p.c.*, in *Riv. Arb.*, 2011, pp. 285 ss.; GAETA, *Procedimento arbitrale e regolamento di competenza: presupposto temporale per l'ammissibilità*, in *Giust. civ.*, 2012, pp. 1255 ss.; FUSILLO, *Relatio Perfecta, obligatorietà dell'arbitrato e natura della eccezione di compromesso*, in *Riv. Arb.*, 2001, pp. 693 e ss.; ROMANO, *Il doppio volto dell'art. 819-ter c.p.c.*, in *Riv. Arbitrato*, 2011, pp. 285 e ss.; LOMBARDI, *L'art. 819-ter c.p.c.: arbitrato e competenza ter c.p.c.: arbitrato e competenza*, in *Giur. merito*, 2012, pp. 1105 e ss. Per la giurisprudenza che ha sostenuto che la riforma avesse comportato il cambiamento della natura dell'eccezione si vedano invece Cass. Civ., 29 agosto 2008, n. 219226; Cass. Civ. 20 maggio 2008, n. 12814; Cass. 20 dicembre 2007, n. 26990.

rapporto a monte.

Tutto ciò premesso, emerge come la devoluzione in arbitrato consista in un'attività diversa ed ulteriore rispetto alla stipula del contratto ed è anche in questo senso che deve intendersi che tra i due atti non sussiste rapporto di accessorietà, bensì di autonomia, intesa quindi nel duplice significato funzionale e strutturale¹⁰⁸.

4.3. La rilevanza della clausola compromissoria nell'economia complessiva del contratto.

Una volta suggerito in che termini debba intendersi l'autonomia della clausola compromissoria, occorre dare conto del fatto che la dottrina rileva come possa (o forse debba) comunque rinvenirsi un "legame", o una "connessione" tra contratto e clausola¹⁰⁹.

Bisogna infatti considerare che la clausola in esame trova nel negozio la propria ragion d'essere. Basti pensare che dal contenuto del contratto si verifica, e dunque dipende la stessa compromettibilità della lite¹¹⁰.

Tirando le fila del discorso si vede come da un lato, essendo una clausola, dipende sempre da un negozio per individuare il suo oggetto; dall'altro lato, si è detto, si configura come un particolare atto di disposizione *dei* diritti oggetto del rapporto, in quanto con essa si stabilisce in modo preventivo e preliminare come questi dovranno avere attuazione nel caso in cui non dovessero spontaneamente realizzarsi, ad opera delle parti in maniera diretta.

Potrebbe dunque ritenersi che tra la clausola e il contratto sussista un

¹⁰⁸ Nel senso di individuare un'indipendenza funzionale che si affianca ad una appartenenza strutturale si veda RESCIGNO, *Arbitrato e autonomia contrattuale*, in *Riv. arb.*, 1991, p. 23 ss. e FESTI, *La clausola compromissoria*, cit., p. 881.

¹⁰⁹ Vedi GAZZONI, *Manuale*, cit.

¹¹⁰ Ciò comporta che il giudice debba valutare il contratto principale e da tale interpretazione derivarne l'invalidità

della clausola, ma senza che ciò incida sull'autonomia della stessa. Infatti, "dar corso alla volontà delle parti non vuol dire lasciare privi di tutela gli interessi di tipo pubblicistico sottesi". Tra i profili di validità del patto compromissorio rientra il problema dell'arbitrabilità della lite, il che implica delle valutazioni da parte del giudice, in ordine al contratto principale, senza però mettersi in discussione il principio di autonomia. ATTERITANO, *La tutela della volontà compromissoria delle parti e il rispetto dell'ordine pubblico: in tema di autonomia della clausola arbitrale e illegalità del contratto principale*, in www.judcium.it.

rapporto, quanto meno, di *strumentalità*.

La clausola, pur non essendo un atto negoziale con cui le parti regolano tra loro rapporti giuridici patrimoniali, può essere considerata come uno strumento a servizio di quei diritti e rapporti giuridici che (invece) sono stati oggetto della disposizione contrattuale. E soddisfa l'interesse delle parti del contratto a vedere garantito che l'attuazione di tali diritti e rapporti sia sempre¹¹¹ "gestita" in ambito privato¹¹².

Conseguentemente, l'indipendenza della clausola potrebbe per così dire allentarsi, se si guarda all'economia complessiva del negozio, rispetto al quale la scelta di devolvere ad arbitri (può) rappresenta(re) un elemento essenziale dello stesso.

Se questo è il risultato ultimo cui tende la clausola, infatti, l'estromissione delle ingerenze del *potere* giurisdizionale può considerarsi essenziale al fine di acconsentire ad essere vincolati ad un determinato rapporto.

Detto in altri termini, considerando le caratteristiche dell'arbitrato e la sua funzione di escludere l'intervento istituzionale, non è assurdo valorizzare l'importanza, ai fini dell'economia complessiva dell'attività negoziale, della devoluzione in arbitrato delle controversie in ipotesi nascenti da un dato regolamento negoziale.

A questo punto l'attenzione si concentra sull'individuazione della natura/tipo di connessione o legame e dell'importanza della clausola ai fini della conservazione di quella che possiamo definire l'economia complessiva del contratto.

Il rapporto di connessione potrebbe ad esempio essere costruito in termini di

¹¹¹ Vale a dire non solo nel momento genetico del rapporto ma anche in quello patologico.

¹¹² L'idea della convenzione di arbitrato come *strumento* per la regolamentazione del giudizio su determinati rapporti può essere rinvenuta *in nuce* in Corte Costituzionale 22 aprile 1958 n. 35, laddove, pronunciandosi in merito alla legittimità costituzionale di una norma Regionale che prevedesse obbligatoriamente il ricorso all'arbitrato in materia di opere pubbliche regionali, ebbe a dichiarare che "La potestà di emanare norme materiali per disciplinare certi rapporti giuridici, come quelli relativi al compimento delle opere pubbliche, non comprende certamente anche il potere di regolare preventivamente, mediante norme strumentali ben differenti per funzione e per struttura, perfino le forme e i modi del giudizio sulle controversie concernenti quei rapporti, sottraendolo alla giurisdizione competente, per deferirlo invece, e in via obbligatoria, a soggetti od organi diversi".

collegamento negoziale¹¹³. Tale istituto tuttavia mal si attaglia al rapporto di strumentalità tra i diritti oggetto del contratto e la loro devoluzione in arbitrato.

Il collegamento negoziale ingenera un rapporto di connessione tra atti sotto il profilo teleologico, rendendoli avvinti alla luce del concetto di causa inteso, secondo la più moderna interpretazione, come funzione economico individuale¹¹⁴. Nel collegamento negoziale si ha una pluralità di negozi, strutturalmente indipendenti ma funzionalmente dipendenti. Il collegamento è giuridicamente rilevante poiché crea una influenza reciproca – unilaterale o bilaterale – sia in termini di validità sia in termini di efficacia tra i negozi, per via della funzione “catalizzante” dello scopo pratico unitario che rende unico l’interesse alla esistenza di ciascun contratto. Interesse che non rileva in modo parcellizzato in ragione di ogni singolo contratto.

Tale legame a livello causale non compare però nel rapporto tra contratto e clausola compromissoria.

L’autonomia della clausola, come sopra rilevato, attiene infatti tanto al profilo strutturale quanto a quello funzionale, attribuendo alla clausola una dignità causale-tipologica autonoma.

Il legame può forse essere costruito quale presupposto del negozio.

Dalle precedenti considerazioni in tema di ricorso all’arbitrato, è emerso come l’opzione per la tutela privata sia una prassi che si rinviene soprattutto quando il rapporto è instaurato tra parti facenti capo a comunità tendenzialmente ristrette ed omogenee, caratterizzate da una forte condivisione di interessi e valori. La clausola compromissoria è infatti spesso presente nei contratti commerciali, in particolar modo quelli con carattere di

¹¹³ Ritiene sussista un collegamento negoziale FESTI, *La clausola compromissoria*, cit. pp. 884-885 per poi farne derivare la conseguenza di una possibile invalidità derivata ex artt. 1419 e 14420 cod. civ.

¹¹⁴ Il collegamento negoziale ricorre quando più negozi giuridici siano stati stipulati in modo che un negozio possa influire sull’altro nella regolamentazione degli interessi nell’ambito di una medesima finalità complessiva. Facendo trasparire che le parti hanno voluto, in ossequio al loro potere di autonomia contrattuale, un assetto economico globale ed inscindibile in ossequio al loro potere di autonomia contrattuale (Cass. 27 novembre 1997, n. 11932).

internazionalità¹¹⁵.

Non è quindi peregrino ritenere che l'inserimento di una clausola di deroga alla giurisdizione manifesti l'intento (di queste parti) di escludere la attuazione coattiva dell'accordo da parte dei soggetti istituzionali di uno Stato, appartenenti ad un dato ordinamento giuridico. Attraverso l'inserimento della clausola si persegue infatti l'interesse a che la concretizzazione degli impegni, in caso di mancata spontanea attuazione ovvero di controversia in ordine al contenuto degli impegni, sia affidata a meccanismi diversi rispetto a quelli imposti da un dato ordinamento.

Non si tratta tanto di un rifiuto dell'ordinamento giuridico, quanto piuttosto della considerazione di esso come un fattore residuale¹¹⁶, per la concretizzazione di rapporti che si preferisce risolvere al di fuori del sistema istituzionale.

L'esclusione dello "strumentario" ordinamentale è una fuga dalla giurisdizione che trova ragione nelle vantaggiosità del ricorso all'arbitrato, sia in termini di rapidità della soluzione sia in termini di riservatezza¹¹⁷. La scelta di deferire agli arbitri la risoluzione della controversia entra dunque, anche se in maniera implicita, come presupposto essenziale del contratto e non può essere esclusa a meno di non tradire la determinazione negoziale così come originariamente creata.

¹¹⁵ Come i rapporti che si svolgono all'interno della c.d. comunità degli affari. A questo proposito può inoltre essere interessante riportare le parole della Corte Costituzionale sentenza 14 luglio 1977 n. 127 già citata, che rileva come "la giustizia per arbitri dà risultati particolarmente soddisfacenti quando le parti si trovino in posizione di relativo equilibrio".

¹¹⁶ Si tenga sempre presente che la rinuncia alla giurisdizione non ha carattere definitivo potendo la parte convenuta davanti all'autorità giudiziaria non eccepire il vincolo compromissorio, si veda in proposito la nota n. 106.

¹¹⁷ In disparte le ovvie problematiche che pongono le lungaggini del processo giurisdizionale all'interno delle comunità organizzate come le società commerciali, per le quali il perdurare di una controversia può comportare degli stalli nell'attività della persona giuridica che non possono trovare rimedio nemmeno con il successivo ricorso alla tutela per equivalente. Deve considerarsi come il fattore tempo quale bene della vita viene sempre più riconosciuto dall'ordinamento come valore da tutelare. Si pensi all'evoluzione in campo amministrativo della tutela del danno da ritardo. Non stupisce dunque che si voglia dare rilievo, ai fini di una valutazione complessiva della economia del negozio non solo il fare reddituale del soggetto, ma anche quello progettuale. Inteso quale interesse a programmare la propria attività giuridica tenuto conto dei tempi e in modo da poter adottare soluzioni realisticamente parametricate alla risoluzione dei problemi. Quanto ai vantaggi in termini di riservatezza appare chiaro come il ricorso ad uno strumento di tutela privato consenta una minore pubblicità e risonanza della vicenda.

Il fatto che la clausola sia un elemento espresso del negozio non esclude che la presenza di essa possa essere assimilata al concetto di presupposizione.

Si potrebbe obiettare che la presupposizione, in senso tecnico¹¹⁸, rappresenta un elemento inespresso ed implicito del negozio e dunque tale concetto non si presta ad essere utilizzato per spiegare la disciplina di una clausola espressa ed inserita in modo chiaro nel contratto.

Tuttavia i caratteri dell'implicitezza e dell'immanenza inespressa non devono essere riferiti alla esistenza della clausola, ma alla volontà inespressa in termini di esclusione della giurisdizione che essa esprime.

La clausola dice in modo chiaro che vi è l'intento, non definitivo né immodificabile, di rinunciare alla tutela giurisdizionale. Il suo inserimento indica che l'interesse delle parti di quel contratto è l'estromissione delle ingerenze del *potere* giurisdizionale. Scelta che può considerarsi essenziale per l'opzione di essere vincolati ad un determinato rapporto.

Dietro l'inserimento della clausola c'è la volontà di costituire un vincolo a condizione che nel momento patologico l'eventuale conflitto goda di un trattamento celere e *ad hoc*¹¹⁹. L'esplicitazione della clausola riguarda semmai il contenuto di questa. Per esempio per quali parti del contratto sia previsto l'arbitrato, per quali controversie ovvero altri elementi che possono riguardare la

¹¹⁸ In senso stretto la presupposizione rappresenta una situazione certa, passata o futura, di fatto o di diritto, di carattere obiettivo, il cui verificarsi non dipende dalla volontà dei contraenti e non costituisce oggetto di una loro obbligazione, che si ritiene tenuta presente dalle parti seppure non vi sia di essa specifico riferimento nelle clausole contrattuali. La sua rilevanza deriva dall'essere stata presupposto comune del consenso delle parti e dunque il suo esistere è determinante ai fini del permanere in vita del vincolo contrattuale. Ai confini con la condizione che però emerge, anche implicitamente, dal regolamento negoziale ed è un avvenimento futuro ed incerto dal quale le parti fanno dipendere la risoluzione o la efficacia del contratto.

¹¹⁹ L'utilizzo dell'espressione non si riferisce al fatto che ogni qualvolta vi sia l'inserimento di una clausola compromissoria si darà necessariamente corso ad un arbitrato *ad hoc*, ma vuol significare che non si ricorre all'apparato di tutela standardizzato offerto dall'ordinamento, o meglio da un ordinamento. A questo proposito, ricche di significato sono le parole di VERDE, *Pubblico e privato nel processo arbitrale*, in *Riv. Arb.*, 2002, p. 634, il quale evidenzia come, in senso giuridico, il concetto di giurisdizione "non può non essere collegato ad un determinato ordinamento, facendo corpo allo stesso". Da questa riflessione deriva come l'esclusione dell'intervento Statale sia una modalità per mantenere la controversia nell'ambito di "un altro ordinamento", alternativo e separato da qualsiasi ordinamento artificiale predisposto dai singoli Stati: l'ordinamento dei privati.

procedura da applicare nello svolgimento dell'arbitrato¹²⁰.

Da questo deriverà un legame oggettivo tra clausola compromissoria e contenuto del contratto. Ogni qualvolta possa rinvenirsi un legame tra diritti contenuti in un contratto cui è apposta una clausola compromissoria, potrà quindi ricavarsi l'interesse sotteso a tale apposizione.

In conclusione quindi si può affermare che la clausola si “appoggia” al contratto, mantenendo la propria autonomia giuridica, ma ne diventa parte integrante rispetto alle utilità dei contraenti che inseriscono nell'economia complessiva del negozio l'esigenza che l'eventuale controversia sia sottratta alla cognizione della giurisdizione (statale).

5. Conclusioni.

Nei paragrafi precedenti si è cercato di esplicitare il concetto di autonomia della clausola compromissoria rispetto al contratto cui accede.

Dall'analisi è emerso come l'autonomia della clausola debba intendersi nel senso che ambedue i negozi devono soddisfare i requisiti richiesti dall'ordinamento per la stipula degli atti negoziali e gli elementi necessari al fine della validità dell'atto saranno valutati separatamente e senza reciproche interferenze tra i due.

Si è poi rilevato come lo scopo del patto compromissorio non consista nel regolamentare i diritti nascenti dal contratto, ma in un atto di disposizione di quel potere di gestire il rapporto processuale che si instaurerà con la controparte in occasione di un malfunzionamento delle regole predisposte nel regolamento negoziale.

Da ciò è possibile affermare che il concetto di autonomia non si riferisce solo all'isolamento normativo della clausola, ma anche al valore causale-tipologico che si differenzia da quello del contratto base.

¹²⁰ La volontarietà dell'arbitrato e il suo legame con la manifestazione di autonomia privata si rileva anche dal potere delle parti di cooperare alla formazione-investitura di chi sarà deputato a decidere, nonché dettare preventivamente le regole che dovranno essere seguite per arrivare al giudizio. Si veda in tal senso COLESANTI. *Volontà delle parti e regolamenti arbitrali (con particolare riferimento a quello della camera arbitrale di Milano)*, p. 247.

Poste tali premesse si è cercato di evidenziare come una constatazione sterile e formale di tale autonomia possa lasciare in ombra l'importanza della scelta arbitrale per il mantenimento della identità del contratto.

Al contrario si è rilevato come la preventiva disposizione della attuazione del diritto sia un effetto dell'attività negoziale che non deve essere trascurato. In ciò si manifesta il ruolo della clausola come strumento a servizio dei diritti nascenti dal contratto.

Aderendo a questa ricostruzione si può di conseguenza inferire che la clausola attribuisce un potere alle parti del contratto, ma non un potere di tipo soggettivo, personale, bensì oggettivo perché connesso al complesso del regolamento negoziale.

Ciò crea un legame tra clausola e contratto ogni qualvolta possa individuarsi quel rapporto di presupposizione oggettiva tra regolamento contrattuale e volontà delle parti di escludere l'intervento del giudice statale. Lasciando invariata la scelta di devoluzione in arbitrato dei rapporti nascenti dal contratto anche nell'ipotesi in cui il contratto subisca delle modifiche dal lato soggettivo.

Il potere spetta quindi alla parte del contratto e non al singolo soggetto che può essere parte di un contratto.

A questa stregua dovrebbe dunque potersi affermare che il legame tra clausola e contratto rimane invariato a prescindere dal soggetto che sia parte del contratto e per il solo fatto che sia inserita nel regolamento negoziale.

Capitolo III

Le vicende circolatorie della clausola compromissoria nella cessione del contratto.

SOMMARIO: 1. Premessa introduttiva. - 2. La cessione del contratto con clausola compromissoria. - 2.1. Il trasferimento automatico della clausola compromissoria nella circolazione dei contratti. - 2.2. L'eccezione derivante dalla clausola come eccezione non personale e quindi trasferibile. - 2.3. (segue) Le ragioni del trasferimento dell'eccezione. - 2.4. Il trasferimento automatico della clausola attributiva dell'eccezione nel sistema generale: l'indebolimento della posizione del ceduto. - 2.5. Il trasferimento automatico della clausola attributiva dell'eccezione nel sistema generale: la coerenza rispetto ad alla cessione del credito. - 2.6. Il contenuto della clausola, profili problematici. - 2.7. L'interpretazione della clausola compromissoria dopo la cessione del contratto. - 2.8. La clausola e i rapporti esauriti al momento della cessione. - 3. La cessione del contratto in caso di controversia. - 3.1. L'eccepibilità della clausola da parte del cessionario. - 3.2. L'intervento nel processo arbitrale. - 3.3. La pendenza del procedimento arbitrale. - 3.4. Il problema dell'imparzialità del collegio. - 3.5. Gli effetti del lodo sul cessionario. - 4. Conclusioni.

1. Premessa introduttiva.

In queste pagine sarà analizzata la sorte della clausola compromissoria a seguito della cessione del contratto in cui è inserita.

Traendo spunto da quanto rilevato sia in ordine all'istituto della cessione del contratto, sia in proposito alla natura volontaria dell'arbitrato e alla funzione della clausola compromissoria, si cercherà di dimostrare come non sia del tutto assurdo sostenere che la circolazione di quest'ultima possa annoverarsi tra gli effetti "naturali" del negozio di cessione.

A tale proposito si valorizzerà l'autonomia funzionale della clausola all'interno del negozio alla luce delle peculiarità che emergono dalla disciplina del contratto di cessione. La cui caratteristica è quella di trasferire, e rendere imputabile alla parte che subentra, non soltanto l'assetto economico degli interessi nell'atto, ma anche tutte le pattuizioni ontologicamente e logicamente comuni a tale assetto.

Tra quest'ultime si inserisce la clausola compromissoria che, per quanto

autonoma dal punto di vista causale-tipologico rispetto a quello che potremmo definire contratto base, si pone quale elemento essenziale nel quadro degli interessi complessivi emergenti dall'organismo contrattuale ceduto.

Si metterà in evidenza anche l'utilità pratica di una simile opzione interpretativa in termini di incentivo alla circolazione del contratto. Si evidenzierà inoltre il rilievo, nell'economia complessiva del negozio, della deroga all'apparato di tutela predisposto da un dato Stato, il quale diventa strumento a cui ricorrere solo in via residuale ovvero sia nell'ipotesi che ci si accordi per rinunciare agli effetti dell'accordo compromissorio.

La tesi sarà quindi portata avanti senza trascurare la circostanza, rilevata nelle pagine precedenti, che la devoluzione in arbitrato, per il tramite dell'inserimento di una clausola compromissoria, non comporta un'esclusione definitiva della competenza dell'apparato giurisdizionale statale.

2. La cessione del contratto con clausola compromissoria.

2.1. Il trasferimento automatico della clausola compromissoria nella circolazione dei contratti.

Nelle pagine precedenti si è cercato di evidenziare come la cessione del contratto dia corpo ad una vicenda circolatoria del complesso unitario di rapporti scaturenti da un determinato negozio e comporti il trasferimento della intera posizione contrattuale determinando il subentro di una nuova parte nel contratto.

L'atto negoziale rimane inalterato e non si pone in essere un'ulteriore attività di contrattazione. Per questo motivo il subentrante acquista direttamente la qualità *parte* e a torto sarebbe definito nuovo *soggetto contraente*.

Si è inoltre dato conto di come l'evoluzione normativa di tale vicenda circolatoria si sia andata assestando nel corso del tempo e ciò probabilmente come riflesso delle modifiche, in campo economico, del modo di concepire la circolazione della ricchezza e correlativamente del contratto, nell'economia degli

scambi¹²¹.

Nell'economia moderna il contratto è infatti diventato l'oggetto dello scambio e ciò che si ha interesse a far circolare è il rapporto. Tanto è vero che la ricchezza economica è adesso misurata sulla base della titolarità di rapporti e non, invece, in riferimento alla proprietà delle "cose"¹²².

Nondimeno si può affermare che anche il concetto di contratto ha subito una evoluzione.

Le moderne elaborazioni dogmatiche in materia di causa hanno permesso di valorizzare anche gli elementi che nel complesso contrattuale rimangono impliciti. Al fine di individuare il contenuto e la funzione del negozio deve quindi tenersi conto del nuovo concetto di causa e valorizzare il rapporto quale complesso di tutti elementi, anche impliciti, funzionali al raggiungimento del risultato complessivamente inteso¹²³. Con la conseguenza che per mantenere inalterato il valore complessivo del contratto è necessario che di esso non vengano a mancare, né vengano variati, i presupposti inespressi.

Da tutto quanto premesso, nell'ipotesi in cui si dia luogo ad un trasferimento unitario del regolamento contrattuale, come avviene nell'ipotesi di cessione del contratto, devono ritenersi ricompresi anche gli elementi inespressi, senza i quali il rapporto risulterebbe "snaturato".

Tra i presupposti che concorrono a delineare gli elementi essenziali per la funzionalità del contratto, può essere annoverata anche la scelta di sottrarsi alla giurisdizione di uno Stato per la risoluzione delle controversie connesse ad un determinato rapporto contrattuale.

Si è infatti rilevato come emancipare la decisione sulla controversia dalla

¹²¹ Per quanto concerne l'influenza del mercato e dell'economia sulle regole giuridiche si veda ALPA, *La c.d. giuridificazione delle logiche dell'economia di mercato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, pp. 725 e ss. Nel contributo è richiamata l'ampia letteratura dedicata allo studio delle interazioni tra regole giuridiche ed esigenze del mercato sotto il profilo economico-filosofico.

¹²² A tale proposito si veda ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di Diritto Privato*, Iudica e Zatti (a cura di), Milano, 2011, p. 56

¹²³ La rilevanza della esistenza degli effetti finali e complessivi che si ha interesse a raggiungere con il contratto è alla base del concetto di c.d. vizio funzionale. Si tratta della teoria che valorizza quei difetti che non inficiano il contratto in quanto atto, ma lo inficiano nel momento dinamico, quando il contratto non è in grado di svolgere la sua funzione e pertanto deve considerarsi invalido.

giurisdizione di un dato ordinamento statale possa essere considerata uno degli elementi fondamentali per l'economia complessiva del negozio¹²⁴. Tale elemento, tale volontà si ricava dall'inserimento di una clausola compromissoria "sotto (la quale) ... vi è un *interesse* identico dell'una e dell'altra, rivolto a cercare il miglior giudice"¹²⁵.

E' possibile infine affermare, riallacciando il discorso a quanto rilevato in ordine alla necessità di facilitare la circolazione dei contratti, che lo svincolarsi da un dato ordinamento giuridico per la risoluzione della lite potenziale, concorre a garantire una maggiore mobilità al rapporto contrattuale, soprattutto in ambito transnazionale¹²⁶.

Da quanto detto può farsi allora derivare la conclusione che la scelta di derogare all'apparato di tutela di un dato ordinamento¹²⁷, per l'attuazione dei diritti scaturenti da un determinato regolamento contrattuale, sia connessa al contratto in modo oggettivo.

Con il logico corollario che il trasferimento della posizione contrattuale dia anche luogo al trasferimento della scelta di devolvere in arbitri le controversie insorgenti nel divenire dell'esecuzione del contratto¹²⁸.

¹²⁴ Si noti come la valorizzazione dell'operazione economica pare utile anche nella prospettiva di favorire l'armonizzazione internazionale del diritto dei contratti. L'approccio funzionale, che è proprio del concetto di operazione economica, consente infatti di superare le apparenti diversità tra fenomeni giuridici nei vari ordinamenti. Le regole giuridiche poste nei diversi Stati Nazionali, a volte distanti sotto il profilo formale, tendono a riunirsi ad unità nel momento in cui si guarda al contenuto sostanziale della tutela degli effetti voluti dalle parti. Per approfondimenti sul concetto di operazione economica nel contratto si veda GABRIELLI, *L'operazione economica nella teoria del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, pp. 905 e ss.

¹²⁵ CARNELUTTI, *Clausola compromissoria e competenza degli arbitri*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1921, p. 327.

¹²⁶ L'esigenza di rendere avulsa la controversia da qualsiasi inquadramento o legittimazione normativa di un dato Stato è propria soprattutto dei rapporti di sapore internazionale. Ciò è dimostrato anche dalla tendenza all'uniformazione del diritto internazionale privato, che emargina il ricorso ai singoli sistemi giurisdizionali statuali. Per un'analisi del fenomeno si veda Rose D.A., *The Challenges for Uniform Law in the Twenty - First Century*, in *Uniform law review*, 1996.

¹²⁷ La caratteristica dell'arbitrato quale sistema avulso dai sistemi nazionali è rilevata anche da CARBONE, *Autonomia privata e modelli contrattuali del commercio marittimo internazionale nei recenti sviluppi del diritto internazionale privato: un ritorno all'antico*, in *dir. mar.*, 1995, p. 322. L'autore ritiene che l'arbitrato sia annoverabile all'interno della categoria degli atti espressione del principio *pacta sunt servanda*, ontologicamente indipendenti da qualsiasi ordinamento statale predefinito.

¹²⁸ Rileva in proposito CRISCUOLO, *Cessione del contratto e autonomia della clausola compromissoria*, in *Riv. Arbitrato*, 1996, pp. 701 e ss. che "la quotidiana esperienza giuridica ed economica ci dimostra che la scelta arbitrale assai di frequente non rappresenta una alternativa irrilevante, ma riveste un carattere fortemente strumentale alla realizzazione del programma contrattuale (...) è sufficiente la empirica

2.2. L'eccezione derivante dalla clausola come eccezione non personale e quindi trasferibile.

Quanto finora rilevato deve essere coordinato con l'affermazione secondo la quale dall'inserimento di una clausola compromissoria deriva (solo) l'attribuzione di un diritto potestativo da esercitare sotto forma di eccezione.

Occorre allora chiedersi come si ponga questa particolare eccezione rispetto alla disciplina di cui all'art. 1409 cod. civ. che prevede che "Il contraente ceduto può opporre al cessionario tutte le eccezioni *derivanti dal contratto*, ma *non* quelle fondate *su altri rapporti col cedente*, salvo che ne abbia fatto espressa riserva al momento in cui ha consentito alla sostituzione".

La norma mira ad escludere l'opponibilità di eccezioni di carattere personale, che non trovano ragione nel rapporto contrattuale tra le *parti*, e si giustificano in base ad altri rapporti patrimoniali che legano i due *soggetti*.

Alla luce di quanto rilevato in tema di clausola compromissoria, e del legame di essa con il contenuto oggettivo del contratto, deve ritenersi che al cessionario possa eccipirsi la devoluzione in arbitri delle controversie nascenti dal rapporto¹²⁹ - nei limiti di quanto previsto nella clausola compromissoria inserita nel regolamento, dal momento che questa può prevedere che non tutte le controversie insorgenti dal rapporto siano deferite in arbitri.

Secondo l'interpretazione qui patrocinata, la clausola in parola attiene ad un momento funzionale del contratto ed è quindi strumentale alla realizzazione delle obbligazioni sinallagmatiche in esso contenute¹³⁰. Deve pertanto escludersi

costatazione che il ricorso all'arbitrato è divenuto ormai prassi assolutamente costante nei contratti disciplinanti affari di un certo rilievo economico per escludere che la clausola compromissoria possa essere considerata *a priori* non essenziale rispetto all'organismo contrattuale".

¹²⁹ Si potrebbe anche sostenere che la successione nel patto compromissorio non avvenga solo quale effetto (*in re ipsa*) del trasferimento del cessionario dell'intera posizione giuridica del cedente, ma piuttosto in virtù dell'art. 1409 cod. civ. che attribuisce al ceduto tutte le eccezioni derivanti dal contratto. Ciò nondimeno per ragionare in questi termini è necessario dimostrare che la clausola compromissoria possa essere annoverata tra le eccezioni contrattuali.

¹³⁰ Si veda in proposito l'impostazione di FESTI, *La clausola compromissoria*, cit. p. 889 "vi sono casi di ineliminabile dipendenza della clausola compromissoria dal contratto sostanziale. Essi derivano da due fattori: dalla funzione strumentale dell'azione rispetto al diritto sostanziale e dalla necessità che l'accordo arbitrale sia riferito ad un determinato contratto (o rapporto)".

che l'eccezione di compromesso rientri tra le eccezioni personali¹³¹.

La devoluzione in arbitrato è una scelta che attiene alla migliore esecuzione del rapporto contrattuale ed è legata ai diritti da esso scaturenti. Non è invece inquadrabile tra i titoli costitutivi di rapporti derivanti dal modo di essere delle parti dal punto di vista soggettivo¹³².

Con la clausola si attribuisce, in modo reciproco, il potere di rilevare l'incompetenza del giudice. Il potere è attribuito a chiunque sia la parte di quel contratto e non al soggetto inteso nella sua individualità personale.

Con l'inserimento della clausola non si vuole stabilire che le controversie con un determinato *soggetto* saranno sottratte alla giurisdizione statale, bensì ci si vuole assicurare che l'attuazione di determinati *rapporti* giuridici patrimoniali sia gestita

¹³¹ Tra le eccezioni personali deve per esempio annoverarsi l'eccezione di compensazione. La disciplina dell'eccezione di compensazione è contenuta in parte nel codice civile, all'art 1241, tuttavia è dalla disposizione del codice di rito che si evince la *ratio* dell'istituto. Essa rappresenta uno strumento di estinzione satisfattiva dell'obbligazione diversa dall'adempimento e presuppone che i rapporti di credito e di debito che si incrociano facciano capo a rapporti diversi e non costituiscano il reciproco dare-avere dello stesso rapporto. Tutto ciò si può evincere dalla disciplina processuale di cui all'art. 35 cod. proc. civ. Con la compensazione infatti il titolare di un credito decide, quindi con un atto di volontà, di spendere il proprio diritto per paralizzare la pretesa di chi è al contempo anche suo creditore. Una tale scelta è frutto non dei meccanismi di funzionamento interni ad un rapporto, ma della scelta di mettere sul tavolo diritti derivanti da altri rapporti che hanno una connessione di tipo soggettivo con quello oggetto del giudizio. Guardando al diritto eccepito in compensazione dal punto di vista strutturale questo non ha nessuna incidenza con quello fatto valere nel giudizio e ciò trova conferma nel fatto che potrebbe essere fatto valere in altro giudizio senza alterare il precedente *decisum*. La disposizione processuale citata mira infatti a disciplinare le questioni di competenza che potrebbero derivare da un ampliamento dell'oggetto del giudizio scaturente dalla formulazione di siffatta eccezione. Ciò dimostra come si tratti dell'introduzione di questioni che vanno oltre la disciplina del rapporto dedotto in giudizio con la domanda principale. Si comprende come diversa sia la *ratio* rispetto alle altre eccezioni che invece hanno un vincolo funzionale con il rapporto e pertanto non assumono il carattere della personalità. Infatti secondo CICALA, *Cessione del contratto*, cit., p. 9 le ragioni che giustificano l'esclusione dell'eccezione di compensazione tra quelle che vengono trasferite con la cessione del contratto derivano proprio dal fatto che i crediti che vengono trasferiti con la cessione sono epurati di ogni legame con la persona del debitore (-creditore) e sono esclusi qualora non abbiano anche un legame oggettivo con il rapporto ceduto. In tema di eccezione di compensazione e per le diverse conseguenze a seconda che essa sia introdotta nel giudizio come eccezione ovvero come domanda si veda TIZI, *L'eccezione di compensazione*, in Riv. Arbitrato, 2007, pp. 471 e ss.

¹³² Ritiene invece che il legame con la clausola abbia fondamento nell'*intuitu personae* Cass. Civ., sez. I, 19 settembre 2003 n. 13893. Nello stesso senso la dottrina richiamata da PETRILLO, *Circolazione della clausola compromissoria in ipotesi di cessione del credito*, in Riv. Arbitrato, 2004, pp. 471 e ss. in nota n. 17. L'autrice rileva invece come "elevare la persona del creditore a momento essenziale del rapporto compromissorio sembrerebbe attestare la natura strettamente personale di tale rapporto. Al contrario, basti pensare che la medesima questione circa l'operatività dell'accordo compromissorio si verifica in ipotesi di successione *mortis causa*, sia a titolo universale che a titolo particolare, ed in presenza di tali fattispecie dottrina e giurisprudenza sono pressoché unanimi nel ritenere che vi sia l'automatico subentro nella clausola in capo all'erede ovvero al legatario".

in ambito privato¹³³.

La clausola si riferisce all'esecuzione del contratto nel suo divenire pertanto la modalità di risoluzione della controversia deve essere guardata dal punto di vista oggettivo, in relazione cioè alla concretizzazione del rapporto ceduto. La scelta di escludere la giurisdizione non è dovuta ad una particolare qualità del soggetto con cui si è originariamente stipulato il contratto¹³⁴ e per tali ragioni deve escludersi il carattere soggettivo dell'eccezione.

La clausola compromissoria serve infatti a realizzare il duplice scopo, funzionale alla realizzazione del contratto, di ottenere l'indubbio vantaggio di risolvere la controversia in tempi più celeri e modellare il procedimento secondo le esigenze del caso specifico, con l'obiettivo di ottenere una vera giustizia del caso concreto.

A sostegno della tesi, qui patrocinata, che giustifica l'estensione della clausola compromissoria al cessionario sulla base della circostanza che non sia legata ai requisiti soggettivi della controparte, si può inoltre rilevare come i rapporti personali tra contraenti originari non necessariamente sono conosciuti dal cessionario al momento della conclusione del contratto di cessione. La conoscenza (o quanto meno la conoscibilità) della clausola è invece garantita dalla circostanza che essa è contenuta per iscritto¹³⁵ nel contratto. Cosa che non è per i diritti che hanno fonte nei rapporti personali tra le parti e che, non

¹³³ Il legame tra la clausola e il diritto, e non invece tra clausola e soggetto, si apprezza anche alla luce della novella del 2006 che ha introdotto la possibilità di deferire in arbitri controversie relative a rapporti non contrattuali. Sebbene sia evidente che per tali rapporti la devoluzione in arbitri non possa avvenire in virtù di una clausola compromissoria, la dottrina che si è occupata di interpretare la disposizione ha specificato come il criterio di individuazione del rapporto non possa comunque essere quello soggettivo. In altre parole, con l'arbitrato non si crea un foro personale dei soggetti vincolati, ma si pone in essere un negozio processuale di disposizione (*sui generis*) del diritto.

¹³⁴ Tuttavia non è escluso che gli originari contraenti stabiliscano espressamente che la clausola sarà valida solo tra loro. In tal caso vi sarà una "individualizzazione" della clausola che esclude che questa sia esperibile nei confronti della nuova parte che, nel caso voglia ricorrere all'arbitrato, dovrà procedere alla stipula di un nuovo patto compromissorio. In tal caso non si nega in termini generali l'estensibilità della clausola a seguito della cessione, ma si dà conto delle innumerevoli possibilità di predisporre un regolamento contrattuale ritagliato sulle esigenze dei singoli.

¹³⁵ Sulla forma della clausola compromissoria, necessariamente scritta, dato il rimando dell'art. 808 comma 1 ultima parte cod. proc. civ. all'art. 807 cod. proc. civ. che disciplina la forma del compromesso si veda NELA, CATALANO, *Art. 808 c.p.c.*, in *Le recenti riforme del processo civile*, Chiarloni (a cura di), Bologna, 2007, p. 1616.

attenendo al contenuto oggettivo del contratto ceduto, non possono nemmeno evincersi dal regolamento negoziale.

Non vi sarebbe ragione di attribuire il potere di sollevare anche tali eccezioni sia perché non sono funzionali alla realizzazione del rapporto sia perché non sono neppure idonee a creare un affidamento sulla possibilità di essere comunque esperite, in quanto tendenzialmente ignote.

Da tali considerazioni consegue che le modifiche soggettive delle parti del contratto non interferiscono sulla efficacia della clausola. Quest'ultima viene quindi trasferita unitamente al contratto in cui è inserita.

2.3. (segue) Le ragioni del trasferimento dell'eccezione.

La dottrina favorevole alla tesi del trasferimento automatico ha giustificato tale risultato interpretativo (anche) sulla base della natura della clausola compromissoria, quale titolo costitutivo di un diritto potestativo. Detto in altri termini, si è affermato che dal trasferimento della posizione contrattuale in maniera unitaria consegue l'attribuzione in capo al subentrante di qualsiasi diritto potestativo in essa ricompreso. La tesi viene proposta senza condurre alcuna indagine circa la funzione della clausola nel quadro complessivo del contratto¹³⁶.

Una simile affermazione, per quanto in linea con l'opzione interpretativa qui patrocinata, è troppo limitata pur nella sua onnicomprensività.

La tesi infatti non valorizza il principio per cui la distinzione tra eccezioni opponibili e non opponibili si fonda sulla alternatività tra eccezioni derivanti dal rapporto ceduto ed eccezioni derivanti da rapporti autonomi.

Portando ad estreme conseguenze la tesi in parola si sarebbe infatti portati ad estendere automaticamente anche l'eccepibilità di elementi che attengono alla

¹³⁶ In questo senso GAZZONI, *Manuale*, cit. pp. 1040- 1041 che senza dilungarsi in argomentazioni afferma che la posizione giuridica in cui subentra il cessionario "è più ampia rispetto ai meri diritti ed obblighi che derivano con immediatezza del regolamento contrattuale...infatti comprende tutti i diritti potestativi, aspettative, nonché, sul piano processuale, le azioni che ad un soggetto competono in quanto parte del contratto".

fase genetica del rapporto, come l'azione di annullamento¹³⁷. Pare opportuno rilevare come ciò sia possibile solo quando l'esercizio dell'azione non sia strettamente dipendente dalle qualità soggettive della parte contrattuale. Ipotesi che, peraltro, in concreto difficilmente potrebbe verificarsi, atteso che la disciplina dell'azione di annullamento è, in linea di massima, legata a motivi strettamente dipendenti dai requisiti soggettivi del contraente e ne è precluso l'esperimento da parte di soggetti per i quali la tutela della posizione giuridica non è necessaria¹³⁸.

In conclusione, per determinare in che limiti e termini si dia luogo al subingresso nel vincolo compromissorio è prioritariamente necessario indagarne la *ratio*.

2.4. Il trasferimento automatico della clausola attributiva dell'eccezione nel sistema generale: l'indebolimento della posizione del ceduto.

Fino a questo punto si è cercato di dimostrare come la ragione giustificativa dell'ambulatorietà della clausola compromissoria derivi dall'essenzialità della

¹³⁷ Anche l'azione di annullamento è esercizio di un diritto potestativo. Le norme che prevedono l'annullabilità del contratto sono infatti poste nell'interesse di uno dei contraenti. A discapito dell'uso dell'espressione "prescrizione" per indicare il termine entro il quale l'azione può essere fatta valere, è pacifico che si tratti di un termine di decadenza. Il che comporta che possa essere qualificata quale esercizio negoziale di un diritto potestativo che consente di paralizzare l'azione di un soggetto, che si trova in posizione di soggezione rispetto alla volontà dell'altro. La considerazione che l'azione di annullamento sia posta a tutela di un interesse di parte comporta infatti una legittimazione relativa per far valere la annullabilità. Inoltre, per il principio *quae temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum*, l'eccezione di annullamento è sempre proponibile per paralizzare l'azione del contraente che chiede l'esecuzione del contratto e si pone quale eccezione di parte non rilevabile d'ufficio. Ciò sta a significare che la volontà di non dare esecuzione al contratto spetta al contraente tutelato e, fino al momento della esecuzione, solo a lui. Si verifica una sorta di trasposizione del principio processuale dell'interesse (100 cod. proc. civ.) nel diritto sostanziale: se il soggetto nel cui interesse è posta la norma non invoca la tutela di tale interesse chiunque altro la invocasse difetterebbe dell'interesse per farlo e la tutela non potrebbe essere invocata. Quindi occorre di volta in volta analizzare l'interesse, di parte, che la norma attributiva del potere di far valere l'annullabilità è volto a salvaguardare e verificare che questo possa essere individuato in soggetti diversi da quello che ha posto in essere l'attività di contrattazione. Ciò deriva dal fatto che si tratta di un vizio formale dell'atto e non invece funzionale. Si riferisce a patologie emerse nella fase di formazione dello stesso che possono riverberarsi nella fase di esecuzione, ma non anche di difetti che inficiano la capacità dell'atto di produrre gli effetti programmati.

¹³⁸ Si può convenire con chi invece ritiene utile distinguere i diritti potestativi che passano automaticamente con la cessione del contratto a seconda che attengano alla fase genetica ovvero a quella funzionale CICALA, voce *Cessione del contratto*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960. Aderendo a tale opzione interpretativa si evidenzia come la qualità di parte non attribuisca per ciò stesso la qualità di contraente, come si è rilevato nelle pagine precedenti.

stessa nell'economia complessiva del rapporto.

La tesi in parola può forse essere corroborata alla luce di altre considerazioni tratte dalla disciplina generale dei contratti.

Anzitutto può rilevarsi come una soluzione diversa da quella proposta potrebbe dare luogo all'indebolimento della posizione contrattuale del ceduto, potenzialmente foriera di diritto al risarcimento.

Attribuendo alla scelta di rinunciare alla giurisdizione un ruolo chiave nell'economia complessiva del contratto e individuando un legame oggettivo tra clausola e diritti scaturenti dal contratto, non potrebbe escludersi che la posizione contrattuale della parte originaria subirebbe una lesione qualora fosse privata, per effetto della cessione, delle facoltà derivanti dalla clausola¹³⁹.

L'indebolimento del soggetto, che subisce la privazione di una facoltà che questi riteneva essenziale per l'esistenza del rapporto, non sarebbe nemmeno tutelata dal previo consenso alla cessione ai sensi del primo comma dell'art. 1407 cod. civ.

Il consenso preventivo ha infatti una funzione di semplificazione dell'operazione circolatoria, non invece una funzione dismissiva degli obblighi che si assumerà il subentrante. Quest'ultimo si lega al rapporto esattamente come proviene dalla parte originaria e da ciò deriva il legarsi al patto compromissorio.

Tanto meno può accettarsi, seppure proposta dalla giurisprudenza¹⁴⁰, la soluzione secondo la quale il vincolo della clausola permanga per il solo ceduto. A tenore della quale il ceduto sarebbe soggetto all'eccezione del difetto di giurisdizione da parte del cessionario, senza il potere di sollevare a sua volta la

¹³⁹ Con riferimento alla ipotesi della cessione del credito, dove non è necessario che il debitore ceduto manifesti il proprio consenso alla cessione ASPRELLA, *Note sparse su cessione del credito, cessione di quote di società a responsabilità limitata e opponibilità della clausola compromissoria al cessionario*, in *Giust. civ.*, 2003, pp. 21 e ss. pone *in nuce* la questione affermando che “qualsiasi modificazione soggettiva attiva del rapporto...non può avere l'effetto di rendere deteriore la sua posizione giuridica ed egli, pertanto, non può essere danneggiato dal fatto di mutare creditore”. Nello stesso senso PETRILLO, *Circolazione della clausola compromissoria in ipotesi di cessione del credito*, in *Riv. Arbitrato*, 2004, pp. 471 e ss. “il mutamento della titolarità del credito, se non comporta una modificazione oggettiva del rapporto... deve tendenzialmente lasciare quanto più possibile inalterata sia la posizione del debitore ceduto sia quella del nuovo creditore rispetto all'originario dante causa”.

¹⁴⁰ Nel senso di ammettere la possibilità di avvalersi della clausola solo per il ceduto si veda Cass. Civ. Sez. I, 19 settembre 2003, n. 13893.

medesima eccezione nei confronti della controparte.

L'interpretazione in commento crea un'asimmetria di posizioni nell'ambito dello stesso rapporto ed è incompatibile con la funzione stessa della clausola¹⁴¹.

La devoluzione in arbitrato per mezzo dell'inserimento della clausola è infatti espressione di una *vicendevole* attribuzione di un diritto potestativo¹⁴².

Non deve essere quindi trascurato il fatto che l'effetto derogatorio non discende, perlomeno non in via diretta, dalla clausola, ma in via mediata dall'eccezione. La clausola non attribuisce la cognizione agli arbitri, ma attribuisce alle parti il potere di farlo, consentendo alla controparte di paralizzare l'eventuale azione davanti al giudice statale. L'efficacia diretta è quindi sulle parti che si attribuiscono un reciproco vincolo¹⁴³.

Al fine di rispettare la funzione della clausola è quindi imprescindibile mantenere il rapporto di *reciprocità*, che rappresenta un elemento essenziale per mantenere il sinallagma del negozio devolutivo¹⁴⁴.

Devono pertanto escludersi soluzioni interpretative che privino di questa bilateralità la clausola compromissoria, pena la perdita della sua funzione essenziale.

¹⁴¹ Si veda in proposito GIORGETTA, *La Corte di Cassazione torna a negare la legittimazione del cessionario del credito a far valere la clausola compromissoria per arbitrato rituale*, in www.judicium.it che definisce illogico ed attributivo di un ingiustificato *favor* la possibilità solo per una parte di utilizzare la clausola.

¹⁴² Si potrebbe inoltre rilevare che attribuire la possibilità di avvalersi della clausola in modo unidirezionale significa lasciare all'arbitrio di una parte la possibilità di stabilire quale sia l'organo competente per il giudizio. In disparte l'evidente violazione del principio di uguaglianza, riconoscere una simile "facoltà" si pone in antitesi con il principio del giudice naturale, inteso, in senso lato, come principio volto (anche) ad assicurare una preventiva individuazione del proprio giudice, ed evitare che non sia "scelto" a posteriori sulla base della convenienza contingente del caso. In questo senso vedi BORRELLO, *Clausola arbitrale e cessione del credito*, in *I contratti*, 2004, p. 572.

¹⁴³ La sola apposizione della clausola non determina, di per sé, nessun effetto processuale. Il processo può infatti essere instaurato davanti all'autorità giudiziaria in capo alla quale non viene meno, per il solo fatto dell'apposizione della clausola, il potere di decidere la controversia.

¹⁴⁴ Si è infatti rilevato come la clausola compromissoria sia annoverabile tra le clausole c.d. negozio e abbia una propria autonomia funzionale. Deve qui aggiungersi che essa può considerarsi un negozio sinallagmatico nel quale verrebbe meno il requisito funzionale se venisse a mancare il carattere di reciprocità.

2.5. Il trasferimento automatico della clausola attributiva dell'eccezione nel sistema generale: la coerenza rispetto ad alla cessione del credito.

Si è sopra rilevato come opinare nel senso che la cessione del contratto dia luogo alla perdita di efficacia del vincolo compromissorio possa dar luogo ad una fattispecie di indebolimento della posizione contrattuale dell'originario contraente.

Si è altresì ritenuta inaccettabile una ricostruzione della vicenda che all'indebolimento sommi l'asimmetria nelle posizioni a svantaggio del ceduto, il che si verificherebbe ritenendo legato alla clausola solo il contraente originario.

A tale proposito si deve rilevare come la differenziazione dei poteri di eccezione, rispettivamente spettanti al ceduto ed al cessionario, può forse trovare un (apparente) appiglio nel tenore letterale dell'ordito normativo.

L'art. 1409 cod. civ. prevede infatti che “Il contraente *ceduto può opporre al cessionario* tutte le eccezioni derivanti dal contratto”.

A tutta prima parrebbe che l'estensione del potere di eccepire sia stato attribuito dal legislatore al solo ceduto e ciò, evidentemente, per il timore che la cessione del contratto potesse comportare una *deminutio* dei poteri ad esso spettanti in base al contenuto originario del negozio trasferito.

In proposito, la dottrina ha tuttavia fin da subito rilevato come la norma debba leggersi nel senso che “*ciascuna parte* ha il diritto di opporre all'altra tutte le eccezioni derivanti dal contratto base, ma non quelle fondate su rapporti che essa eventualmente abbia col cedente”¹⁴⁵.

La soluzione riferita evita quindi disparità di trattamento tra parti ed è rispettosa del principio che con la cessione si dà luogo ad un subentro nella *medesima* posizione.

Tutto ciò premesso, si può quindi affermare che sarebbe assurdo suggerire un'interpretazione che ponga in posizione deteriore proprio il soggetto che (paradossalmente) il legislatore voleva tutelare di più.

Vi è infine da aggiungere che una simile interpretazione sarebbe viziata di

¹⁴⁵ Sono le parole del Carresi riportato da CICALA, *Cessione del Contratto, cit.*, p. 9.

incoerenza sistematica se solo si ponesse riferimento alle elaborazioni giurisprudenziali maturate in ordine agli effetti della cessione del credito sulla circolazione della clausola compromissoria¹⁴⁶.

Infatti, onde scongiurare asimmetrie tra ceduto e cessionario, nonché evitare di rendere deteriore la posizione del contraente originario, la giurisprudenza è ora (abbastanza) pacifica nell'ammettere il trasferimento della clausola compromissoria nella ipotesi di cessione del credito¹⁴⁷.

2.6. Il contenuto della clausola, profili problematici.

Alla luce delle considerazioni sopra svolte si ha l'impressione che le opzioni interpretative volte a negare l'automatica trasferibilità della clausola poggino su premesse logico-giuridiche opinabili¹⁴⁸.

Pare infatti che il problema della circolazione della clausola sia posto unicamente come problema di consenso, risolto verificando quale delle parti ha, di sicuro, consapevolezza della esistenza della clausola. Con la conseguenza che

¹⁴⁶ In merito all'influenza reciproca tra gli orientamenti giurisprudenziali formati in materia di cessione del credito e cessione del contratto è opportuno rilevare che vi è una gran confusione. Dal punto di vista logico si poteva accettare che la giurisprudenza escludesse l'automatico trasferimento della clausola nella fattispecie di cessione del credito prendendo come punto di riferimento gli orientamenti pretori contrari alla circolazione automatica nella cessione del contratto. In tale caso non ci sarebbero state obiezioni nel condividere l'orientamento restrittivo ragionamento dal momento che la cessione del credito appare meno garantista per la parte ceduta rispetto alla cessione del contratto. Questo era stato infatti il ragionamento posto alla base di Cass. Civ., Sez. Un., 17 dicembre 1998, n. 12616. Ciò che invece lascia perplessi è che nel momento in cui si è ritenuto che la clausola potesse essere trasferita automaticamente nelle ipotesi di cessione del credito, onde evitare asimmetrie tra le parti, alcune pronunce abbiano persistito nel negare la stessa ambulatorietà nell'ipotesi cessione del contratto che, nessuno dubita, è una vicenda circolatoria dove è più giustificato un trasferimento automatico. Rileva tale illogicità GIORGETTA, *La Corte di Cassazione torna a negare la legittimazione del cessionario del credito a far valere la clausola compromissoria per arbitrato rituale*, in www.judicium.it.

¹⁴⁷ Si veda a proposito della circolazione della clausola nella cessione del credito ASPRELLA, *Note sparse su cessione del credito, cessione di quote di società a responsabilità limitata e opponibilità della clausola compromissoria al cessionario*, in *Giust. civ.*, 2003, pp. 21 e ss. Per il confuso iter giurisprudenziale si veda inoltre la nota n.

¹⁴⁸ Sembra che l'ostilità verso l'automatismo nel trasferimento della clausola trovi fondamento in un pregiudizio nei confronti della devoluzione in arbitrato, in virtù del quale ogni volta che vi sia il patto di deroga alla giurisdizione deve necessariamente trattarsi il contratto come fonte di posizioni pregiudizievoli. Contro questo pregiudizio potrebbero leggersi le parole di ASPRELLA, *Note sparse, cit.*, pp. 21 e ss. "la trasferibilità della clausola compromissoria non può essere intesa in termini di mero svantaggio, ma anzi essa potrebbe ritenersi «vantaggiosa» per il debitore ceduto, se non altro perché il credito sottostante si può realizzare più velocemente proprio per la presenza del patto compromissorio".

solo nei confronti di tale parte potrebbe sollevarsi l'eccezione di compromesso¹⁴⁹ poiché solo quella parte non avrebbe a soffrire una lesione della propria autonomia.

Se pure è vero che la ricerca del consenso ha il pregio di valorizzare il fondamento volontaristico dell'arbitrato, tuttavia mal si concilia con la logica della cessione del contratto¹⁵⁰, vale a dire quella di fornire ai privati una modalità di trasferimento della *intera* posizione contrattuale senza parcellizzazioni, in un'unica soluzione e tenuto conto del complesso contrattuale.

Il difetto della tesi qui criticata deriva forse dal fatto di sopravvalutare il significato attribuito dall'isolamento normativo della clausola. Quest'ultimo, come ampiamente riferito nel capitolo precedente, ha il solo intento di evitare che l'invalidità del negozio si rifletta sulla possibilità che questo sia rilevato dagli arbitri.

Il problema del consenso, seppure, come accennato, coerente con l'esigenza di assicurare il fondamento volontaristico dell'arbitrato, appare quindi eccessivo per quanto riguarda la capacità della cessione del contratto ad assicurare il vincolo.

Ciò nondimeno, un problema di consenso può essere posto in riferimento al contenuto della clausola.

Può infatti verificarsi che le parti originarie indichino nella clausola le

¹⁴⁹ Ponendo il problema della circolazione unicamente in termini di ricerca del consenso, sarebbe giustificata quella disparità di trattamento tra ceduto e cessionario che si ritiene invece inaccettabile. Solo per il primo, infatti, a meno di non considerare la clausola quale elemento fondato sull'*intuitu personae* e quindi valida solo con certi soggetti, non sarebbe necessario individuare un nuovo consenso a devolvere la controversia in arbitrato dopo il subentro della nuova parte.

¹⁵⁰ Sostenere che sia imprescindibile la manifestazione di un consenso *ad hoc* finalizzato all'accettazione della clausola trascura l'elemento essenziale della cessione del contratto, che è quello di valorizzare l'affare nel suo complesso. Sull'influenza del mantenimento della clausola a seguito della cessione del contratto per l'esistenza stessa dell'affare si leggano le parole di CRISCUOLO, *Cessione del contratto, cit.*, pp. 701 e ss. L'A. sembra porre in dubbio che alcune operazioni contrattuali sarebbero comunque poste in essere qualora si escludesse la possibilità di risolvere le eventuali controversie in arbitrato: "va osservato che senza accordo sul deferimento ad arbitri delle eventuali controversie può perfino ipotizzarsi che molte operazioni contrattuali non verrebbero ugualmente regolamentate o che, addirittura, difficilmente vedrebbero la luce". La tesi trova conferma in quanto rilevato in ordine alle esigenze del mercato internazionale di emanciparsi dalle regole di un dato ordinamento giuridico per risolvere le controversie con caratteri di transnazionalità.

modalità¹⁵¹ con cui si svolgerà la procedura arbitrale ovvero come verranno nominati gli arbitri, se non addirittura ne prevedano direttamente la nomina.

La clausola può pertanto presentarsi contemporaneamente quale fonte di diritto sostanziale, cioè del rapporto sinallagmatico illustrato, e quale fonte di diritto procedurale, e ciò mediante l'arricchimento di contenuti processuali.

La scelta di arricchire la clausola di contenuti processuali massimizza l'esercizio di autonomia privata e minimizza l'integrazione esterna da parte di soggetti diversi dalla parti direttamente interessate. Nel predefinire la procedura decisoria che gli arbitri dovranno seguire si enfatizza quella funzione di giustizia del caso concreto, ma si determina anche una personalizzazione estrema del negozio processuale.

E' dunque rispetto a questo contenuto che può porsi un problema in ordine alla necessità che sia accettato dalla parte subentrante¹⁵².

Il principale pericolo in tali casi è che si ponga un problema di imparzialità dell'arbitrato ovvero di incompatibilità soggettiva della nuova parte.

Considerato che alla clausola compromissoria si attribuisce il valore di negozio autonomo, quanto a forma e funzione, non è assurdo spostare il problema del consenso nell'ambito della contrattazione del *contenuto* piuttosto che sulla applicabilità tout court del vincolo compromissorio. Con l'avvertenza che, onde non frustare i risultati ermeneutici raggiunti in ordine all'automatico trasferimento della clausola, tale maggiore controllo avvenga solo quando vi siano elementi che facciano trasparire l'esigenza di tale maggiore attenzione.

Quanto alle modalità pratiche con cui assicurare che siano conosciuti quegli elementi forieri di potenziali disparità di trattamento si potrebbe suggerire un'applicazione analogica dell'art. 1341 comma secondo.

¹⁵¹ Il che può avvenire mediante l'indicazione della procedura da seguire per la nomina dell'organo giudicante ovvero attraverso il rinvio a regolamenti precostituiti. In quest'ultima ipotesi si tenga inoltre conto del dibattito in ordine al significato da attribuire al rinvio a procedure disciplinate da organismi arbitrali precostituiti. In breve ci si domanda se il richiamo alle regole di tali organismi impegni le parti a seguire le norme dell'organismo per ogni momento della procedura arbitrale, ovvero se debba di volta in volta verificarsi a quali norme dell'arbitrato amministrato le parti abbiano voluto fare riferimento.

¹⁵² Sulla clausola compromissoria quale espressione di duplice natura di regolamento sostanziale e procedurale allo stesso tempo si veda PETRILLO, *Circolazione della clausola compromissoria*, cit.

La norma citata mira a rimediare ad un disequilibrio ontologico tra parti contraenti assicurandone la parità nel momento della contrattazione¹⁵³. L'applicazione della disposizione è subordinata all'esistenza di due requisiti: il primo è la mancata partecipazione di una delle parti alla redazione del testo negoziale; il secondo è che il contenuto del contratto imponga delle condizioni svantaggiose alla parte che non ha partecipato alla sua formazione. Scopo della norma è quello di fornire, al soggetto che non ha influito sulla determinazione degli elementi negoziali, gli strumenti necessari perché non venga sopraffatto inconsapevolmente dalla controparte.

Nell'ipotesi che qui interessa, il cessionario non è svantaggiato per il fatto che non ha manifestato consenso a legarsi alla clausola compromissoria, il consenso si ritiene infatti prestato con l'adesione al negozio di cessione. La posizione di svantaggio si manifesta in riferimento al fatto che non ha partecipato all'elaborazione del contenuto della clausola che *può* avere un contenuto squilibrato a suo sfavore.

Tale opinione poggia sull'idea che la clausola compromissoria sia un negozio all'interno di un altro negozio e possa quindi essere soggetta a tutte le norme, ovviamente in quanto compatibili, in materia di contratto.

Con il negozio di cessione verrà trasferito solo lo "zoccolo duro" costituito dalla volontà di rinunciare alla tutela giurisdizionale. Diversa sorte spetterà invece al contenuto della stessa nel caso in cui questa sia strutturata in maniera complessa e regoli i rapporti fra le parti in modo potenzialmente disparitario.

Rispetto a tali elementi dovrà darsi luogo ad un'autonoma attività di contrattazione sul contenuto della clausola.

Un ultimo problema da scrutinare è quello della sorte della clausola qualora

¹⁵³ Si ricordi che il nostro ordinamento non si preoccupa di evitare la stipula di contratti squilibrati, ovvero sia svantaggiosi per una parte. Tuttavia tutela il momento della contrattazione che deve svolgersi su un piano di parità. Tale tutela si esprime, in termini generali, con la disciplina di cui all'art. 1341 cod. civ., ed in modo particolareggiato quando concerne i contratti stipulati con i cc.dd. soggetti deboli, come ad esempio i consumatori. In queste ultime ipotesi si dà luogo ad una sorta di recupero delle disparità "ontologiche" dei soggetti stipulanti attraverso l'imposizione di norme inderogabili a tutela della parte in posizione deteriore.

risulti che il contenuto di squilibrio, rispetto al quale non si sia svolta l'apposita sottoscrizione di cui sopra appaia essenziale all'esistenza della clausola stessa.

Si potrebbe all'uopo richiamare la disciplina di cui all'art. 1419 cod. civ. primo comma e salvare così l'efficacia della clausola.

A tale proposito è necessario tuttavia ricordare come l'opinione prevalente neghi l'applicabilità dell'art. 1419 cod. civ. nella ipotesi in cui si tratti di clausole "onerose" ex art. 1341 cod. civ. Complice un generalizzato favore verso il mantenimento del contratto, si tende a ripudiare l'idea che una clausola foriera di disequilibrio possa essere ritenuta essenziale per l'esistenza di un negozio. Così opinando si dovrebbe allora escludere che un elemento della clausola dal quale derivi ad esempio un pericolo di imparzialità possa invalidare la scelta di devolvere la controversia in arbitri. Ciò nondimeno nel campo dell'arbitrato questa soluzione appare complicata dall'esistenza di limiti alla possibilità di integrazione del patto. Il fondamento negoziale dell'arbitrato impone infatti di tenere in massima considerazione ciascuno degli elementi inseriti nel vincolo compromissorio al fine di verificarne la sua validità.

2.7. L'interpretazione della clausola compromissoria dopo la cessione del contratto.

Dai paragrafi che precedono è emerso che la clausola compromissoria soggiace, pur nella sua peculiarità, alla disciplina dei contratti. Alla luce di tale considerazione può forse prospettarsi un'altra problematica derivante da un caso pratico.

Si ipotizzi di dare luogo alla cessione di un contratto con clausola compromissoria. Si ipotizzi inoltre che nella clausola si preveda il rinvio ad un arbitrato disciplinato da regolamenti precostituiti e che il richiamo all'arbitrato amministrato sia ambiguo, poiché non specifica se l'arbitrato debba svolgersi secondo le norme di procedura in esso previste ovvero se le parti intendano

seguirne solo alcune¹⁵⁴.

Premesso che la cessione comporterà l'applicabilità della clausola che dire rispetto all'interpretazione di quel contenuto?

Che l'ipotesi si presenti nella pratica non è del tutto assurdo.

Va al riguardo chiarito che il legislatore ha previsto che possano esserci delle incongruenze tra la volontà delle parti e le norme del regolamento a cui si fa riferimento; l'art. 832 cod. proc. civ. prevede a tale fine che la questione sia risolta mediante una sorta di gerarchia a favore della volontà privata, disponendo al secondo comma che quando le parti rinviano ad un regolamento arbitrale preconstituito "nel caso di contrasto tra quanto previsto nella convenzione di arbitrato e quanto previsto dal regolamento, prevale la convenzione di arbitrato".

Inoltre, la disposizione richiamata va ulteriormente coordinata con la possibilità delle parti di dettare regole di procedura anche con atto separato dall'accordo compromissorio, purché ciò avvenga prima dell'inizio del giudizio (art. 816 *bis* comma 1 primo periodo, cod. proc. civ.).

Dal combinato disposto degli articoli citati emerge l'astratta possibilità che le parti, dopo aver convenuto sul rinvio ad un dato regolamento procedurale preconstituito, reintervengano sul patto compromissorio dando luogo ad una sorta di interpretazione chiarificatrice, per quanto concerne le regole da seguire nel concreto, talvolta in (parziale) deroga a quelle dell'organismo indicato nell'accordo¹⁵⁵.

In questi casi ci si domanda quanto di tale interpretazione possa essere trasferito alla nuova parte.

Nel primo capitolo si è affermato che con la cessione del contratto le parti acconsentono a legarsi ad un organismo contrattuale in progressione. Il subentro nella stessa posizione comporta quindi l'attribuzione al cessionario di tutto quanto competeva alla parte originaria.

Nel suo fluire il contratto ha una storia che non viene cancellata per effetto

¹⁵⁴ Si vedano in proposito i rilievi formulati alla nota 148.

¹⁵⁵ Si veda in proposito COLESANTI. *Volontà delle parti e regolamenti arbitrali (con particolare riferimento a quello della camera arbitrale di Milano)*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 251.

della sostituzione e per tali ragioni è stato sostenuto che si verifichi una spersonalizzazione dei comportamenti delle parti ed anche la vicenda interpretativa può essere trasferita con la cessione¹⁵⁶.

Ciò nondimeno deve anche rilevarsi come l'interpretazione sia un'attività estremamente individualizzata ed appaia difficile imputare ad un soggetto diverso l'operazione intellettuale compiuta da un altro¹⁵⁷.

In questa sede sarebbe impossibile trattare in modo approfondito della questione, basti qui accennare alla potenzialità del problema ed alle possibili soluzioni e relative conseguenze¹⁵⁸.

A tale proposito occorre infatti prendere una posizione in merito alla possibilità di un trasferimento "dell'interpretazione sul contratto ceduto". Vale a dire stabilire quanto dell'attività, anche interpretativa, già svolta dalle parti originarie si trasferisca alla nuova parte.

La questione dovrebbe inoltre essere affrontata dopo aver verificato se sia possibile ammettere un(a sorta di) negozio di accertamento sul contenuto della clausola.

Verifica difficile da operare se si considera che la stessa esistenza di tale istituto è da sempre molto discussa.

2.8. La clausola e i rapporti esauriti al momento della cessione.

Tutto ciò esaminato in ordine al trasferimento della clausola compromissoria unitamente al contratto, occorre tenere presente che possono individuarsi dei rapporti per i quali, al momento della cessione del contratto, la concretizzazione del diritto si è, per così dire, "soggettivata", in quanto si è data esecuzione a tale parte del rapporto.

¹⁵⁶ PESCATORE, *Cessione del contratto ed interpretazione*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1999

¹⁵⁷ Il vincolo contrattuale è risultato di una sintesi di interessi egoistici contrapposti, che si assorbono nel testo regolamentare finale. Tale fusione non è tuttavia sufficiente a sopprimere completamente l'origine egoistica che ha mosso le parti a contrarre. Se è vero che "l'accordo supera il conflitto" è anche vero che "continua tuttavia a recarne dentro di sé qualche traccia" e di questo riemergere del conflitto si manifesta proprio nel momento della interpretazione ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 195.

¹⁵⁸ Per una disamina approfondita si veda PESCATORE, *Cessione del contratto ed interpretazione*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1999.

In tali ipotesi la giustificazione al trasferimento automatico della clausola viene meno, per ragioni attinenti forse più alla logica che al diritto.

Il problema deve essere risolto facendo richiamo di quanto già ricordato a proposito dei rapporti esauriti.

La cessione del contratto presuppone che il rapporto non sia ancora estinto ovvero del tutto eseguito ed anche la cessione parziale è ammissibile nei limiti in cui sia ancora utile per il prosieguo del contratto. La seconda parte dell'art. 1406 cod. civ. circoscrive infatti il potere di cessione di un contratto a prestazioni corrispettive alla condizione che “queste non sono state ancora eseguite”.

Anzitutto occorre evidenziare come la norma parli di esecuzione e non di inizio della esecuzione, il che consente di affermare che una prestazione cominciata non è necessariamente di ostacolo alla cessione.

Dato l'intero complesso negoziale occorrerà vedere a che stadio di “esecuzione” questo sia al momento della cessione ed escludere che sulla prosecuzione del rapporto possano avere incidenza i rapporti che abbiamo definito già esauriti e che non hanno nessun riflesso funzionale sulla prosecuzione dello stesso.

Tale individuazione dovrà nondimeno tenere conto del fatto che il contratto deve essere guardato nel suo fluire, ed anche gli avvenimenti pregressi, nella misura in cui incidono nel divenire del rapporto, devono essere ritenuti rilevanti anche per le nuove parti.

Si è infatti già rilevato come con la cessione si dia luogo ad una progressione contrattuale tale per cui tutta la storia pregressa del rapporto continua a rilevare anche per lo svolgimento futuro dello stesso.

Poste queste premesse l'operatività della clausola compromissoria sarà esclusa per quella parte del rapporto per cui non sia né logicamente né giuridicamente possibile individuare un legame con il prosieguo della vicenda contrattuale.

Ciò deriva dal fatto che la clausola è funzionale all'attuazione coattiva del diritto non spontaneamente realizzato nel concreto pertanto quando il rapporto

a cui si riferisce si sia già attuato la funzione della clausola deve considerarsi esaurita perché non ha più scopo.

3. La cessione del contratto in caso di controversia.

3.1. L'eccepibilità della clausola da parte del cessionario.

A metà strada tra il rapporto esaurito ed il rapporto (già) “iniziato” può forse collocarsi l'ipotesi in cui sia pendente una controversia tra le parti originarie in ordine all'attuazione di una delle sue parti.

Le situazioni davanti alle quali il cessionario può astrattamente trovarsi sono due: che, nonostante la presenza della clausola compromissoria nell'ordito contrattuale, il processo sia pendente davanti all'autorità giudiziaria; che sia stato già “instaurato” il processo arbitrale.

Nella prima fattispecie ci si può chiedere se il subentro della nuova parte nei diritti scaturenti dal contratto, ivi incluso il potere di avvalersi della clausola compromissoria, legittimi quest'ultima ad inserirsi nel processo e formulare l'*exceptio compromissi*.

All'ipotesi sarà infatti applicabile l'art. 111 cod. proc. civ. che consente al successore a titolo particolare¹⁵⁹ di partecipare al processo ed esercitare tutti i poteri e facoltà processuali che spettano ad una parte nel processo, ivi inclusa quella di formulare eccezioni¹⁶⁰.

¹⁵⁹ Quando si analizza la cessione del contratto è preferibile non invocare la disciplina del successore a titolo universale di cui al precedente art. 110 cod. proc. civ. Sebbene con la cessione del contratto si dia luogo ad una successione della parte in un rapporto, tuttavia l'ipotesi non è equivalente alla successione universale cui si riferisce l'art. 110 cod. proc. civ. Si veda in proposito nota n. 32 Capitolo I di questo scritto. Può parlarsi di successione universale quando si verificano fenomeni di estinzione o fusione di società, ma non invece ad es. successione di azienda, si veda LUISO, *Successione del Processo*, Voce, *Enc. Giur. Treccani*, Milano, 1995, p. 2.

¹⁶⁰ L'eccezione rappresenta una delle modalità con cui il convenuto si difende nel giudizio dalle asserzioni dell'avversario. Si tratta di un'attività processuale alternativa rispetto alle semplici difese e alla proposizione di domande nuove. Con le eccezioni il convenuto arricchisce di nuovi fatti l'oggetto del giudizio, aggiungendo elementi alla *questio facti*. Per tali ragioni le eccezioni sono subordinate al rispetto delle scadenze relative alla deduzione di fatti nuovi nel giudizio. A questo proposito occorre tenere presente la distinzione tra eccezioni in senso stretto ed in senso lato. Alla prima categoria appartengono quelle eccezioni il cui rilievo in giudizio deve essere accompagnato dalla volontà della parte che la invoca di volersene avvalere, poiché ad essa spetta la valutazione circa l'opportunità di volersi avvalere dell'effetto prodotto dall'eccezione. Alla seconda categoria appartengono invece quegli elementi di fatto che, una volta allegati alla causa, possono essere utilizzati dal giudice per la decisione,

La possibilità che sia ancora possibile sollevare l'eccezione di compromesso non è tanto remota dal punto di vista pratico. L'*exceptio compromissi* configura infatti una eccezione di merito¹⁶¹ e può quindi essere sollevata entro la prima udienza di cui all'art. 183 cod. proc. civ.¹⁶².

Il profilo problematico consiste piuttosto nello stabilire se il subentro nel contratto a processo già pendente dia luogo ad un'ipotesi in cui la clausola abbia già esaurito la funzione per quella parte di rapporto *sub iudice*.

All'interrogativo potrebbe darsi una risposta positiva se si interpreta in modo rigoroso il subentro nella *stessa* posizione della parte precedente e se si valorizza l'assunto per cui tutto il pregresso del contratto entra a far parte della storia negoziale e si applica anche al contraente subentrato.

Argomenti questi che consentono di evitare che sia tradito l'affidamento del

a prescindere quindi dalla manifestazione di volontà di volersene avvalere. Ciò influirà sul termine della rilevazione atteso che le eccezioni appartenenti alla prima classe non possono essere sollevate dopo l'udienza di cui all'art. 183 cod. proc. civ. poiché danno luogo ad una modifica della domanda.

¹⁶¹ Per i riferimenti alla natura di eccezione di merito si veda la nota n. 106 del Capitolo II di questo scritto. Si ricorda comunque che la natura dell'eccezione in commento non deve considerarsi variata a seguito della introduzione di un nuovo mezzo di impugnazione per contestare la decisione. La novella legislativa non ha infatti inciso sull'inquadramento dogmatico della eccezione di compromesso e non è stata necessitata da ragioni legate alla sua natura. E' stato infatti escluso che il nuovo art. 819 *ter* cod. proc. civ. abbia valore di interpretazione autentica. Non ci sarebbe stato infatti bisogno di un intervento interpretativo da parte del legislatore atteso che già dalla nota sentenza 3 agosto 2000 n. 527, in cui le Sezioni Unite della Cassazione Civile avevano affermato la natura di eccezione di merito, non vi erano più stati contrasti in materia. A favore di tale tesi si tenga inoltre presente che le nuove disposizioni in tema di *translatio iudicii* non si applicano all'arbitrato. Si tratta della disposizione di cui all'art. 59 della L. 2009, n. 69 che regola i rapporti tra processi avviati davanti al plesso giurisdizionale sfornito di potere e che, opportunamente, è stata collocata fuori da un preciso codice di rito, evidenziando così, sotto il profilo "topografico", che trattasi di disposizione volta a disciplinare la giurisdizione alla luce di tutte le regole dell'ordinamento. L'esclusione dell'arbitrato da tale regolamentazione riprova che questo non sia annoverabile all'interno del sistema giurisdizionale statale, perciò non avrebbe ragione di sottostare alle regole che disciplinano la competenza, che è la misura del potere nell'esercizio della funzione e non si applica a soggetti che a quell'esercizio sono estranei.

¹⁶² Alla luce della distinzione indicata alla precedente nota n. 157, l'eccezione di compromesso può essere annoverata tra le eccezioni non rilevabili d'ufficio. Con essa si introduce un elemento di fatto nuovo alla causa e pertanto il termine ultimo per formularla è individuabile nella prima udienza di trattazione di cui all'art. 183 cod. proc. civ. Ciò si evince dalla lettura del comma sette dell'art. 183 cod. proc. civ. che al numero 2) si riferisce alle domande ed eccezioni "nuove", il che fa presumere che all'udienza di trattazione di cui al comma 4 possano essere formulate delle nuove eccezioni. Si esclude invece il termine per sollevare una simile eccezione possa essere individuato nei comma 5 e 6 dell'articolo citato. Tale possibilità deve infatti derivare dall'attività difensiva di controparte e difficilmente può immaginarsi che le difese dell'avversario possano essere tali da far emergere una simile esigenza solo in quel momento. Si veda anche Tribunale di Varese, sez. I, sentenza 15 aprile 2010 secondo il quale il termine ultimo per proporre l'eccezione è quello di cui all'art. 167 cod. proc. civ. La sentenza citata sembra sostenere implicitamente che quindi l'attore non possa più sollevare l'eccezione avendo incardinato il giudizio davanti all'autorità giudiziaria statale.

contraente ceduto che non si è visto eccepire il vincolo compromissorio dalla parte originaria.

Pur con tale precisazione, si rileva tuttavia che con la cessione del contratto e la conseguente trasmissione degli stessi poteri del cedente al cessionario, non si verifica un'attribuzione di poteri – processuali e sostanziali – maggiori di quelli spettanti alla parte originaria.

L'*exceptio compromissi* potrà infatti essere sollevata negli stessi termini di decadenza¹⁶³ entro cui avrebbe potuto sollevarla la parte originaria ed in parte con gli stessi “limiti”.

Alcuni limiti potrebbero non applicarsi alla parte che interviene ex art. 111 cod. proc. civ.

Il riferimento è a quelle limitazioni del potere di eccepire l'accordo compromissorio che dottrina e giurisprudenza riconoscono ai comportamenti processuali (concludenti) tenuti dalle parti nel giudizio. Comportamenti cui si imputa una volontà di rinunciare ad avvalersi della clausola e che portano a qualificare come meri atteggiamenti defatigatori le eccezioni “ritardate” che quindi appaiono “sostanzialmente” tardive.

Detto in altri termini, la rilevazione del vincolo compromissorio, seppure nel rispetto dei termini di cui all'art. 183 citato, apparirebbe come un abuso¹⁶⁴, ossia come un diritto esercitato correttamente dal punto di vista formale, ma teleologicamente distorto dal suo scopo perché preordinato ad allungare i tempi del processo, magari in un momento cruciale dello stesso.

¹⁶³ L'eccezione è un diritto potestativo e come tale costituisce l'esercizio di un potere che si esaurisce nel momento in cui viene esercitato. Di conseguenza fino al momento in cui può essere esercitato esso è ancora esistente. Sulla nozione di diritto potestativo e sulle modalità di esercizio si veda ORIANI, *Diritti potestativi, contestazione giudiziale e decadenza*, in *I quaderni della rivista di diritto civile*, 2003, p. 25 e ss. Se con la cessione del contratto si subentra negli stessi poteri fino a che questi non siano già esauriti appare logico dedurre che tra questi vi sia anche quello di esercitare un diritto potestativo fino a che tale potere non sia stato già esercitato.

¹⁶⁴ Negli ultimi tempi il concetto di abuso del diritto ha avuto una diffusa applicazione, sia in campo sostanziale che processuale. Già in epoca passata era stata evidenziata l'esistenza di comportamenti inquadrabili in tale concetto si veda in proposito SANTORO PASSARELLI, *Dottrine Generali del Diritto Civile*, Napoli, 2002, pp. 76 e 77. Di recente la giurisprudenza ha invocato il concetto di abuso del diritto per censurare comportamenti contrari ai canoni di buona fede e correttezza sia nell'ambito dei rapporti processuali che sostanziali. Si vedano in proposito Cass. Civ., sez. III, 28 luglio 2005, n. 15807; Cass. Civ. SS. UU., 15 novembre 2007, n. 23726; Cass. Civ., sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106.

Sarebbe dunque forse eccessivo che simili limitazioni al potere di eccepire la clausola possano farsi valere contro il soggetto che interviene, soprattutto nei casi in cui questo non sia nemmeno interessato o non possa appropriarsi degli effetti di alcune delle attività processuali poste in essere. Si pensi ad un'eccezione di compensazione¹⁶⁵, ovvero alla proposizione di una domanda riconvenzionale¹⁶⁶ che nulla hanno a che fare con il diritto controverso perché si giustificano solo in relazione ad una connessione di tipo soggettivo con la controparte.

A tutte queste ipotesi, che sono considerate attività processuali incompatibili con la volontà di eccepire il vincolo arbitrale, il successore a titolo particolare non sarebbe vincolato se ancora formalmente non decaduto dal potere di rilevare l'eccezione.

3.2. L'intervento nel processo arbitrale.

Venendo alla seconda eventualità prospettata, vale a dire che il contratto sia trasferito pendente il giudizio arbitrale, la questione deve essere sicuramente affrontata tenendo conto della novella del 2006 che ha previsto espressamente l'applicabilità dell'art. 111 cod. proc. civ. nel processo arbitrale.

L'applicabilità in via analogica della disposizione sulla successione a titolo particolare nel diritto controverso era ammessa, già prima della riforma, dalla giurisprudenza¹⁶⁷ e da parte della dottrina¹⁶⁸. Per tale ragione l'applicazione in via diretta, considerato anche la laconicità della disposizione introdotta, non è stata granché d'aiuto nel risolvere i problemi applicativi che poneva l'estensione dell'istituto in commento nel campo dell'arbitrato.

¹⁶⁵ Sull'autonomia dell'eccezione di compensazione rispetto al rapporto contrattuale oggetto di clausola compromissoria si veda la precedente nota n. 128.

¹⁶⁶ Sulla portata della clausola compromissoria in ipotesi di domanda riconvenzionale si veda PERRONE, *I rapporti tra eccezione di arbitrato rituale e domanda riconvenzionale: la giurisprudenza di merito a confronto con gli orientamenti espressi dalla corte di Cassazione*, in *Giur. merito*, 2008, pp. 3105 e ss.

¹⁶⁷ Cass. 25 Luglio 2002 n. 10922; Cass. 8 Aprile 2003 n. 5457.

¹⁶⁸ SASSANI, *L'opposizione del terzo al lodo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1995; MARENGO, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, (a cura di) BRIGUGLIO-FAZZALARI-MARENGO, Milano, 1994, pp. 131; CAVALLINI, *L'alienazione della res litigiosa nell'arbitrato*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1997, pp. 157;

Al fine di analizzare correttamente le problematiche che la questione pone, si deve anzitutto rilevare come l'articolo 111 cod. proc. civ. configuri un'ipotesi, sebbene peculiare, di intervento.

Ai sensi del terzo comma dell'articolo citato si prevede infatti che “il successore a titolo particolare *può intervenire* o essere chiamato nel processo”. L'intervento richiede solo il compimento di un atto che manifesti la volontà di partecipare al processo in corso e non è invece necessario il consenso degli altri litisconsorti, salvi i casi in cui si intenda estromettere la parte originaria¹⁶⁹.

Altrettanta libertà di ampliamento del litisconsorzio non è consentita nell'ambito del processo arbitrale¹⁷⁰.

L'articolo 816 *quinquies* al primo comma precisa infatti che “l'intervento volontario o la chiamata ... sono ammessi *solo con il consenso del terzo e delle parti e con il consenso degli arbitri*”¹⁷¹. La norma detta una disciplina generale per l'intervento, salvo poi specificare al secondo comma che l'intervento *ad adiuvandum* e quello del litisconsorte necessario “sono sempre ammessi”.

In disparte le possibili interpretazioni della norma, che sarebbe troppo lungo proporre in questa sede, ciò che rileva è che l'articolo 816 *quinquies*, valorizzando il fondamento volontaristico dell'arbitrato, non consente un uso “soggettivo” dell'intervento e sottolinea l'esigenza che tutte le parti che partecipano alla procedura accettino la “giurisdizione¹⁷²” ed il contraddittorio.

Le ragioni della diversa disciplina derivano dal fatto che il Collegio Arbitrale,

¹⁶⁹ La *ratio* è abbastanza evidente. Con l'ingresso di una nuova parte nel processo, nonostante quest'ultima abbia la stessa posizione sostanziale di quella originaria, non c'è lesione dei diritti processuali della controparte. Diversamente nel caso di estromissione della parte originaria vi può essere un danno derivante dal fatto che su di essa non possono farsi ricadere gli effetti della sentenza, ivi inclusi quelli relativi al capo sulle spese.

¹⁷⁰ Rileva TIZI, *Litisconsorzio successivo ed imparzialità del tribunale arbitrale*, in *Riv. Arb.*, 2008, pp. 487-489 come le problematiche relative al litisconsorzio successivo nell'arbitrato siano da ricondurre alla diversa natura dell'investimento del giudice privato. L'attribuzione della competenza decisoria sulla base dei principi costituzionali del giudice naturale assicura infatti che non possa porsi in discussione l'imparzialità del giudice togato, investito per legge della competenza a decidere la controversia; salvi chiaramente i casi speciali in cui vi siano gli estremi per la riconsolazione.

¹⁷¹ Rileva la necessità dell'accordo per perfezionare il litisconsorzio successivo TIZI, *Litisconsorzio successivo ed imparzialità del tribunale arbitrale*, in *Riv. Arb.*, 2008, p. 492.

¹⁷² L'uso del termine giurisdizione non è da intendersi in senso “tecnico” di esercizio della funzione statale, ma nel senso utilizzato da VERDE, *Pubblico e Privato nel processo arbitrale*, in *Riv. Arb.*, 2002 p. 634, di giurisdizione non localizzabile a priori ed espressione di una sorta di ordinamento originario.

o l'Arbitro unico, non sono i giudici naturali della controversia e quindi non c'è nessuna necessità giuridica che siano questi a doverla risolvere, come invece accade quando della controversia è investito il giudice dello Stato.

L'ultimo comma dell'art. 816 *quinquies*, come sopra accennato, nella sua laconicità non sembra nemmeno consentire una deroga a tale principio generale, deroga che può, forse, ipotizzarsi per gli interventi richiamati al comma precedente. Solo per l'intervento del litisconsorte necessario e per quello *ex art.* 105 cod. proc. civ. si prevede che l'ampliamento del contraddittorio sia sempre ammesso.

Il semplice rimando all'art. 111 cod. proc. civ. non è invece una base normativa sufficiente per ritenere che, al fine di assicurare l'applicazione di una disposizione pensata per il processo davanti al giudice statale, possa derogarsi, in via interpretativa, ad uno dei principi cardine del processo arbitrale: vale a dire la necessità che tutti i partecipanti prestino il loro consenso alla procedura e al contraddittorio.

Ciò nondimeno, se è corretto quanto più volte ripetuto in ordine al trasferimento automatico della clausola compromissoria, è in tale trasferimento che può rintracciarsi l'autorizzazione all'intervento del successore e dunque, almeno sotto questo profilo, non ci saranno ostacoli all'ingresso nel processo arbitrale del cessionario.

Per quanto riguarda l'estromissione del cedente vale, chiaramente, la regola del consenso, ciò non tanto in applicazione delle regole che sovrintendono la procedura arbitrale, quanto piuttosto in applicazione delle regole dell'art. 111 cod. proc. civ. sopra accennate.

Nell'evenienza dell'estromissione ci si dovrebbe piuttosto domandare come debbano essere disciplinate le spese del giudizio arbitrale.

Nel processo davanti al giudice dello Stato l'estromissione del dante causa ha l'effetto di lasciare estraneo quest'ultimo dagli effetti della sentenza, sia per quanto concerne gli aspetti sostanziali, il che deriva dall'atto di disposizione precedentemente compiuto, sia per quanto attiene a quelli processuali, tra cui

rientra la condanna alle spese¹⁷³.

La regola sopra brevemente esposta non può essere esportata tout court nel processo arbitrale. Ciò in quanto il giudizio arbitrale non coinvolge l'apparato pubblico e dunque i principi della causalità e della soccombenza hanno un'applicazione "diversa".

La regolamentazione delle spese nell'arbitrato presuppone infatti che con il ricorso al giudice privato le parti domandino un servizio ad un terzo che come tale va retribuito a prescindere dalle ragioni e dai torti.

Si potrebbe probabilmente ritenere che le spese del processo arbitrale vadano regolate tra le parti in via di regresso, senza che ciò faccia venire meno la solidarietà della prestazione nel rapporto con gli arbitri¹⁷⁴.

Questa soluzione, in un certo senso, incentiva il consenso all'estromissione, poiché non ci sarebbero ragioni che giustificerebbero la resistenza del ceduto intenzionato a voler mantenere nel giudizio la controparte originaria. A differenza di quanto accade nel giudizio davanti al giudice dello Stato, infatti, non vi è il rischio di una minore solvibilità del soggetto che rimane nel processo.

3.3. La pendenza del procedimento arbitrale.

Una volta stabilito che, nell'ipotesi di cessione del contratto con clausola compromissoria, l'opzione interpretativa che ne prevede l'automatico trasferimento garantisce che sia rispettato il requisito del consenso all'intervento lite pendente, occorre tuttavia individuare quando una controversia possa dirsi

¹⁷³ Il criterio della soccombenza, per individuare il soggetto cui addebitare le spese, deriva dal principio della causalità. In base a tale principio le spese andranno addebitate alla stregua del comportamento processuale e "preprocessuale" tenuto dalla parte si veda Cass. Civ., 26 novembre 2006, n. 25141 e deve pertanto essere condannata al ristoro delle spese processuali la parte che con il proprio comportamento abbia dato causa alla lite vedi Cass. Civ., 8 giugno 2007. In altre parole saranno addossate al soggetto che ha dato causa al processo, resistendo a torto ovvero asserendo la titolarità di un diritto che non gli competeva è stato "causa" dell'avvio o della prosecuzione del giudizio. Nel momento in cui un soggetto viene tuttavia espulso dal processo, tutto ciò che riguarda il processo come procedura non gli appartiene più e quindi non può essere destinatario delle conseguenze di tale processo.

¹⁷⁴ Per quanto concerne il rapporto di solidarietà tra le parti per il compenso degli arbitri e le conseguenze della condanna, in sede di redazione del lodo, al pagamento da parte di uno dei contendenti, può farsi riferimento a LUISO, *Diritto Processuale*, cit. pp. 79-80.

pendente davanti agli arbitri.

Dal punto di vista oggettivo l'art. 111 cod. proc. civ., nel richiamare la lite pendente, non crea questo genere di interrogativi. Al fine di individuare la lite pendente è infatti sufficiente un rimando ai criteri di cui all'art. 39 cod. proc. civ. in materia di litispendenza. La norma prende come riferimento il concetto di "causa" ed implicitamente quello di "domanda"; si sarebbe allora tentanti ad affermare che la stessa regola valga per il giudizio arbitrale e che questo debba considerarsi pendente dal momento della proposizione della domanda di arbitrato.

Su tale affermazione occorre tuttavia soffermarsi.

Il codice di rito non prevede una disciplina *ad hoc* che stabilisca che con la notifica della domanda di arbitrato la procedura è pendente.

Non solo. L'"esistenza" della domanda di arbitrato è funzionale ad altre disposizioni normative, per lo più contenute nel codice civile. L'introduzione¹⁷⁵ della disciplina in tema di domanda arbitrale non deve quindi ritenersi collegata alla volontà di creare un atto equipollente a quello introduttivo del giudizio davanti al giudice dello Stato¹⁷⁶, quanto piuttosto alla finalità di individuare delle conseguenze della manifestazione di volontà di dare inizio ad un procedimento arbitrale in relazione ai meccanismi di funzionamento del diritto sostanziale¹⁷⁷.

¹⁷⁵ I riferimenti all'arbitrato nel corpo del codice civile si devono all'art. 25 L. 5 gennaio 1994, entrata in vigore il 17 aprile 1994 che ha inserito un nuovo ultimo comma agli artt. 2652, 2653, 2690 e 2691 cod. civ., ha sostituito il terzo comma dell'art. 2943 e ha aggiunto un quarto comma all'art. 2945.

¹⁷⁶ L'ipotesi, dal punto di vista di teoria generale, sarebbe forse da escludere perché solo nell'ambito del giudizio regolato dallo Stato è ammissibile che la notifica di un atto produca tutta una serie di effetti che hanno un riflesso su rapporti di diritto pubblico, quale è quello dell'intervento della funzione giurisdizionale, e che sono tali da paralizzare qualsiasi azione che si avvalga dello stesso sistema. Ciò onde evitare contrasto all'interno dell'esercizio della medesima funzione e non utilizzare arbitrariamente gli strumenti di tutela predisposti dall'ordinamento.

¹⁷⁷ Appare utile a tale proposito ricordare gli effetti e la funzione della domanda giudiziale, al fine di comprendere l'esigenza di assicurare alcuni degli effetti sostanziali ad essa riconducibili anche all'atto iniziale del processo arbitrale. Anzitutto la domanda giudiziale ha una duplice natura e funzione. Da un lato essa è un atto giuridico, inserito nell'ambito di un procedimento e, come tale, assoggettata al regime della nullità degli atti processuali. Dall'altro lato la domanda è un atto che produce degli effetti, che possono suddividersi in procedimentali, processuali (in senso stretto) e sostanziali. Gli effetti procedimentali derivano dalla natura di atto del procedimento che contiene una manifestazione di volontà. In quanto atto propulsivo del processo da essa deriva la possibilità di proseguire nell'*iter* procedimentale e compiere gli atti successivi, salve le conseguenze derivanti dalla nullità e la loro eventuale insanabilità. Effetti processuali in senso stretto sono invece quelli che derivano dalla

Con maggiore impegno espositivo, le norme nelle quali si fa riferimento alla domanda di arbitrato sono, in particolare, quelle relative all'interruzione del termine di prescrizione (art. 2945, ult. comma, cod. civ.) e all'effetto prenotativo degli effetti del lodo (art. 2652, ultimo comma, cod. civ.).

Si tratta dunque di norme volte a coordinare l'esistenza dell'istituto arbitrale rispetto ad altri istituti dell'ordinamento e ad assicurare che la scelta della strada della giustizia privata non determini la perdita di altre prerogative riconosciute dall'ordinamento¹⁷⁸.

Ai fini della determinazione della pendenza della lite è allora necessario tenere presente che il processo arbitrale è un processo "in progress"¹⁷⁹ che può

litispendenza, intesa in senso letterale, come pendenza di un processo civile. In seguito alla proposizione della domanda giudiziale saranno quindi applicabili diverse discipline quali quella della litispendenza (art. 39 cod. proc. civ.); della irretrattabilità della domanda e divieto del ritiro senza consenso dell'altra parte (si veda in proposito l'estinzione per rinuncia agli atti di cui all'art. 306 cod. proc. civ.); il principio della *perpetuatio jurisdictionis* (art. 5 cod. proc. civ.); e la disciplina della successione nel processo (art. 110 cod. proc. civ.). In questa sede preme però evidenziare la possibilità che la domanda giudiziale produca degli effetti sostanziali. Questi possono essere distinti in due categorie, a seconda che per la loro produzione ne sia o meno necessario l'accoglimento. Non è ad esempio necessario che la domanda sia accolta perché si produca l'effetto dell'interruzione del termine di prescrizione. Diversamente, alcuni effetti sostanziali si producono solo in caso di fondatezza della domanda. In tali casi dare conto dell'esistenza del processo e quindi attribuire significato all'atto iniziale del processo serve ad evitare che la durata del processo svisciva l'utilità della tutela. Alcuni effetti della domanda servono quindi a "sterilizzare" i danni derivati dall'attesa della decisione finale. Il meccanismo attraverso il quale l'ordinamento assicura tale tutela è quello dell'applicabilità di norme sostanziali diverse, che alterano il regime comune di diritto sostanziale, talvolta attraverso un effetto prenotativo degli effetti sostanziali dell'accoglimento della domanda ed attraverso una deroga all'ordinario regime temporale dell'atto. L'estensione di alcune regole, che influenzano il funzionamento del diritto sono per questo state estese all'arbitrato al fine di assicurargli pari dignità in ordine di risultato al processo statale.

¹⁷⁸ Tutte le norme richiamate sulla domanda giudiziale che il legislatore ha esteso anche per l'arbitrato sono finalizzate ad assicurare che la normativa secondaria, che sarà introdotta con il lodo, per ovviare alla mancata applicazione delle regole di normazione primaria, non sia distorta dall'operare di meccanismi di diritto sostanziale che frustrano il risultato del processo. E' espressione di questa funzione la trascrizione della domanda giudiziale, che produce l'effetto di "prenotare" gli effetti sostanziali dell'affermazione dell'esistenza del diritto in capo a chi lo assume proprio, al fine di renderlo così inattaccabile dai terzi non facenti parte del processo. Non a caso le norme sulla trascrizione della domanda sono richiamate dall'art. 111 comma 4, cod. proc. civ. che disciplina l'ipotesi di trasferimento del diritto controverso in corso di causa e quindi descrive un'ipotesi di potenziale situazione conflitto. La stessa funzione la assolvono le norme sull'interruzione sugli effetti e sulla durata della prescrizione di cui all'art. 2945 cod. civ. che sono finalizzate ad evitare che le lungaggini del processo influiscano sulle regole sostanziali di titolarità del diritto e conferma quanto detto circa l'applicabilità di una disciplina derogatoria rispetto alle regole ordinarie.

¹⁷⁹ A tal proposito rileva LIPPONI, *In tema di validità della clausola compromissoria*, in *Riv. Arbitrato*, 2003, pp. 361 e ss. come "le parti, una volta operata la scelta di affidare la risoluzione della loro controversia ad un arbitro, anziché ad un giudice togato, dispongono di ulteriori margini di scelta, sia in ordine alle modalità e al tipo della procedura che in ordine alla determinazione del giudice arbitrale" e pertanto

dirsi completato solo al momento dell'accettazione della nomina da parte dell'arbitro unico ovvero dei membri del collegio¹⁸⁰.

Ciò dipende dal fatto che, come già rilevato, l'arbitrato nasce con la lite ed il potere di decidere la controversia non viene attribuito fino al momento in cui l'incarico non sia conferito ed accettato.

L'affermazione non perde validità nemmeno nei casi in cui le modalità di nomina siano predeterminate, poiché con tali direttive si indica solo il *come* del conferimento del potere e non il conferimento stesso.

La considerazione si estende anche alle modalità di nomina suppletive, finalizzate ad evitare che l'inerzia della parte invitata a procedere alla nomina del "proprio" arbitro paralizzi la possibilità per l'altro di instaurare il giudizio¹⁸¹. Anche in questo caso, infatti, non viene meno l'assunto che il potere di decidere esiste solo ed in quanto vi sia stata l'individuazione dell'organo decidente e questo si sia impegnato a svolgere la prestazione decisoria.

3.4. Il problema dell'imparzialità del collegio.

Dai rilievi di cui sopra emergono due tipi di considerazioni.

In primo luogo, fino al momento dell'accettazione definitiva della nomina, non potendosi considerare la lite ancora pendente, dovrebbe ritenersi che il procedimento possa avere inizio direttamente con la nuova parte¹⁸². Quest'ultima è infatti vincolata alla clausola per via del trasferimento del contratto e, con le precisazioni di cui sopra¹⁸³, vincolata alle modalità di svolgimento della

definisce la scelta arbitrale quale "*work in progress* che valorizza la volontà delle parti non solo in fase genetica, ma anche in fase di attuazione del contratto".

¹⁸⁰ Ritene invece che l'arbitrato possa dirsi pendente al momento della notifica della domanda di arbitrato MURONI, *La successione nella res litigiosa nell'arbitrato rituale interno e con profili di internazionalità: analisi retrospettiva dell'ultimo comma del nuovo 816 quinquies c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, pp. 903 e ss.

¹⁸¹ Rileva quest'esigenza NAZZINI, *Domanda di arbitrato, art. 111 c.p.c. e potere di nomina dell'arbitro rituale*, in *Riv. arb.*, 2001, p. 240 che tuttavia è in disaccordo con l'affermazione per cui la lite può dirsi pendente solo a seguito dell'accettazione della nomina. Ciò per evitare che la controversia possa dirsi iniziata subordinatamente all'atto di un terzo, vale a dire l'arbitro, rispetto alle parti in lite.

¹⁸² Il potere di nomina spetta alla parte processuale e quindi al soggetto che prenderà parte alla procedura. In questo senso vedi MURONI, *La successione*, cit. pp. 903 e ss.

¹⁸³ Si fa riferimento a quanto sopra opinato in merito alla necessità di un'apposita sottoscrizione, ai sensi dell'art. 1341 cod. civ. per quanto concerne le modalità di nomina potenzialmente foriere di squilibrio che siano contenute nella clausola compromissoria.

procedura.

In secondo luogo, nell'ipotesi in cui la controversia arbitrale possa invece dirsi pendente, secondo i criteri sopra individuati, emerge subito come il subentro in un procedimento in cui si sia già provveduto a designare i giudici possa dare adito a dubbi di imparzialità dell'organo decidente¹⁸⁴.

Al fine di porre rimedio al rischio da ultimo prospettato, le soluzioni prospettabili sono molteplici.

La prima potrebbe essere quella di ritenere che il subentro nel contratto, comportando l'accettazione anche delle modalità di nomina del collegio, garantisca l'accettazione di chi sarà poi concretamente chiamato a decidere.

Secondariamente si potrebbe opinare nel senso che con la disciplina l'ammissibilità dell'intervento il legislatore abbia voluto porre una deroga al principio di equidistanza del collegio. Infine si potrebbe ritenere che la partecipazione volontaria ad un procedimento già avviato equivalga ad accettazione, tacita, per fatti concludenti, del collegio nominato.

La prima opzione interpretativa proposta, sebbene, come sopra rilevato, sia valida davanti ad un procedimento non ancora iniziato, non è invece sempre garantista nel caso in cui il procedimento sia già cominciato.

Con il subentro nella clausola si accettano solo le modalità, non invece la nomina già avvenuta.

Le modalità di nomina indicate nella clausola possono essere le più varie e quindi non è sempre detto che nella loro concretizzazione assicurino l'imparzialità.

Potrebbero fare eccezione i casi in cui il patto compromissorio preveda direttamente il nominativo del o dei giudici da designare. In tal caso infatti la nuova parte, avendo accettato la clausola, ha accettato di essere giudicata da tale organo giudicante.

Tuttavia, anche in detta evenienza, pendendo la lite solo con l'accettazione

¹⁸⁴ Secondo la giurisprudenza, per la quale si rinvia alla nota n. 29 di TIZI, *Litisconsorzio successivo*, cit. p. 495, la necessità del concorso delle parti nella nomina degli arbitri è un valore insopprimibile.

della nomina, l'affermazione sarebbe corretta solo ove, a seguito del conferimento dell'incarico tali soggetti abbiano effettivamente accettato l'investitura.

Qualora si sia dovuto ricorrere alla nomina di soggetti supplenti non vi sarebbe invece quella congruenza tra quanto stabilito nella clausola e quanto effettivamente accaduto che assicura tutela al soggetto che subentra.

Per concludere, dunque, la seconda soluzione proposta non può assurgere a canone interpretativo generale valido in ogni circostanza.

Quanto alla seconda soluzione avanzata sembra che la stessa sia da scartare.

Anzitutto deve tenersi presente la disciplina di cui all'art. 816 *quarter* cod. proc. civ. nella parte in cui asserisce che l'arbitrato è improcedibile in ipotesi di litisconsorzio necessario, qualora non si verificano le circostanze, individuate al primo comma dello stesso articolo, che assicurano l'imparzialità del collegio.

Con tale precisazione pare evidente che il legislatore abbia ritenuto necessario ribadire la necessità che sia rispettato il requisito dell'imparzialità dell'organo decidente, nonostante al capoverso dell'articolo seguente asserisca che l'intervento nel caso di litisconsorzio necessario è *sempre* ammesso (art. 816 *quinquies* cod. proc. civ., cpv).

Dalla combinazione di tali disposizioni emerge come l'esigenza di un organo arbitrale imparziale sia un requisito di decidibilità imprescindibile, poiché espressione di un principio di ordine pubblico processuale consistente nell'uguaglianza delle parti nella costituzione del collegio.

La conferma della inderogabilità del principio si trova, d'altra parte, nelle norme sull'impugnazione per nullità. Al punto n. 2) l'art. 829 cod. proc. civ. prevede come causa di nullità del lodo il mancato rispetto delle norme di costituzione del collegio e precisa come queste non possano essere rinunciabili.

Ciò nondimeno, occorre precisare che il legislatore richiede una sorta di verifica, potremmo dire sull'effettività, della violazione del principio.

L'effettività del mancato rispetto del principio di uguaglianza delle parti nella costituzione del collegio sembra potersi ricavare dalla necessità che la

contestazione avvenga già in sede di pendenza del processo arbitrale.

Tale rilievo permette di vagliare l'ultima soluzione interpretativa proposta e ritenerla forse la più idonea a risolvere i problemi evidenziati.

Il principio di parità delle parti nella partecipazione alla costituzione dell'organo giudicante non richiede necessariamente che ciascuna designi personalmente un arbitro¹⁸⁵. Il principio è rispettato ogniqualvolta le modalità di nomina assicurino l'elezione di un organo equidistante dai contendenti¹⁸⁶.

Da ciò deriva che non vi sia alcun ostacolo di ordine generale ad ammettere che il subentro di una parte sia compatibile con il principio di imparzialità.

Infatti la scelta volontaria del cessionario di partecipare all'arbitrato pendente, (l'art. 816 *quinquies* richiede infatti il consenso dell'interveniente e in questo caso non si tratta di un soggetto estraneo alla clausola in quanto ad essa si è legato con il subentro nel contratto), comporta un'accettazione (per fatto) concludente dei soggetti designati per la decisione e non una rinuncia ad un diritto di ordine pubblico processuale.

Nessuna norma impone che la nomina avvenga con un atto compiuto precedentemente all'inizio del procedimento.

Accedendo ad una nozione lata di "atto di nomina" questo può essere considerato il comportamento concludente del soggetto che partecipa al processo senza nulla obiettare in merito alla formazione del collegio già formato. D'altronde il potere di nomina rientra tra quelli attribuiti alla parte processuale e quindi l'interveniente lo esercita secondo la modalità che meglio si confanno alla propria posizione.

Con maggiore impegno espositivo, con l'intervento successivo non si deroga al principio di uguaglianza, ma piuttosto si esercita un diritto per fatti concludenti anziché esercitarlo attraverso una dichiarazione espressa¹⁸⁷.

La nomina, in questo caso, apparirà come una legittimazione, a posteriori,

¹⁸⁵ TIZI, *Litisconsorzio successivo ed imparzialità*, cit., p. 490

¹⁸⁶ Precisa tuttavia CONSOLO, *Arbitri di parte non "neutrali"?*, in *Riv. Arb.*, 2001, p. 11 che l'imparzialità non è equidistanza ma "parità di influsso delle parti nella nomina".

¹⁸⁷ Si pone il problema dell'ammissibilità di un simile consenso implicito TIZI, *Litisconsorzio successivo ed imparzialità del tribunale arbitrale*, in *Riv. Arb.*, 2007, p. 494.

all'arbitro di decidere.

Così operando non si consentirà una rinuncia ad essere giudicati da un organo imparziale, cosa impossibile appunto perché trattasi di un diritto cogente, ma si permetterà di manifestare la propria accettazione dell'organo già costituito attraverso l'atto di adesione alla procedura.

D'altronde deve ricordarsi che, sebbene irrinunciabile, il diritto di cui trattasi non può comunque essere tutelato davanti a comportamenti incompatibili con l'affermazione di una sua violazione. L'art. 829 cod. proc. civ. prevede infatti che l'impugnazione per nullità del lodo non possa essere esperita qualora i vizi attinenti alla formazione del collegio non siano stati dedotti nel corso del giudizio¹⁸⁸.

La soluzione migliore, volta a conciliare la possibilità dell'intervento successivo con l'esigenza di rispettare il principio di imparzialità, sembra dunque quella di individuare nell'adesione¹⁸⁹ senza eccezioni un'accettazione tacita delle modalità di nomina¹⁹⁰.

¹⁸⁸ Occorre rilevare che la riconduzione all'art. 829 comma 1 n. 2) dell'impugnazione del lodo per nullità derivante da violazione delle norme sulla nomina degli arbitri potrebbe essere messa in discussione qualora si ritenesse che le modalità di nomina attengono ad un requisito di ordine pubblico sostanziale e non processuale. Infatti il terzo comma dello stesso articolo prevede l'impugnabilità del lodo per contrarietà all'ordine pubblico senza limiti di "rilevazione". Favorevole a ricondurre l'ipotesi nel senso indicato nel testo TIZI, *Litisconsorzio successivo ed imparzialità del tribunale arbitrale*, in *Riv. Arb.*, 2008, pp. 507 e 508, che tuttavia pone in termini problematici la questione. Sempre a favore della soluzione qui patrocinata CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2006, pp. 372 e 385, richiamato alla nota n. 52 dall'autrice sopra citata.

¹⁸⁹ La manifestazione di volontà è in un certo senso duplice: anzitutto vi è l'adesione alla clausola come automatico effetto della cessione del contratto, successivamente al processo arbitrale in corso per effetto dell'intervento.

¹⁹⁰ A sostegno della tesi qui patrocinata, si potrebbe citare la giurisprudenza che ammette l'adesione alla clausola compromissoria per fatti concludenti facendo ricorso all'applicazione analogica della disciplina in materia di formazione dell'accordo negoziale di cui agli artt. 1326 – 1328 cod. civ. Si veda in tal senso Corte App. Roma, 5 giugno 1996, commentata da MARENCO, *Adesione e rinuncia implicita alla clausola compromissoria*, in *Riv. Arbitrato*, 1996, pp. 72 e ss.. Se quindi è possibile che un soggetto estraneo al patto compromissorio possa essere vincolato all'arbitrato per via del proprio comportamento concludente a maggior ragione può essere vincolato un soggetto che non può dirsi (più) terzo. Contro la tesi che assimila la partecipazione alla procedura ad un'adesione per fatti concludenti BRIGUGLIO, *Specifiche approvazione scritta della clausola arbitrale per relationem; manifestazione della volontà compromissoria; verifica della «internazionalità» dell'arbitrato in Cassazione*, in *Riv. arbitrato*, 2000, pp. 455 e ss. L'Autore rileva come il difetto del vincolo possa essere rilevato d'ufficio e come la parte possa difendersi davanti all'organo arbitrale eccependone l'incompetenza, eccezione di cui decideranno i giudici privati in applicazione del principio kompetenz-kompetenz. Per quanto autorevole, la tesi richiamata non è sufficiente ad escludere che la partecipazione senza contestazioni determini l'impossibilità della parte di lamentare il difetto di competenza in sede di impugnazione.

3.5. Gli effetti del lodo sul cessionario.

Terminata l'analisi delle problematiche potenzialmente derivanti dalla cessione del contratto prima della pendenza della lite o durante lo svolgimento del processo, rimane da scrutinare l'ultima fattispecie prospettabile in ordine temporale: il subentro nel contratto a lite già decisa.

Anche in questa circostanza è necessario richiamare la disciplina di cui all'art. 111 cod. proc. civ. che, lo si ricorda, è volta principalmente a garantire che le aspettative di tutela di una parte non siano frustrate dagli atti dispositivi dell'avversario sul piano sostanziale. Essa combina l'esigenza che all'esito del processo la sentenza soddisfi la richiesta di giustizia del caso concreto e che la pendenza di una lite non paralizzi il traffico giuridico.

Se non esistesse l'art. 111 cod. proc. civ. non sarebbe infatti possibile trasferire gli effetti della sentenza sul terzo avente causa, ed una parte potrebbe sottrarsi alle conseguenze della soccombenza alienando il diritto ad un terzo che a sua volta farebbe valere l'inefficacia della sentenza nei suoi confronti.

Gli stessi problemi potrebbero porsi rispetto al lodo ed il legislatore, in modo espresso, ha previsto che anche nell'arbitrato sia applicabile l'articolo citato.

Ciò deriva dal fatto che l'art. 111 cod. proc. civ. non è una norma che regola il modo di porsi dell'esercizio della funzione giurisdizionale nel sistema ordinamentale, ma una regola che sovrintende all'esigenza che gli atti di giudizio siano utili. Poiché il lodo, come già rilevato, è un atto di giudizio che deve avere gli stessi effetti e le stesse utilità della sentenza, argomentando anche *ex art. 824 bis* cod. proc. civ., è chiaro come la norma debba essere applicata soprattutto dopo l'esito del processo.

Conseguentemente, dovrà ammettersi che il cessionario possa impugnare il lodo anche qualora non abbia preso parte al processo arbitrale, così come il terzo avente causa può appellare la sentenza anche se non ha partecipato al precedente grado di giudizio¹⁹¹.

¹⁹¹ Questo secondo la migliore ed ormai pacifica interpretazione dell'ultimo comma dell'art. 111 cod. proc. civ., che prevede che "La sentenza ... spiega sempre i suoi effetti anche contro il successore a

Può allora domandarsi quali limiti incontri il cessionario nell'impugnare il lodo, in particolare se egli possa contestare il lodo per ragioni che attengono l'imparzialità dell'organo decidente.

L'imparzialità attiene alle modalità di nomina ed è dunque un elemento che si apprezza sotto un profilo oggettivo, tuttavia riguarda i soggetti che hanno effettivamente partecipato alla procedura.

Si potrebbe quindi forse escludere l'impugnazione per violazione delle norme sull'imparzialità da parte del cessionario che, poiché subentrato nel contratto lite pendente, pur potendo partecipare, tuttavia non l'abbia fatto.

Le ragioni che giustificano una tale esclusione del potere di impugnare sono, da un lato, il fatto che egli non ha titolo per lamentare l'imparzialità nei suoi confronti, perché non è stato parte nel processo. Dall'altro lato, il fatto che ciò violerebbe la regola della rilevazione della questione in corso di procedura, argomentando *ex art. 829 comma 1 n. 2*).

Poste tali affermazioni, si può infine ritenere che, quando il cessionario sia messo all'oscuro di quanto avvenuto nel processo arbitrale, ed eventualmente dell'esito sfavorevole del lodo nei suoi confronti¹⁹², qualora la mancata informativa sia sintomatica di condotta fraudolenta, egli sarà comunque titolare dei rimedi sostanziali connessi al fatto di essere stato indotto in errore o non avere ricevuto le sufficienti informative in fase di trattativa¹⁹³.

Si tratterà quindi di applicare i rimedi sostanziali del diritto dei contratti.

4. Conclusioni.

In antitesi rispetto ad altre soluzioni proposte, da quanto sopra, è emerso come il rilievo assunto dalla clausola compromissoria all'interno dell'organismo negoziale ne giustifichi l'automatico trasferimento in ipotesi di cessione del

titolo particolare ed è impugnabile anche da lui, salve le norme sull'acquisto in buona fede dei mobili e sulla trascrizione". L'interpretazione nel senso riportato nel testo non è stata tuttavia sempre pacifica. Si veda in proposito LUISO, *Successione nel processo*, cit., p. 8.

¹⁹² Più correttamente nei confronti del proprio dante causa che ad egli li trasferisce.

¹⁹³ L'azione di cui sarà titolare il cessionario non sarà di tipo precontrattuale bensì contrattuale. Quando infatti il contratto viene concluso le violazioni perpetrate nella fase delle trattative si riverberano sul contratto ed in esso vengono assorbite dando luogo ad una responsabilità *ex contractu*.

contratto.

Non è di ostacolo a tale automatismo la circostanza che la clausola si ponga quale elemento autonomo nel complesso contrattuale.

La tesi qui sostenuta non contraddice infatti l'assunto dell'isolamento normativo della clausola, ma si limita ad attribuirgli un significato più coerente con quelle che erano le esigenze della prassi e la funzione dell'arbitrato come mezzo di risoluzione delle controversie in materia di diritti disponibili.

L'essenzialità della clausola rispetto al programma negoziale emerge con particolare vigore proprio nel momento della circolazione del contratto. La possibilità che le eventuali controversie relative al negozio trovino una soluzione di giustizia avulsa dai limiti di un dato ordinamento giuridico, costituisce un incentivo alla mobilità contrattuale soprattutto tra parti non facenti parte dello stesso Stato.

L'utilità della clausola compromissoria all'interno del contratto non deriva quindi dai requisiti personali delle parti del rapporto.

Da ciò consegue la possibilità di includere l'eccezione di compromesso tra le eccezioni derivanti dal contratto e per questo sollevabili, a seguito della cessione, anche nei rapporti tra ceduto e cessionario.

Ciò nondimeno, si deve tenere conto che se il valore funzionale della clausola si mantiene a prescindere dal soggetto persona fisica che lo invoca, vi possono essere delle circostanze, derivanti dal contenuto della clausola stessa, in cui si rilevano asimmetrie tra i contraenti ed alle quali occorre porre rimedio invocando l'applicazione dell'art. 1341 comma 2 cod. civ.

Si deve tuttavia precisare che l'applicazione dell'articolo citato non è dovuta alla necessità di un'approvazione *ad hoc* della clausola al momento della stipula del contratto di cessione. Attività che, qualora richiesta, farebbe venire meno il carattere di ambulatorietà che si ritiene abbia la clausola in commento. Ciò di cui si sente l'esigenza è l'approvazione di alcuni contenuti della clausola, qualora possano essere forieri di squilibrio tra le parti, considerato che il soggetto che subentra non ha partecipato alla redazione dell'ordito negoziale e che la clausola

si pone quale “negozio nel negozio” e può essere soggetta alle norme generali sulla predisposizione dei contratti.

Dalla automatica trasferibilità della clausola, per mezzo del contratto di cessione, può inoltre farsi derivare la possibilità che il cessionario partecipi al processo arbitrale eventualmente già pendente.

L'estensione degli effetti della clausola compromissoria anche al cessionario consente, infatti, di risolvere gran parte dei problemi legati alla imparzialità del collegio nelle ipotesi di litisconsorzio sopravvenuto.

La semplificazione dei meccanismi di ricerca del consenso in ordine alla formazione dell'organo decidente evita di frustrare i vantaggi dell'automatico trasferimento della clausola e di creare diffidenza in ordine alla circolazione dei contratti¹⁹⁴.

A tal proposito è stato rilevato come le incertezze, in ordine alla possibilità di invocare la clausola e la conseguente impossibilità di pre-determinare l'organo competente per la decisione, rendano potenzialmente più gravosa la riscossione dei crediti ed allunghino i processi¹⁹⁵.

¹⁹⁴ Richiedere un'apposita sottoscrizione quando non sia necessario appesantisce il meccanismo della circolazione frustrando la volontà legislativa di snellire le vicende circolatorie di rapporti complessi. In questo senso, seppure in riferimento cessione del credito si veda PETRILLO, *Circolazione della clausola compromissoria*, cit. che rileva come “Sotto un profilo pratico, dunque, il cessionario di un credito nascente da un contratto cui accede una clausola compromissoria dovrà, al fine di elidere tali incertezze, richiedere una dichiarazione al debitore ceduto con la quale quest'ultimo accetta la contestuale circolazione della clausola compromissoria ovvero ne esclude l'operatività. Ma, posto che il ceduto non è tenuto a rendere alcuna dichiarazione e che l'unico strumento idoneo a costringerlo ad una scelta è quello di instaurare un giudizio, tali complicazioni contrastano apertamente con i principi in ragione dei quali il legislatore ha organizzato la materia della cessione del credito e con gli scopi che tale disciplina persegue, e cioè, per l'appunto, il *favor* verso la circolazione dei crediti”.

¹⁹⁵ Vedi in tal senso BORRELLO, *Clausola arbitrale*, cit., p. 572.

Capitolo IV

Collegamento negoziale ed arbitrato.

SOMMARIO: 1. Premessa introduttiva. - 2. Il collegamento negoziale. - 3. La devoluzione in arbitrato di rapporti collegati. - 4. Conclusioni.

1. Premessa

Nei capitoli precedenti è stato esaminato il problema della sorte della clausola compromissoria in ipotesi di cessione del contratto.

La cessione del contratto può essere inquadrata nell'ambito delle ipotesi tipizzate¹⁹⁶ di collegamento negoziale. Pare quindi opportuno verificare se la tesi sostenuta, che afferma l'applicabilità dell'accordo compromissorio anche a seguito della cessione del contratto, possa essere corroborata da una base giuridica che valga a fondare l'estensione della clausola in ogni ipotesi di collegamento negoziale.

Detto in altri termini, l'intento è quello di verificare se le soluzioni proposte nelle pagine precedenti siano suffragabili anche alla luce di un'analisi generale dei rapporti tra arbitrato e collegamento negoziale, ovvero se la fattispecie della cessione del contratto costituisca un'eccezione nel panorama delle ipotesi rientranti nel genere del collegamento negoziale.

2. Il collegamento negoziale.

Al fine di analizzare la tematica annunciata, occorre anzitutto stabilire cosa si intenda per collegamento negoziale ed a quale fenomeno giuridico esso dia luogo.

¹⁹⁶ La cessione del contratto può essere quindi annoverata tra le ipotesi di collegamento necessario, poiché la connessione tra negozi è prevista a livello normativo dal legislatore.

Senza ambizioni di completezza¹⁹⁷, si potrebbe definire collegamento negoziale la fattispecie caratterizzata da un “sinallagma inscindibile”¹⁹⁸ tra contratti autonomi che si presenta ogniqualvolta tra due o più atti negoziali vi sia un nesso di dipendenza tale che l’esistenza dell’uno e/o¹⁹⁹ degli altri perderebbe la propria ragione giustificativa qualora uno di questi venisse meno.

Da quanto affermato emerge subito come il collegamento presupponga una pluralità di negozi e pertanto sia necessario differenziarlo dal contratto complesso o misto²⁰⁰, che dà invece origine ad una figura negoziale di tipo combinato nella quale in un unico contratto si innestano schemi contrattuali differenti.

E’ opportuno precisare che il collegamento a cui si fa riferimento è quello di tipo sostanziale, nel quale “la pluralità di negozi è diretta al conseguimento di un risultato unitario che non rappresenta la somma delle singole cause coinvolte nel disegno costruttivo, ma l’unità formale dell’operazione economica voluta dalle parti”²⁰¹.

Da esso deve essere tenuto distinto il collegamento (meramente) documentale o c.d. formale che si riferisce alla riunione di più dichiarazioni negoziali in un unico documento, formalità che non costituisce elemento

¹⁹⁷ Per uno studio approfondito della materia si rimanda, tra le tante, alle opere di GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, in *Riv. It. sc. giur.*, 1937, pp. 306 e ss.; SCOGNAMIGLIO, *Collegamento negoziale*, voce *Enc. Dir.*, Milano, 1961; MESSINEO, *Contratto collegato*, voce *Enc. Dir.*, Milano, 1962; ROPPO, *Il contratto*, cit. pp. 387 e ss.

¹⁹⁸ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Collegamento negoziale e arbitrato*, in *Studi in onore di Vittorio Colesanti*, Napoli, 2009, pp. 59 e ss.

¹⁹⁹ Si deve precisare che il collegamento può presentarsi come univoco o biunivoco. Il legame tra rapporti dipendendo dal nesso teleologico-funzionale tra di essi può infatti presentarsi indifferentemente in modo reciproco ovvero unidirezionale. Detto in altri termini, si può ipotizzare un’ipotesi di collegamento tale per cui il contratto A presuppone l’esistenza del contratto B, ed allo stesso tempo il contratto B presuppone il contratto A. Tuttavia vi è collegamento anche quando pur presupponendo il contratto A il contratto B quest’ultimo non presuppone il primo. Si vedano in tal senso ROPPO, *Il contratto*, cit. p. 391 e Cass. Civ., sez. III, 08 ottobre 2008, n. 24792.

²⁰⁰ Il contratto complesso o misto costituisce una categoria dogmatica molto discussa. La stessa terminologia complesso e misto viene sovente utilizzata per definire fenomeni non omogenei. Le problematiche ad esso connesso sono comunque principalmente legate alla necessità di individuare la disciplina applicabile a tale categoria negoziale. Le opinioni in merito si dividono infatti tra chi ritiene che la disciplina applicabile sia il frutto della sommatoria delle regole che attengono a ciascuno dei contratti che confluiscono nel negozio finale. Secondo altri invece si applicherebbero le norme del contratto “principale” che avrebbe quindi un ruolo assorbente rispetto alla disciplina dei contratti “secondari”.

²⁰¹ GABRIELLI, *L’operazione economica nella teoria del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, pp. 905 e ss.

essenziale del collegamento sostanziale²⁰².

Pertanto, l'esistenza del collegamento si determina fra rapporti contrattuali strutturalmente indipendenti e potenzialmente in grado di esistere a prescindere dagli altri, tuttavia da un'analisi complessiva della vicenda negoziale è possibile dedurre un nesso tra gli atti, nonostante dalla struttura formale di essi si evinca alcun legame.

Ciascuno dei contratti facenti parte del collegamento è infatti perfetto, ciò nondimeno, la circostanza di inerire ad un unico programma economico determina l'emersione di una "funzione fondamentale"²⁰³ che si sovrappone a quella dei singoli contratti ed influenza l'esistenza di ognuno di essi. Ciascun contratto resta infatti tipologicamente e causalmente autonomo tuttavia l'operazione economica non si identifica con un singolo atto e la disciplina del rapporto risultante dal collegamento è espressione del concorso fra i diversi negozi implicati nell'affare.

Rilevato che l'esistenza di un collegamento negoziale si apprende dall'analisi complessiva di una vasta vicenda economica, il compito di individuare l'esistenza di un collegamento negoziale spetta necessariamente all'interprete, che dovrà individuare come, quando ed in che limiti si possa verificare questa influenza tra rapporti contrattuali.

Tale indagine è certamente agevolata dalle disposizioni normative nelle ipotesi di collegamento c.d. necessario²⁰⁴. Più difficile invece stabilire quando si

²⁰² Per collegamento formale si intende la combinazione di più dichiarazioni contrattuali nello stesso negozio. La confluenza delle diverse dichiarazioni in un unico documento contrattuale non è una condizione essenziale e nemmeno necessaria del collegamento sostanziale. Ciò che rileva, ai fini del collegamento funzionale, è infatti il nesso causale unitario tra i vari negozi, a prescindere dalla sede nella quale tali dichiarazioni sono contenute.

²⁰³ L'espressione è utilizzata da SANTORO PASSARELLI, *Dottrine Generali*, cit., p. 215, nello stesso senso GABRIELLI, *L'operazione economica*, cit. che afferma che "l'operazione economica diventa schema unificante l'intero assetto di interessi disegnato dall'autonomia privata, e penetra all'interno delle singole cause che compongono il collegamento negoziale, qualificandole in concreto, a prescindere dalla causa tipica dei singoli schemi negoziali."

²⁰⁴ La dottrina definisce necessario il collegamento negoziale quando il legame tra rapporti è previsto dal legislatore. In tali ipotesi è la congruenza tra la fattispecie descritta dal legislatore e quella realizzata dalle parti a dare conto dell'esistenza del collegamento. Fattispecie indiscusse di collegamento necessario sono il contratto preliminare; il contratto di sublocazione; il contratto di subappalto etc.. Come già rilevato costituisce un'ipotesi peculiare di collegamento necessario anche la cessione del

tratti di collegamento c.d. volontario²⁰⁵.

Si ha collegamento del secondo tipo quando siano le parti, dichiaratamente o meno²⁰⁶, a dare luogo a fattispecie contrattuali tra di loro collegate. Detto in altri termini, il collegamento volontario si individua quando è solo dalla modalità con cui è esercitata l'autonomia privata che si evince un legame tra più fattispecie contrattuali altrimenti indipendenti²⁰⁷.

Per il compimento di tale operazione ermeneutica si utilizza il già richiamato concetto di operazione economica, dalla quale l'interprete ricava il programma contrattuale complessivo, valorizzando la connessione tra atti che astrattamente potrebbero avere un'esistenza autonoma.

Occorre infine rilevare come la funzione unitaria dell'operazione negoziale complessivamente considerata ponga sovente in relazione parti contraenti diverse. Detto in altre parole, il collegamento negoziale mette di frequente in relazione contratti stipulati tra soggetti diversi. Conseguentemente si determina una sorta di superamento del principio di relatività del contratto per effetto dello scopo unitario che unisce tutti gli attori dell'ampia vicenda economica.

Ciò deriva dalla circostanza che con il collegamento si pone, al di sopra della

contratto (art. 1406 e ss. cod. civ.) vedi ZUCCONI GALLI FONSECA, *Collegamento negoziale e efficacia della clausola compromissoria*, cit.

²⁰⁵ Per completezza si precisa che il collegamento volontario viene talvolta distinto in originario e sopravvenuto, a seconda che le parti predispongano un programma contrattuale articolato che appaia fin da subito come frutto di un nesso tra più rapporti, ovvero che l'influenza di rapporti derivanti dai diversi negozi derivi dallo svolgimento di attività contrattuale successiva.

²⁰⁶ I contraenti possono infatti dichiarare espressamente di volere creare un vincolo tra due o più negozi. La dichiarazione non è tuttavia un elemento necessario né sufficiente perché tale collegamento possa ritenersi realmente esistente. In tali circostanze sarà allora compito dell'interprete accertare se vi sia una reale congruenza tra tale dichiarazione e il modo di essere della causa dell'attività contrattuale complessivamente intesa. Per una disamina della rilevanza della dichiarazione dei contraenti si veda ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 390.

²⁰⁷ Pare opportuno rilevare che la giurisprudenza, considerato il sempre maggiore fenomeno di tipizzazione delle fattispecie di collegamento, tende ad escludere l'esistenza della seconda categoria privando quindi di rilevanza la distinzione tra collegamento necessario e volontario. Vedi in tale senso ZUCCONI GALLI FONSECA, *Collegamento negoziale e efficacia della clausola compromissoria: il leasing e altre storie*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 2000, pp. 1085 e ss. Sembra comunque possibile osservare che una differenza tra i due tipi di collegamento può rivenirsi alla luce del diverso ruolo che svolge l'interprete nell'analisi della fattispecie sottoposta al suo esame. Nelle ipotesi di collegamento necessario, infatti, la funzione dell'interprete è quella di interpretare la legge e verificare la congruenza rispetto alla fattispecie sottoposta al suo esame. Nel secondo caso, ovvero sia in ipotesi di collegamento volontario, l'indagine è invece rivolta a verificare l'influenza reciproca di diverse fattispecie contrattuali. Per la giurisprudenza che ammette tale distinzione dogmatica si veda tuttavia Cass. Civ., Sez. Un., 14 giugno 2007, n. 13894.

funzione dei vari negozi, una sorta di funzione ulteriore (ed assorbente) che autorevole dottrina definì “funzione della fattispecie negoziale nel complesso²⁰⁸”.

Per mezzo del collegamento, tutte le parti coinvolte nella vicenda mirano al raggiungimento di un determinato assetto di interessi che ha ragione giustificativa solo nell’ambito di quel programma unitario.

Per un verso quindi solo il collegamento consente di realizzare quell’unitarietà di interessi che caratterizza l’affare e, per un altro verso, solo la condizione di unitarietà degli interessi è congruente con la volontà delle parti. Ne consegue che i singoli rapporti non avrebbero ragione di esistere qualora avulsi dal complesso.

Ciò determina che effetto “naturale” del collegamento negoziale sia la regola del *simul stabunt simul cadent*. Tale disciplina è tuttavia utile solo a dare conto del fenomeno del collegamento ponendo in evidenza l’esigenza della coesistenza di tutti i negozi per il soddisfacimento degli interessi avuti di mira dalle parti.

L’affermazione secondo la quale il venire meno di uno dei contratti facenti parte della vicenda negoziale determina la caducazione degli altri non è infatti sufficiente ad individuare le conseguenze di disciplina che il collegamento negoziale produce.

Non è sempre agevole infatti determinare quali azioni spettino a ciascun soggetto che, sebbene parte dell’affare complessivamente inteso, non è anche parte del singolo contratto.

La menzionata dicotomia tra pluralità di organismi contrattuali ed unicità di funzione dal punto di vista sostanziale è alla base delle questioni relative al modo di intendere la clausola compromissoria nel collegamento negoziale.

Nelle prossime pagine si cercherà quindi di mettere in luce le problematiche che possono derivare dalla devoluzione in arbitrato dei rapporti che presentano le caratteristiche sopra brevemente esposte, il tutto tenendo presente il fondamento volontaristico dell’arbitrato e il divieto di estendere il patto

²⁰⁸ SANTORO PASSARELLI, *Dottrine Generali*, cit., p. 216

compromissorio a soggetti ad esso non vincolati.

3. La devoluzione in arbitrato di rapporti collegati.

Le problematiche potenzialmente emergenti dalla devoluzione in arbitrato di rapporti avvinti da un collegamento tra negozi derivano dalla circostanza che, da un lato, per la risoluzione della controversia deve valutarsi il rapporto nel suo complesso e, dall'altro lato, all'arbitro potrebbe essere devoluta solo una porzione del rapporto²⁰⁹ che non coinvolge nemmeno tutti i soggetti interessati dell'operazione unitaria.

Un primo punto da affrontare è quindi quello dell'estensibilità della clausola compromissoria a tutti gli atti compresi nel programma negoziale complessivamente inteso. Vale a dire che è necessario domandarsi se, per effetto del collegamento, possa darsi luogo ad un fenomeno di "ultra-applicabilità" dell'accordo compromissorio.

La soluzione della prima questione appare preliminare ad un secondo quesito. Infatti, se si esclude che in virtù del collegamento possa darsi luogo ad un'estensione del potere degli arbitri di decidere, occorre domandarsi se la soluzione della controversia possa essere pregiudicata da una cognizione parziale.

Si deve in conclusione stabilire se l'arbitrato sia (sempre) uno strumento processuale idoneo ad offrire una tutela coerente con le esigenze che presentano i rapporti collegati.

Come ampiamente rilevato nei capitoli precedenti, il potere dell'arbitro deriva da una scelta volontaria delle parti, che conferiscono ad esso il potere di decidere la controversia. La genesi derivativa del potere arbitrale richiede dunque una preliminare interpretazione di ciò che è stato individuato come oggetto

²⁰⁹ Talvolta in arbitrato è devoluto solo uno dei rapporti connessi, poiché la clausola compromissoria è prevista solo in uno dei contratti collegati. Rileva in proposito ZUCCONI GALLI FONSECA, *Collegamento negoziale e arbitrato*, cit., che "le parti, così come sono libere di ampliare l'ambito oggettivo della clausola compromissoria, così possono escludere espressamente la via arbitrale in relazione ad uno o più contratti connessi. Volta per volta occorrerà verificare se tale volontà sia stata manifestata, e in particolare sarei propensa a ravvisarla se le parti abbiano, ad esempio, previsto, in uno dei contratti collegati, il foro competente".

dell'arbitrato e quindi la verifica di quanta parte del rapporto sia devoluto alla giustizia privata.

Si potrebbe essere tentati di affermare semplicemente che la devoluzione in arbitrato sottintende sempre la competenza a decidere su tutti i rapporti finalizzati alla realizzazione dell'operazione economica complessiva. Ciò in considerazione del fatto che il collegamento negoziale è necessario per il raggiungimento del risultato finale e, di conseguenza, anche dal punto di vista processuale riemerge l'unità obbligatoria del collegamento.

Opinare in tale senso significa dire che, in presenza di un collegamento negoziale, la devoluzione in arbitri della controversia comporta automaticamente l'attribuzione del potere di decidere su tutti gli aspetti della fattispecie. Per corroborare l'assunto si potrebbe inoltre osservare che "attraverso la rilevanza giuridica dell'operazione economica, tutti gli istituti contrattuali debbono essere interpretati nell'ottica delle loro ricadute sull'operazione economica in concreto"²¹⁰ e pertanto anche nel momento processuale questa unità non può che essere mantenuta.

La considerazione riferita può essere valida al fine di estendere l'area dei soggetti legittimati a fare valere, ad esempio, le cause di nullità dei contratti, semplificando la ricerca dell'interesse ad agire e ravvisandola nell'essere parte di un affare complessivamente considerato. Non è tuttavia sufficiente quando si tratti di estendere azioni ed eccezioni a soggetti che, dal punto di vista contrattuale, rimangono comunque terzi rispetto al contratto.

Infatti, per quanto appaia giustificabile rinvenire in capo a colui che è terzo rispetto al contratto, ma è parte rispetto all'affare, un interesse da tutelare la propria posizione rispetto all'affare interamente considerato, e ciò anche riconoscendolo titolare di alcune azioni contrattuali²¹¹, non si può compiere

²¹⁰ Sono parole di ZUCCONI GALLI FONSECA, *Collegamento negoziale e arbitrato*, cit.

²¹¹ Si deve infatti rilevare come nel corso del tempo il ricorso al concetto di "unicità dell'affare" nel collegamento negoziale ha portato gli interpreti all'estensione dell'eccezione di inadempimento attraverso la valorizzazione del vincolo di corrispettività fra prestazioni di contratti diversi; alla valutazione sulla gravità dell'inadempimento di un contratto ai fini della risoluzione dell'altro; alla estensione dell'ambito soggettivo al quale riferire il comportamento successivo o precedente al

l'ulteriore passo di ritenere che tale soggetto assuma, per ciò stesso, la qualifica di parte contraente.

L'argomentazione è infatti efficace quando si tratta di individuare un interesse nel soggetto terzo rispetto al contratto, in modo da affievolire la relatività degli effetti del contratto, ma non basta a giustificare l'estensione del concetto di parte sostanziale dell'organismo contrattuale. Pena il travolgimento di tutti i principi in materia contrattuale.

Una cosa è infatti riconoscere l'influenza dei contratti, reciprocamente o meno, al fine di realizzare l'operazione economica programmata, altra cosa è trarre da questo nesso teleologico una deroga all'autonomia dei contratti che, al pari della tensione allo scopo comune, è anch'essa elemento essenziale del collegamento.

Al fine di estendere la cognizione arbitrale a tutti i contratti inclusi nell'affare è dunque necessario individuare negli atti del collegamento il germe della adesione all'arbitrato e non invece estendere l'applicazione della clausola ad altri soggetti "come se" fossero anch'essi parte dell'accordo compromissorio²¹².

Si è infatti rilevato che la clausola è un vero e proprio negozio e dunque può essere applicato solo tra i soggetti che ad esso siano legati. L'estensione della clausola compromissoria non può pertanto derivare da una finzione quale quella di considerare parte un soggetto che non lo sia.

Una volta esclusa la possibilità di giustificare un'estensione della qualità di parte contrattuale per tutti i soggetti interessati dall'operazione economica globale, si potrebbe tentare giustificare l'estensione della clausola arbitrale quale elemento essenziale dell'affare. Non sarebbe infatti assurdo ritenere che anche la volontà di derogare alla giurisdizione sia un elemento essenziale dell'operazione

contratto; e alla ammissibilità di azioni da parte di soggetti che non hanno partecipato al contratto, tuttavia la stessa giurisprudenza d'altra parte non chiarissima nel individuare le azioni spettanti ai soggetti parti del collegamento. Talvolta infatti si afferma che il collegamento negoziale importa sempre la legittimazione del terzo in via generale, tal'altra invece che ad egli è consentito di impugnare il contratto con i requisiti della parte Cass., 26 giugno 1987, n. 5639; Cass., 13 febbraio 1992, n. 1751.

²¹² In questo modo si evita di incorrere nell'errore di forzare il concetto di parte del contratto per verificare piuttosto se "il collegamento contrattuale sia fattispecie potenzialmente idonea a produrre effetto sulla determinazione dell'ambito oggettivo della convenzione arbitrale", così ZUCCONI GALLI FONSECA, *Collegamento negoziale e efficacia della clausola compromissoria*, cit.

economica e pertanto essa debba essere estesa a tutto il programma negoziale, pena la violazione della manifestazione dell'autonomia privata globalmente considerata.

Una simile soluzione avrebbe il vantaggio di valorizzare la scelta arbitrale, considerando la devoluzione in arbitri quale parte integrante dell'operazione negoziale complessiva.

Ciò nondimeno, all'opzione interpretativa proposta non può non obiettarsi che essa trascura i principi fondamentali in materia di arbitrato, quali il limite della disponibilità dei diritti ed il fondamento necessariamente negoziale della devoluzione.

Opinando in tal senso il collegamento rischierebbe di rilevarsi spesso come un escamotage in frode alla legge preordinato ad aggirare norme imperative inderogabili. Può infatti accadere che non tutti i rapporti implicati dell'affare soddisfino il requisito della disponibilità ovvero che le modalità con cui è apposta la clausola, magari nell'indicare l'iter di nomina del Collegio, non soddisfino i requisiti di imparzialità necessari per la legittimità della procedura arbitrale.

Inoltre, la scelta di deferire in arbitri solo una parte del rapporto rientra nell'ambito delle modalità con cui l'autonomia privata si manifesta, sicché un'estensione della decisione arbitrale a "materie" non espressamente ricomprese nella convenzione si porrebbe in potenziale contrasto con il fondamento negoziale dell'arbitrato qualora fosse considerata come conseguenza automatica del collegamento.

Le parti possono infatti stipulare tante clausole compromissorie quanti sono i contratti e ciò al fine di non avere una procedura arbitrale unica, bensì tanti procedimenti quante sono le clausole.

La predisposizione di una varietà di clausole compromissorie, che possono anche fare riferimento a norme procedurali diverse, può essere indice di una volontà di frammentazione della decisione che non può essere sacrificata in ragione dell'esistenza di un collegamento.

Nelle ipotesi in cui non vi sia una devoluzione in arbitrato dell'intera fattispecie la decisione dovrà pertanto rimanere necessariamente frammentata ovvero gli arbitri non saranno in grado di fornire una soluzione utile e l'arbitrato non sarà procedibile.

In conclusione, fatta eccezione per alcuni casi di facile soluzione²¹³, il collegamento negoziale non determina, per ciò stesso, un automatico ampliamento della "competenza" e la decisione nel merito dipenderà piuttosto dall'applicazione delle disposizioni in tema di questioni pregiudiziali, contenute nell'art. 819 cod. proc. civ.

Solo nei limiti di una cognizione incidentale sarà quindi possibile deliberare, *incidenter tantum*, sulle questioni non ricomprese nella convenzione arbitrale. Così come, ai soli fini di risolvere la controversia, gli arbitri potranno "esperire una consulenza riguardante valutazioni tecniche sull'attuazione dell'accordo collegato, laddove queste siano rilevanti per la decisione di alcune questioni loro devolute"²¹⁴.

In conclusione, rispondendo alla seconda domanda, non può affermarsi che in presenza di collegamento negoziale la devoluzione alla giustizia privata assicuri sempre l'uniformità di giudizi. La risoluzione della controversia incontrerà infatti i limiti connaturati alla necessità di affrontare alcune questioni in via solo incidentale e senza valore di giudicato.

4. Conclusioni.

Da quanto sopra, è emerso come il collegamento negoziale sia espressione di un vincolo funzionale tra rapporti derivanti da diversi negozi la cui causa è arricchita dalla tensione ad uno scopo comune che informa di sé tutti i contratti

²¹³ Appare evidente che un problema di coordinamento tra collegamento negoziale e patto compromissorio non si pone quando all'arbitro è devoluta la cognizione su tutti i contratti avvinti dal nesso teleologico e la clausola sia sottoscritta da tutti i soggetti interessati all'affare. Rileva in proposito ZUCCONI GALLI FONSECA, *Collegamento negoziale e arbitrato*, cit. come "l'unità del vaso processuale ageverà soluzioni armoniche, che tengono conto dei nessi sostanziali voluti dalla legge o dalle parti, ovviamente a seconda della loro intensità".

²¹⁴ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Collegamento negoziale e efficacia della clausola compromissoria*, cit.

avvinti dal nesso teleologico²¹⁵.

Ciò comporta che al fine di assicurare il rispetto della volontà negoziale delle parti è necessario che tutti gli atti di autonomia privata facenti parti del collegamento siano tenuti presenti per il raggiungimento dell'interesse finale.

La necessità di considerare tutti i rapporti unitariamente si pone in potenziale contrasto con la devoluzione in arbitrato delle controversie da essi nascenti quando le parti coinvolte non abbiano deferito in arbitri tutti i rapporti e non tutti i soggetti interessati abbiano prestato il proprio consenso alla deroga alla giurisdizione statale.

Le considerazioni appena svolte si ripercuotono sulla capacità della giustizia arbitrale di soddisfare l'esigenza di tutela nelle fattispecie di collegamento negoziale. La problematica si pone in misura identica sia nelle ipotesi di collegamento volontario che in quelle di collegamento necessario, atteso che la disciplina legislativa che impone il collegamento tra negozi nulla dice in ordine alla unitarietà del trattamento processuale.

Appare allora evidente che l'arbitrato sarà valido strumento alternativo di risoluzione della controversia solo quando l'intera operazione economica è devoluta alla cognizione dei giudici privati e la cognizione è attribuita con un'unica convenzione arbitrale.

Non sembra invece che vi siano valide basi giuridiche per ritenere che trovi giustificazione la possibilità di derogare alla disciplina dettata dall'art. 819 cod. proc. civ. per il solo fatto che si sia davanti ad un collegamento negoziale.

Conseguentemente, l'estensione della cognizione arbitrale ai negozi non ricompresi nel vincolo compromissorio potrà riguardare solo la cognizione

²¹⁵ Sintetizza perfettamente il fenomeno la massima di Cass. Civ., sez. III, 04 marzo 2010, n. 5195, a tenore della quale "il collegamento negoziale, il quale costituisce espressione dell'autonomia contrattuale prevista dall'art. 1322 c.c., è un meccanismo attraverso il quale le parti perseguono un risultato economico complesso, che viene realizzato non già per mezzo di un autonomo e nuovo contratto, ma attraverso una pluralità coordinata di contratti, i quali conservano una loro causa autonoma, anche se ciascuno è concepito, funzionalmente e teleologicamente, come collegato con gli altri, sì che le vicende che investono un contratto possono ripercuotersi sull'altro, seppure non necessariamente in funzione di condizionamento reciproco, ben potendo accadere che uno soltanto dei contratti sia subordinato all'altro, e non anche viceversa, e non necessariamente in rapporto di principale ad accessorio".

incidentale²¹⁶.

A differenza di quanto rilevato in tema di cessione del contratto²¹⁷ non è possibile affermare che la disciplina del collegamento negoziale determina l'estensione della clausola oltre i confini dell'atto negoziale in cui essa è contenuta. Ciò nondimeno non è da escludere la possibilità che dall'interpretazione complessiva del collegamento negoziale si rilevi la volontà, manifestata anche attraverso un consenso implicito, di estendere l'ambito oggetto della competenza arbitrale.

A questo proposito, potrebbe sostenersi che ogniqualvolta la parti che deferiscano la controversia in arbitrato e siano anche consapevoli del collegamento negoziale, possa rinvenirsi, in tale consapevolezza, il consenso alla estensione del patto compromissorio ai rapporti non espressamente richiamati nella clausola.

Tale circostanza paralizza l'obiezione secondo la quale il collegamento negoziale, "postulando"²¹⁸ una pluralità di consensi, non (necessariamente)

²¹⁶ Non può infatti essere trascurata la circostanza che ogni contratto facente parte dell'operazione economica è influenzato dalla tensione allo scopo comune. Al fine di decidere in merito alle controversie insorgenti relativamente al contratto in cui è inserita la clausola compromissoria diventa imprescindibile l'analisi di tutti gli accordi inclusi nell'affare. Di conseguenza gli arbitri dovranno/potranno avere cognizione incidentale del regolamento contrattuale privo di clausola malgrado tale accordo non sia compreso nel patto devolutivo. L'esistenza di un vincolo di dipendenza tra due rapporti non è tuttavia sufficiente a determinare un automatico ampliamento della competenza arbitrale. La mancata attribuzione del potere di decidere comporterà che l'arbitro, qualora la questione risulti essenziale, ne conoscerà unicamente *incidenter tantum*. La conoscenza incidentale delle questioni rilevanti per la decisione non rappresenta infatti un'estensione della competenza, ma solo la necessità (logica) di conoscere qualsiasi questione rilevante ai fini della soluzione di quella porzione di rapporto attribuita alla soluzione degli arbitri. Questo comporterà che gli arbitri potranno, ad esempio, subordinare la pronuncia all'avveramento di condizioni derivanti da altri rapporti facenti parte del collegamento, ovvero interpretare la porzione di rapporto sottoposta alla loro attenzione utilizzando come parametro di cognizione anche gli altri contratti facenti parte della vicenda negoziale nella interezza.

²¹⁷ Il collegamento negoziale non può essere considerato una modalità con cui colui che è terzo rispetto ad un atto negoziale diventa invece parte in senso sostanziale del regolamento. Cosa che accade invece, come precedentemente rilevato, e per le ragioni già illustrate, nell'ipotesi di cessione del contratto.

²¹⁸ Le stesse considerazioni possono essere svolte in riferimento al collegamento negoziale che non sia previsto nella fase genetica del rapporto e che viene creato dalle parti in corso di rapporto. In tali circostanze infatti le parti esprimono consapevolezza in merito alla successiva attività contrattuale ed in tale consapevolezza può rintracciarsi un consenso implicito.

incrociati tra loro, non può valere ad estendere il patto arbitrale²¹⁹.

L'affermazione trova riscontro, sebbene implicito, anche nella giurisprudenza di legittimità. Quest'ultima, seppure in forma di *obiter*, (pare) infatti afferma(re) che il negozio collegato può essere devoluto in arbitri quando il contratto che contiene la clausola compromissoria preveda la stipula del contratto successivo²²⁰.

Una simile soluzione appaga di più l'esigenza di giustizia in presenza di una pluralità di negozi, riportando ad unità nella fase processuale il vincolo esistente sul piano sostanziale.

A questa stregua l'indagine dell'interprete non dovrà rivolgersi tanto ad analizzare l'intensità del vincolo negoziale, quanto piuttosto a ricercare il consenso anche sott'inteso a derogare alla giurisdizione statale.

Lo studio potrà quindi dare risultati diversificati a seconda del tipo di collegamento preso in considerazione²²¹.

In via del tutto approssimativa si può ad esempio affermare che avrà diverso peso la necessità o volontarietà del collegamento, atteso che le fattispecie collegate tipizzate dal legislatore presuppongono la conoscenza in capo alle parti della progressione contrattuale o comunque del legame fondamentale tra contratti. Nelle fattispecie di collegamento negoziale dovrà invece evincersi dalla modalità con cui sono redatti i singoli regolamenti contrattuali la manifestazione di un consenso a deferire in arbitri la controversia relativa agli accordi che non

²¹⁹ Le parole sono di ZUCCONI GALLI FONSECA, *Collegamento negoziale e efficacia della clausola compromissoria*, cit.

²²⁰ Il riferimento è all'isolato caso di Cass. Civ. 7 febbraio 2006, n. 2598. In tale occasione la Corte di Cassazione, nell'accogliere impugnazione della sentenza della Corte d'Appello che aveva riconosciuto l'estensione della clausola al contratto collegato, afferma che il motivo è fondato poiché la Corte Territoriale ha errato nell'estendere la clausola compromissoria "contenuta in un contratto anteriore, senza che in quest'ultimo la scrittura privata fosse neppure anticipata o prevista, argomentando esclusivamente dal collegamento oggettivo dei due contratti (corsivo nostro)". Dalle parole della Corte sembra potersi evincere che, sebbene non si possa giustificare l'estensione della clausola compromissoria per la sola esistenza di un collegamento negoziale, l'interprete può inferire dalle modalità con cui è esercitata l'attività negoziale collegata la volontà di ampliare l'ambito applicativo della clausola.

²²¹ Ragionando in questi termini avrà diverso peso la necessità o volontarietà del collegamento. Le fattispecie collegate tipizzate come tali dal legislatore presuppongono infatti la conoscenza in capo alle parti della progressione contrattuale o comunque del legame fondamentale tra contratti e dunque è possibile in essi rilevare un consenso implicito alla estensione della clausola sugli accordi che non sono formalmente ricompresi in essa.

prevedono espressamente la clausola compromissoria.

Capitolo V

Brevi cenni su clausola compromissoria nella transazione e nel negozio di accertamento.

SOMMARIO: 1. Premessa introduttiva - 2. Clausola compromissoria e transazione. - 3. Clausola compromissoria e negozio di accertamento. - 3.1. Il negozio di accertamento. - 3.2. Il negozio di accertamento come istituto di rilievo processuale. - 4. Conclusioni.

1. Premessa introduttiva.

Nelle pagine precedenti si è osservato come la tesi secondo la quale la clausola compromissoria mantiene efficacia anche dopo la cessione del contratto in cui è inserita non sia necessaria conseguenza dell'inquadramento dogmatico della cessione contrattuale nell'area dei negozi collegati.

Le peculiarità poste in rilievo in tema di clausola compromissoria e cessione del contratto possono essere forse maggiormente apprezzate se analizzate alla luce di altri due negozi per i quali può porsi un problema di "ambulatorietà" della clausola.

Al fine di operare un raffronto funzionale ad approfondire il tema centrale della cessione del contratto con clausola compromissoria, le pagine che seguono affrontano il tema della efficacia della clausola compromissoria a seguito della stipula di un contratto di transazione o di un negozio di accertamento.

Si tratta di due negozi che non solo presentano affinità tra loro, tant'è che sovente sono trattati congiuntamente²²², ma che mostrano anche dei profili di analogia con la vicenda circolatoria del contratto.

²²² Si pensi, a titolo esemplificativo, ai contributi di SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1986 e DEL PRATO, *Transazione*, voce Enc. Dir., Milano, 1992, entrambi dedicati allo studio della transazione e nei quali si trovano rispettivamente un capito ed un paragrafo interamente dedicati al negozio di accertamento.

L'interesse al confronto deriva infatti dalla constatazione che, similmente a quanto avviene nella cessione del contratto, anche con la transazione o il negozio di accertamento vi è un intervento che “altera” un rapporto contrattuale originario che tuttavia rimane sempre nello sfondo e (forse) continua ad influenzare i rapporti successivi²²³.

Contratto di cessione, transazione e negozio di accertamento possono infatti essere qualificati alla stregua di negozi di secondo grado e, dunque, appare meritevole, in una prospettiva “comparatistica”, un'indagine tesa a verificare quanto del precedente rapporto rimanga “in vita” e quindi giustifichi l'applicazione della clausola in esso inserita.

Tutto ciò premesso occorre analizzare separatamente le due figure negoziali citate e verificare se, e in che modo, l'efficacia della clausola compromissoria venga incisa dal negozio di secondo grado per poi quindi mettere in evidenza differenze, o identità, di disciplina rispetto all'istituto, già analizzato, della cessione del contratto.

2. Clausola compromissoria e transazione.

La transazione è un contratto tipico, disciplinato agli artt. 1965 e ss. del codice civile, che viene fatto comunemente rientrare nella categoria dei negozi di composizione della lite²²⁴, ponendosi così a metà strada tra il diritto processuale e quello sostanziale²²⁵.

²²³ Per il riferimento alla transazione come contratto “successivo” si veda Gitti, *La transazione*, in *I contratti di composizione delle liti*, Grabrielli e Luiso (a cura di), Torino, 2005, pp. 83 e ss.

²²⁴ Nella stessa categoria sono annoverati il negozio di accertamento, per chi ne riconosce l'esistenza, e, sotto certi profili, il compromesso e la clausola compromissoria. Anche la confessione è considerato strumento di composizione della lite, ma differisce dalla transazione e dagli altri istituti citati per il fatto di difettare del requisito della bilateralità. Si rileva tuttavia, senza dilungarsi sul tema, che esula dalla presente indagine, che le differenze rispetto alla confessione, sotto il profilo della struttura, possono essere meno marcate in relazione all'opzione interpretativa prescelta in proposito alla natura del negozio di accertamento.

²²⁵ In questo senso si vedano SANTORO PASSARELLI, *Nozione della transazione*, in *Saggi di Diritto Civile*, cit. p. 288 e FORNACIARI, *Il negozio di accertamento*, in *I negozi di composizione delle liti*, Grabrielli e Luiso (a cura di), Torino, 2005, p. 3 che definisce il negozio come un “territorio di confine”.

La funzione della transazione è quella di evitare o porre fine ad una lite²²⁶ *sostituendo* ad un rapporto fonte di contrasto un rapporto nuovo e diverso, che supera il precedente e si sovrappone ad esso²²⁷. Conseguenza di ciò è che le posizioni giuridiche delle parti saranno regolate sulla base dei diritti costituiti, modificati e/o estinti in conseguenza della modifica e/o rinuncia alle contestazioni e contropretese. Il tutto su un piano di reciprocità²²⁸.

²²⁶ Occorre osservare che non vi è un'opinione del tutto pacifica sulla nozione di lite di cui all'articolo 1965 cod. civ. A parere di chi scrive, la tesi più convincente è quella sostenuta da SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, cit., pp. 6-7 e SANTORO PASSARELLI, *Nozione della transazione*, in *Saggi di Diritto Civile*, Napoli, 1961, pp. 290-291 che rileva come la lite faccia riferimento ad una contrapposizione in ordine alla titolarità di interessi qualificati, vale a dire su diritti di cui si richiede la tutela. A conferma di ciò potrebbe forse citarsi Cass. Civ., Sez. II, 06-10-1999, n. 11117 che recita "l'oggetto della transazione non è il rapporto o la situazione giuridica cui si riferisce la disconcordante valutazione delle parti, ma la lite cui questa ha dato luogo o può dar luogo, e che le parti stesse intendono eliminare mediante reciproche concessioni, che possono consistere anche in una bilaterale e congrua riduzione delle opposte pretese". Questo consente di differenziare la transazione da qualsiasi altro contratto ed individuarne la funzione che qualifica il tipo negoziale. Considerato infatti che ogni contratto è finalizzato a superare una contrapposizione di interessi è necessario evidenziare la particolarità degli interessi che vengono composti con il contratto di transazione. Quanto alla potenzialità o attualità della lite si ritiene di conseguenza che questa debba verificarsi utilizzando come metro di riferimento l'esistenza o meno di un processo in corso. Alla stregua di quanto rilevato in ordine alla nozione di lite non può infatti accogliersi l'opinione di chi ritiene che di lite possa parlarsi a prescindere dall'esistenza di una posizione di pretesa e di una contrapposta resistenza finalizzate a portare avanti un'azione giudiziale. Opinando in tal senso verrebbe a mancare quello che, secondo la tesi qui preferita, è proprio l'oggetto su cui si svolge l'attività di transazione. Sembra accogliere l'accezione qui preferita anche FORNACIARI, *Il negozio di accertamento*, cit., p. 19, "occorre innanzitutto chiarire cosa si intenda per lite ... Tale termine è infatti suscettibile di diverse interpretazioni ... concetto plurisenso e, conseguentemente ambiguo ... Premesso che la cosa è prettamente e squisitamente convenzionale ... il termine viene inteso nel senso Carneluttiano di pretesa contestata ... si ha cioè una lite allorché alla pretesa o al vanto di un diritto di un certo soggetto si contrappone la contestazione oppure la contropretesa" l'Autore pare tuttavia discostarsi dalla tesi sopra riferita quando prosegue affermando che "diventa peraltro pressoché inevitabile operare un allargamento, coinvolgendo anche fattispecie nelle quali, pur non essendosi ancora manifestato un esplicito contrasto, si abbiano però elementi oggettivi ... che ne facciano ritenere plausibile l'insorgenza". In questo senso sembra piuttosto estendere la funzione dei negozi di *composizione* della lite a quella di *prevenzione*". In senso contrario a quanto affermato si veda invece RADOCCIA, *Transazione e accertamento*, in *Giur. merito*, 2005, pp. 1259 e ss., secondo il quale "la formula «lite che può sorgere» indicherebbe una situazione in cui non sia stata neppure avanzata da una delle parti una pretesa".

²²⁷ Autorevole Dottrina rileva come lo stesso significato etimologico del termine *trans-azione* evochi l'idea del superamento e dell'andare oltre. SANTORO PASSARELLI, *Nozione della transazione*, cit., p. 288.

²²⁸ Il requisito della reciprocità non deve essere inteso quale sinonimo di proporzionalità. La dottrina rileva inoltre che le concessioni possano avere carattere simbolico non richiedendosi l'equivalenza tra le prestazioni, si veda in tale senso DALFINO, *Note in tema di negozio di accertamento e trascrivibilità dell'accordo di conciliazione sull'intervenuta usucapione*, in *www.judicium.it*. Si veda, per la giurisprudenza, Cass. Civ., Sez. I, 22 febbraio 2000, n. 1980 secondo la quale perché un negozio possa considerarsi transattivo è necessario che "i contraenti si facciano delle concessioni reciproche, nel senso che l'uno sacrifichi qualcuna delle sue pretese in favore dell'altro, indipendentemente da qualsiasi rapporto di equivalenza fra *datum* e *retentum*".

Elemento essenziale della transazione sono le “reciproche concessioni” che le parti si fanno al fine di risolvere o prevenire la controversia. Si osserva infatti che le concessioni sono finalizzate a superare la situazione di conflitto intervenendo su una relazione di pretesa e contestazione che ingenera quel “conflitto qualificato”, a cui il legislatore si riferisce utilizzando il termine *lite*²²⁹.

Da quanto brevemente rilevato appare chiaro come l'esigenza di superare il conflitto su un dato rapporto²³⁰ non possa dirsi soddisfatta qualora con la transazione non si ritenesse definitivamente attuato il superamento della situazione preesistente.

In questo senso deve ritenersi quindi che tutto ciò che è stato oggetto dell'accordo transattivo non possa più avere effetti tra le parti. Il rapporto (o la parte di esso) su cui è intervenuto l'accordo transattivo non sarà quindi più fonte di disciplina della relazione tra le parti e nemmeno fonte di cognizione per verificare le reciproche posizioni.

A tale proposito, è interessante tuttavia rilevare come il contratto, frutto dell'attività di transazione, può avere un diverso legame con il contratto originario a seconda che essa sia di tipo novativo ovvero meramente integrativo.

La distinzione tra modalità attraverso le quali le parti arrivano al superamento della lite è infatti di fondamentale importanza ai fini che qui interessano, vale a dire rispetto alla possibilità che la clausola compromissoria contenuta nel precedente contratto²³¹ possa conservare una qualche efficacia anche dopo la stipula del contratto di transazione.

Pare quindi opportuno procedere ad una rapida analisi delle due modalità attraverso cui si manifesta l'attività transattiva ed evidenziarne le differenze, al

²²⁹ Sulla nozione di lite e sul concetto di conflitto qualificato si veda la nota n. 226 in questo capitolo.

²³⁰ Questa può essere indifferentemente negoziale, extracontrattuale o di altra natura, presupposto indefettibile della transazione è solo che tra le parti vi sia un rapporto e sulla base di questo entrambe asseriscano la titolarità di un diritto e tale titolarità sia contestata dalla controparte.

²³¹ Pur non volendo smentire quanto riferito alla nota precedente, si consideri che l'ipotesi più frequente, sebbene non l'unica, in cui le parti ricorrono a tale strumento compositivo è quella in cui sorgano contrasti in ordine ad un precedente contratto. Si pone allora il problema di verificare se e quanto della regolamentazione contenuta nel precedente organismo contrattuale sia ancora suscettibile di disciplinare il rapporto tra le parti dopo la stipula del contratto di transazione.

fine di verificare se queste possano giustificare una diversa soluzione rispetto al problema in esame.

La dottrina e la giurisprudenza individuano due categorie di transazione distinguendole in transazione novativa e transazione non novativa.

Contrariamente a quanto talvolta sostenuto, la distinzione tra le due figure non dipende dal carattere dispositivo dell'una e meramente dichiarativo dell'altra. Il concetto di dispositività, nella transazione, si riferisce infatti alla lite, di cui, si può dire, le parti dispongono sempre, mentre l'alterazione della situazione preesistente dipende da quanto questa è dedotta nella lite.

La transazione, pertanto, ha sempre carattere dispositivo e la distinzione tra le due figure si valuta rispetto alla "misura della sostituzione"²³² che si opera con la transazione rispetto al rapporto precedente. Vale a dire che il discrimine dipende dalla incidenza dell'accordo transattivo sul permanere di quello precedente.

La transazione c.d. novativa²³³ si caratterizza per il fatto che con il contratto di transazione i privati estinguono il rapporto precedente e danno vita ad un rapporto nuovo così che *tutti* gli effetti del precedente rapporto non abbiano più rilevanza una volta stipulato il contratto di transazione.

Nelle ipotesi in cui con la transazione non si dia luogo alla estinzione del precedente rapporto, che viene invece solo modificato o alterato, nella porzione che ingenera (ovvero può ingenerare) conflitto, non si parla più di transazione novativa e la conseguenza, sul piano degli effetti, è la "convivenza" di due regolamenti contrattuali complementari tra loro.

A questa stregua, se si conviene nel ritenere che solo con la transazione di tipo novativo si ha un totale superamento del rapporto precedente, l'affermazione secondo la quale con la stipula della transazione perde efficacia la

²³² SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1986, p. 77.

²³³ Occorre osservare, sull'uso del termine transazione novativa, che la più accorta dottrina ha rilevato come esso possa dare origine a fraintendimenti se inteso in senso tecnico. La novazione di cui all'art. 1230 cod. civ. è infatti un istituto tipico dell'obbligazione sicché riferendosi al contratto sarebbe più corretto parlare di transazione "rinnovatoria" o "innovativa" SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, cit., p. 84.

clausola compromissoria inserita nel precedente contratto è valida solo per le fattispecie rientranti in questa categoria.

Solo per la transazione novativa è infatti corretto sostenere che l'azione volta ad ottenere l'attuazione del rapporto è differente da quella precedente, perché fondata su un altro titolo.

La clausola compromissoria, come rilevato in precedenza parlando di strumentalità della clausola, è infatti funzionale ad un dato rapporto e una volta che questo venga meno manca l'oggetto al cui servizio è posta la clausola, che, quindi, non ha più ragione di esistere²³⁴.

Quando invece non vi è innovazione, l'azione che serve ad ottenere l'esecuzione della transazione può essere la medesima che presidiava originariamente il rapporto controverso²³⁵. Chiaramente, il rapporto sarà *integrato* da quanto stabilito in via transattiva e quindi la decisione, per così dire, nel merito sarà raggiunta alla luce della nuova "configurazione"²³⁶ che assume il rapporto dopo l'intervento di composizione della lite.

Così opinando non è assurdo sostenere che in ipotesi di transazione *non* novativa la clausola compromissoria conservi la propria efficacia, quantomeno per quella parte di rapporto devoluto in arbitrato che non è stato superato dal contratto transattivo²³⁷.

²³⁴ Sull'argomento si veda, per la giurisprudenza, Cass. Civ., Sez. II, 13 dicembre 2010, n. 25159.

²³⁵ In questo senso si veda SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1986, pp. 278-280.

²³⁶ L'espressione è di SANTORO PASSARELLI, *La transazione, cit.*, p. 280.

²³⁷ Si veda in tal senso AMENDOLAGINE, *Clausola compromissoria e transazione novativa*, in *Riv. dell'arbitrato*, 2011, pp. 87 e ss. secondo il quale "il principio dell'autonomia della clausola compromissoria contenuta in un contratto può valere a garantire la sopravvivenza della suddetta disposizione pattizia unicamente in presenza di una modifica od integrazione del medesimo originario contratto contenuta in un successivo accordo transattivo che non rivesta natura novativa dovendo altrimenti desumersi la rinuncia delle medesime parti dell'originario rapporto al patto compromissorio". Anche nella giurisprudenza può rinvenirsi un precedente dal quale trarre argomentazioni a favore di tale conclusione, secondo il Tribunale di Cagliari, Sentenza 26 febbraio 1997 "In caso di transazione propria restano in vigore tra le parti le clausole del precedente contratto non modificate dalla transazione, tra cui quella che stabilisce una determinata competenza territoriale esclusiva per eventuali questioni relative all'interpretazione del contratto o ad ogni altra controversia sorgente dallo stesso". Non può che rinvenirsi una similitudine se non addirittura una analogia tra la clausola di deroga alla competenza e la clausola compromissoria, attenendo entrambe alle modalità di attuazione del diritto nel processo.

3. Clausola compromissoria e negozio di accertamento.

3.1. Il negozio di accertamento.

Come si è già avuto modo di accennare, non c'è trattazione sulla transazione che non sia in qualche misura seguita o preceduta da una disamina della controversa figura negoziale costituita dal negozio di accertamento.

Analogamente alla transazione, anche il negozio di accertamento viene considerato quale fattispecie di confine tra il diritto sostanziale ed il diritto processuale, collocandosi all'interno della categoria dei negozi di composizione della lite.

E' pacifica in proposito quale sia la funzione del negozio di accertamento che viene tradizionalmente definito²³⁸ quale atto di autonomia privata finalizzato ad eliminare e superare uno stato di incertezza sul modo di essere di un determinato rapporto giuridico tra privati al fine di evitare o risolvere un conflitto.

A differenza della transazione non è invece altrettanto pacifico l'inquadramento dogmatico della figura in esame, tanto da esserne stata messa in dubbio la stessa ammissibilità²³⁹.

Come già rilevato, mentre la transazione rappresenta un contratto tipico e quindi ha natura sostanziale, il negozio di accertamento non è invece disciplinato dal legislatore e la sua elaborazione si deve principalmente agli sforzi della dottrina²⁴⁰ che non è unanime nel collocarlo dogmaticamente.

²³⁸ Si vedano in tal senso SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, cit., p. 23; MANZINI, *Il negozio di accertamento: inquadramento sistematico e profili di rilevanza notarile*, in *Riv. del notariato*, 1996, pp. 1427 e ss.; SOLAINI, *Le dichiarazioni di accertamento dei diritti: profili sostanziali e processuali*, in *Giur. merito*, 1997, pp. 929 e ss.

²³⁹ Si veda in proposito il richiamo di SOLAINI, *Le dichiarazioni di accertamento dei diritti*, cit., pp. 929 e ss. a MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*¹⁹, I, Torino, 2007, p. 22. Deve tuttavia osservarsi che, come si tenterà di dimostrare nel prosieguo, l'ammissibilità del negozio di accertamento si risolve piuttosto nella questione dell'inquadramento dogmatico. Si veda in proposito GIORGIANNI, *Negozio di accertamento*, Voce *Enc. Dir.*, Milano, 1992, p. 235 che rileva come qualificando il negozio giuridico quale negozio astratto questo non potrebbe essere ammesso nel nostro ordinamento.

²⁴⁰ Per quanto concerne la giurisprudenza si è osservato che l'atteggiamento pretorio è quello di prendere in considerazione la figura ai fini del confronto con altri istituti, in proposito FERCIA, *Accertamento (negozio di)*, voce del *Digesto civ.*, Aggiornamento VII, Torino, 2012, p. 39 "L'approccio della giurisprudenza al negozio di accertamento appare orientato in un'ottica "perimetrale": al riguardo, infatti, i nostri giudici operano per il tramite di «una serie di distinzioni utili a qualificare il rapporto differenziandolo dai rapporti vicini rispetto ai quali potrebbero nascere confusioni»"

Da ciò deriva un paradossale²⁴¹ stato di incertezza in merito alla natura giuridica dell'istituto in esame a cui logicamente consegue una rilevante divergenza di opinioni in merito agli effetti ed alla disciplina ad esso applicabile.

Appare dunque opportuno selezionare, tra le molteplici suggerite, l'opzione interpretativa che propone la soluzione ricostruttiva più convincente. Solo partendo da una definizione condivisa può infatti analizzarsi il rapporto tra la figura negoziale in esame e la clausola compromissoria.

A tale fine è quindi necessario passare rapidamente in rassegna alcune tra le più note ricostruzioni offerte dalla letteratura in argomento.

Secondo una prima²⁴² ricostruzione si ritiene di poter attribuire al negozio di accertamento natura obbligatoria. In particolare, dal negozio scaturirebbe una obbligazione, per così dire, “di non contestazione”, tanto forte da precludere persino al giudice di superare tale certezza, imponendo un vincolo “di non intendere” il rapporto in modo diverso.

Contro tale ricostruzione, a parere di chi scrive, si può tuttavia obiettare che *il modo di intendere* un rapporto difficilmente possa rappresentare il contenuto di un'obbligazione. A tacer d'altro²⁴³, sarebbe infatti quantomeno difficoltoso

²⁴¹ Un negozio creato per superare uno stato di dubbio risulta essere foriero di per sé stesso di nuova incertezza. Si consenta di rimandare in proposito alle considerazioni di CARRESI, *La transazione*, in *Trattato di Diritto Civile Italiano*, Vassalli (a cura di), Vol. IX, Tomo III, Torino, 1954, p. 41 “pochi argomenti ... abbiano originato una così larga fioritura di studi quanto quello che va sotto il nome di negozio di accertamento” e di FORNACIARI, *Il negozio di accertamento*, cit., pp. 7, 8, 13 e 38 secondo cui “Paradossalmente pressoché nulla, in tema di negozio di accertamento, è realmente certo” e che “Il problema dell'accertamento è dunque fondamentale il problema dell'accertamento *tout court*” e ancora “va detto che questo rappresenta uno dei capitoli più trattati, ed al contempo più tormentati, della riflessione civilistica: il negozio di accertamento nasce e si sviluppa decisamente nel segno dell'incertezza, che ... ne segna in modo caratteristico e veramente pervasivo – se non invasivo *tout court* – tutta la teorizzazione” ed infine “la questione ... non ha ancora trovato una risposta, non solo più o meno unanimemente condivisa, ma neppure semplicemente maggioritaria”.

²⁴² Il più significativo esponente di tale dottrina è Nicolò, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, in *Raccolta di scritti*, I, Milano, 1980, l'Autore è riportato da FERCIA, *Accertamento (negozio di)*, voce del *Digesto civ.*, Aggiornamento VII, Torino, 2012, p. 32

²⁴³ Contro la tesi citata si veda GIORGIANNI, *Negozio di accertamento*, cit., p. 234 che, dopo aver precisato che “la volontà delle parti può raggiungere gli effetti voluti anche a prescindere dalla assunzione di obbligazioni” prosegue rilevando che “non dovrebbe essere difficile ammettere che l'intento di accertare i fatti o i rapporti preesistenti possa essere raggiunto attraverso uno schema, *bilaterale o unilaterale*, il quale è diretto ... alla fissazione di fatti o rapporti preesistenti senza avere come conseguenza la nascita di nuove obbligazioni”. L'Autore infine conclude affermando “l'efficacia meramente obbligatoria postulando la nascita di un obbligo di ritenere come decisiva per l'avvenire la

cogliere i profili di adempimento o di inadempimento di una simile obbligazione, che si configurerebbe quale obbligazione “di opinione”.

Per superare tali obiezioni si potrebbe suggerire una seconda opzione²⁴⁴ interpretativa secondo la quale il negozio di accertamento consisterebbe in una attività di giudizio. Il quale giudizio, una volta che su di esso si sia formato l'accordo delle parti, precluderebbe il superamento da parte di altri o delle stesse parti.

Anche tale soluzione si presta a critiche difficilmente superabili.

In primo luogo si osserva come l'attività di giudizio sia di regola di competenza di un soggetto terzo²⁴⁵. Secondariamente, se da tale negozio si facesse scaturire un giudizio sul modo di essere di un rapporto, ed un contestuale comando a non alterare tale giudizio, si avrebbero gli stessi effetti di una sentenza irrevocabile di accertamento.

Opinando in tal modo si riconoscerebbe all'autonomia privata un potere maggiore di quello che gli è proprio, posto che l'attività di interpretare il modo di essere di un rapporto in modo vincolante è attività riservata al giudice, statale o privato²⁴⁶.

A quest'ultima obiezione si è tuttavia replicato affermando che se ai privati è

configurazione data alla situazione preesistente potrebbe realizzare l'intento delle parti solo indirettamente attraverso il risarcimento del danno in caso di violazione”. Nello stesso senso di veda anche FORNACIARI, *Il negozio di accertamento*, cit., p. 43.

²⁴⁴ In tal senso si veda BRONZINI, *L'importanza dell'inadempimento nelle obbligazioni*, in *Nuovo dir.*, 1989, richiamato da SOLAINI, *Le dichiarazioni di accertamento dei diritti*, cit., pp. 929 e ss.

²⁴⁵ A tale proposito si leggano le parole di SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, cit. p. 40-42 laddove afferma che “sembra che si possa affermare l'esistenza di un principio, per cui l'accertamento è una funzione eminentemente pubblica. Spetta alla pubblica autorità ... e non al privato il potere di accertare”. Le parole citate seguono ad un'approfondita disamina dell'atto di giudizio in riferimento al quale l'Autore rileva come il giudizio sia proprio della sentenza in quanto atto di comando fondato sul giudizio rispetto al quale può muoversi una critica attraverso il regime tipizzato delle impugnazioni. Diversamente non potrebbe ipotizzarsi che i privati esprimano un giudizio perché tale giudizio sarebbe subordinato non ad un controllo sulla modalità con cui è espresso ma sulla congruenza al reale, il che è impensabile se si pensa che il giudizio che si esprime tramite il negozio di accertamento sarebbe finalizzato ad imporre di attenersi a quanto indicato nel negozio SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, cit., pp. 26-27. Esclude che il giudizio possa essere un'attività delle parti anche SOLAINI, *Le dichiarazioni di accertamento dei diritti*, cit., pp. 929 e ss. secondo il quale “Il giudizio, in verità, è sempre stato appannaggio del terzo (giudice o arbitro)”.

²⁴⁶ Secondo GIORGIANNI, *Negozio di accertamento*, cit. p. 233 “ i principi che presiedono alla valutazione delle dichiarazioni dei soggetti nell'ordinamento giuridico privato dovrebbero consentire di respingere l'idea che le manifestazioni delle parti in ordine ai fatti ed alle situazioni giuridiche in cui sono interessati abbiano il valore di giudizi ... Il giudizio appartiene al terzo, giudice o arbitro”.

dato il potere di disporre della propria posizione giuridica a maggior ragione in capo ad essi deve riconoscersi il potere di accertarla.

Secondo questa ricostruzione²⁴⁷ l'accertamento sarebbe quindi un *minus* rispetto alla disposizione e quindi il negozio sarebbe espressione di un'attività meramente dichiarativa delle parti.

La tesi in parola non spiega tuttavia in cosa consista questo potere dichiarativo ed anche il fatto che esso sia ricompreso in quello dispositivo è affermato apoditticamente²⁴⁸.

Per tali ragioni si ritiene di poter concordare con l'Autorevole dottrina che, all'opposto, obietta che dal potere dispositivo piuttosto che potersi "intuire" l'esistenza di un potere dichiarativo si dovrebbe al contrario dedurre l'inesistenza del potere di accertare perché con tale abilità "incompatibile"²⁴⁹.

Ai privati l'ordinamento ha riconosciuto il potere di regolamentare da sé i propri interessi e ciò ha fatto riconoscendo ad essi il potere di autonomia privata; ne consegue che il suo esercizio implica necessariamente un'attività di disposizione. Non è pertanto possibile riconoscere in capo all'atto di autonomia sostanziale un valore diverso rispetto all'atto di disposizione.

A questo proposito, inutili e confusi appaiono i tentativi di superare l'impasse affermando che mentre con la transazione non novativa si compie attività di disposizione perché la lite è composta in via *immediata*, con il negozio di

²⁴⁷ La tesi parte dalla considerazione che il potere di accertare è meno intenso di quello di disporre pertanto se l'ordinamento ha riconosciuto quest'ultimo non ci sono ragioni per escludere il primo. In proposito, senza tuttavia prendere posizione sulla natura giuridica del negozio in commento, osserva CARRESI, *La transazione*, cit. p. 42 come anche ammettendo che il potere di accertare sia ricompreso nell'ambito di quelli di disporre esso comunque sarebbe "meno intenso" e di conseguenza esso ha una "sfera più ristretta del potere di disposizione".

²⁴⁸ Si leggano in proposito le parole di SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, cit., p. 25 "Il potere di accertamento viene, di solito, dedotto dal potere di disposizione, in base all'accennato argomento che, se le parti sono in grado di disporre dei propri interessi, possono anche accertare soltanto quale sia la sistemazione in atto di questi interessi. ... Si noti, tuttavia, che questa affermazione non è stata mai approfondita, ma piuttosto assunta quasi come un postulato dalla dottrina del negozio di accertamento".

²⁴⁹ "E' da ritenere al contrario che con l'assorbente potere di disporre è incompatibile il potere di accertare. Se i privati hanno il potere di creare una sistemazione dei propri interessi, mediante il negozio giuridico, è ad essi preclusa la possibilità di avvalersi di questo medesimo strumento per accertare quale sia la sistemazione in atto. Il negozio ... non può che essere dispositivo" SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, cit. p. 26.

accertamento non c'è un componimento diretto della controversia e quindi non c'è *immediata* disposizione del diritto, ma una soluzione mediata dalla rimozione dello stato di incertezza, senza intervenire sul diritto²⁵⁰. Ciò in quanto accertando non si costituisce una situazione giuridica nuova, ma si raggiunge la soluzione del conflitto in via solo indiretta tramite la rimozione del solo stato di incertezza.

Secondo tale teorica la differenza tra transazione e negozio di accertamento sarebbe dunque nel diverso legame con il rapporto controverso rispetto al quale il negozio di accertamento si porrebbe in posizione complementare, a differenza della transazione che ha invece una funzione sostitutiva.

La ricostruzione riferita non riesce tuttavia a spiegare come un atto non dispositivo possa sovrapporsi, senza superarlo, alla fonte di regolamentazione originaria senza porsi esso stesso come nuova fonte di disciplina del rapporto.

Con maggiore impegno espositivo, se a seguito del negozio di accertamento si preclude la verifica della situazione “reale”²⁵¹ non può rinvenirsi una

²⁵⁰ La tesi è riassunta da SOLAINI, *Le dichiarazioni di accertamento*, cit. che spiega come “è rilevante l'argomento per cui se il legislatore ammette la rinuncia a parte delle pretese reciproche mediante la transazione non si può negare il potere meno intenso di riconoscere esattezza alla pretesa di una delle parti o di operare una ricognizione delle rispettive posizioni giuridiche”. Più precisamente la differenza sarebbe in ciò che mentre con la transazione si interviene sul rapporto, con il negozio di accertamento si interviene solo sull'incertezza. La tesi, in prospettiva critica, è analizzata da SOLAINI, *Le dichiarazioni di accertamento*, cit., pp. 23 e ss.

²⁵¹ Secondo l'opinione di un autorevole processualista non c'è un dualismo tra il mondo di essere reale ed il mondo di essere del diritto. Non esiste un mondo astratto in cui vive l'ordinamento ed un mondo reale in cui si manifesta. L'ordinamento giuridico, e quindi i rapporti tra le parti, devono essere intesi in modo unitario e senza ideali contrapposizioni. Tale argomento lo si trova in riferimento all'esercizio del potere giurisdizionale SATTA, PUNZI, *Diritto processuale civile*¹³, Padova, 2000, p. 11, ma può essere richiamato, ai fini che qui interessano, rilevando come non può esserci dualità tra il modo di essere del rapporto ed il modo di essere che le parti hanno “deciso” deve avere il rapporto. Se infatti le parti si accordano per svolgere il rapporto in un dato modo queste lo stanno, a ben vedere, creando. Nello stesso senso può forse richiamarsi la considerazione di FORNACIARI, *Il negozio di accertamento*, cit., pp. 16-18 che, nell'indagare il ruolo dell'incertezza nel negozio di accertamento, esclude che possa parlarsi di incertezza “insita nella realtà stessa” atteso che la realtà “sia di fatto quanto giuridica” è sempre “univoca”. Sembra dunque scorretto ritenere che il negozio di accertamento possa essere oggetto di un confronto con un ideale dato reale, rispetto al quale potrebbe essere incongruente, e nonostante ciò avere la forza di prevalere su di esso. Così opinando non si farebbe altro che attribuire natura innovativa al negozio in commento. “E' evidente, infatti, che l'accertamento, in quanto fissa l'attuale assetto, si limita a confermare la situazione che abbiamo appena definito teorica senza fornire, in relazione alla possibilità di effettiva soddisfazione dell'interesse dell'avente diritto, alcun tipo di certezza ...ciò che occorre, per eliminare l'incertezza, è non già un accertamento, bensì un intervento innovativo”.

sostanziale, o meglio *effettiva*²⁵², distinzione rispetto al contratto dispositivo a cui le parti danno luogo con la transazione.

Non pare dunque, a chi scrive, che, descritto in questi termini, il negozio di accertamento possa trovare ragione di esistere nel nostro ordinamento. Risultando infatti nulla più che un doppione, atipico e quindi foriero di maggiori incertezze, di un contratto tipico già disciplinato dal legislatore.

Al fine di riconoscere diritto di cittadinanza a tale figura negoziale sembra dunque opportuno verificare se esso possa essere inserito nell'ambito degli atti negoziali a rilevanza (meramente) processuale.

3.2. Il negozio di accertamento come istituto di rilievo processuale.

Il negozio di accertamento può forse trovare collocamento nel nostro ordinamento quale strumento di semplificazione probatoria. Attribuendo a esso una utilità differenziale sul piano del processo.

L'opzione interpretativa proposta consente infatti di valorizzarne l'elemento essenziale²⁵³, che è quello di convivere con il rapporto originario ed emanciparlo

²⁵² Una simile lettura dell'istituto contrasterebbe con l'assunto secondo il quale il negozio di accertamento non ha funzione innovativa né modificativa del rapporto, che infatti viene esclusivamente "accertato". Non si può infatti non rilevare come l'imporre una determinata interpretazione, in modo preclusivo, comporti gli stessi effetti del costituire un nuovo rapporto. Il risultato, sul piano degli effetti, di un simile ricostruzione è infatti identico a quello che produrrebbe un atto di disposizione sul rapporto controverso. L'errore deriva forse da un "vizio" di impostazione, se l'accertamento "non incide sulla realtà accertata bensì sulle discussioni in merito al modo di essere di questa" il piano dell'indagine piuttosto che sulla ricerca dell'effetto sulla ricerca del "suo piano di rilevanza" pertanto "la peculiarità dell'effetto dell'accertamento non stia nelle sue caratteristiche, bensì nel fatto di attenersi ad una sfera diversa da quella della realtà oggetto di accertamento" le parole sono di FORNACIARI, *Il negozio di accertamento*, cit., p. 43 e 47.

²⁵³ Ciò che accomuna tutte le teorie sul negozio di accertamento, o meglio tutti gli atti che gli interpreti fanno rientrare nella figura, è la definizione di questo quale "comando complementare" SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, pp. 24-25 e p. 30-31. Rileva infatti SOLAINI, *Le dichiarazioni di accertamento*, cit. che "La causa del negozio è stata individuata nell'intento comune delle parti di imprimere certezza giuridica ad un precedente fatto o rapporto, senza tuttavia che ci sia astrazione della situazione preesistente: si vengono così a creare due fonti concorrenti di regolamentazione che hanno come presupposto un'unica situazione preesistente incerta". Si leggano poi MANNETTA, DRAGONE, *Negozio fiduciario, interposizione fittizia e cenni sul negozio di accertamento*, in *Giust. civ.*, 2007, pp. 2613 e ss. "il negozio d' accertamento non ha come conseguenza la nascita di nuove obbligazioni o la modifica di situazioni preesistenti; esso, dunque, integra e non sostituisce la fonte negoziale originaria, dando vita a due fonti concorrenti di regolamentazione del rapporto". Si veda inoltre FORNACIARI, *Il negozio di accertamento*, cit., pp. 29, 34, 38 e 39 che rileva come, per parlarsi di

dalla transazione, riconoscendogli così un'autonomia tale da renderlo assolutamente distinguibile da essa²⁵⁴.

A tenore della tesi qui patrocinata, il negozio di accertamento si pone quale strumento di ulteriore intellesione di un rapporto incerto²⁵⁵, affiancandosi così alla fonte di regolamentazione, che rimane unica ed invariata, di cui si pone “a servizio” rendendone più agevole l'analisi, l'interpretazione e la prova.

Fondamento giuridico della figura in esame sarebbe rinvenibile nel potere “regolatorio”²⁵⁶ di cui all'art. 1321 cod. civ. ai sensi del quale le parti possono “regolare” i propri rapporti giuridici senza tuttavia estinguerli, modificarli, né costituirne di nuovi.

Quanto all'ammissibilità di tale figura non c'è da dubitare, atteso che la meritevolezza sarebbe insita nella finalità compositiva e deflattiva²⁵⁷.

A questa stregua, il rapporto oggetto del negozio accertativo verrebbe solo *rafforzato*, mediante l'accostamento di una ulteriore fonte di regolamentazione, che si aggiunge, senza superarla, a quella originaria.

negozio, non è necessario che vi sia innovazione del rapporto, ma evidenzia come debba sempre individuarsi un effetto vincolante e che vi sia una profonda ed effettiva differenza tra “volontà di incidere, in senso modificativo, sulla realtà pre-esistente, e quella di fissarne in modo vincolante una determinata ricostruzione”.

²⁵⁴ Il rischio di appiattare il negozio di accertamento descrivendolo come una la versione “grezza” del contratto di transazione, si percepisce in CARRESI, *La transazione*, cit., p. 93 allorché l'autore, esponendo, con intento critico, la tesi di Carnelutti sulla natura del negozio di accertamento afferma “la transazione non sarebbe, a suo dire, che uno schema concreto di negozio di accertamento”.

²⁵⁵ “Non vi è dubbio infatti che le parti siano in grado di compiere l'attività intellettuale che è alla base di qualsiasi accertamento almeno quanto e come è in grado di farlo il giudice, dovendo decidere *secundum allegata et probata*, è vincolato alle risultanze del materiale probatorio offertogli dalle parti stesse” così CARRESI, *La transazione*, cit., p. 81.

²⁵⁶ Il potere regolatorio deve essere qui inteso in contrapposizione a quello modificativo ed estintivo per evidenziare come con il negozio di accertamento le parti intervengano sul precedente atto di autonomia senza alterarlo. A questo proposito non deve infatti cadersi nella “deformazione, tanto diffusa quanto inavvertita, consistente nell'identificare negoziabilità con innovatività” infatti “a livello di categorie generali, negozio significa solo manifestazione di volontà diretta alla produzione di un effetto, che l'ordinamento riconosca; volontà ed effetto, si aggiunga, che nulla impone di concepire in termini sempre e solo innovativi, ben potendo viceversa essere, anche di tipo accertativo” così FORNACIARI, *Il negozio di accertamento*, cit., p. 28.

²⁵⁷ L'utilità sociale del negozio di accertamento è ampiamente trattate nell'opera di CARRESI, *La transazione*, cit. pp. 43 e ss. e da DAMBROSIO, *Il negozio di accertamento*, Milano, 1996, p. 11-14. Anche seguendo la tesi in parola si è dunque in grado di “giustificare” l'esistenza di tale negozio, assicurando che esso rispecchi i parametri di ammissibilità dei negozi atipici e rendendone possibile a pieno titolo l'inserimento nell'ambito degli atti di autonomia di cui all'art. 1322 cod. civ.

La disciplina concordata nel negozio di accertamento non si sovrappone quindi al rapporto accertato. Quest'ultimo continua ad esistere ed a mantenere la sua funzione di fonte di regolamentazione dei rapporti tra le parti, seppure la sua esistenza sia *affiancata* da una fonte concorrente di "percezione" dello stesso.

Corollario applicativo di tale inquadramento sistematico è che l'accertamento operato dalle parti potrà operare solo verso il futuro.

Vincolando le parti solo per il futuro, il negozio di accertamento non produce nessun effetto retroattivo e dunque non può assimilarsi all'accertamento operato dal giudice in ordine alle regole di condotta delle parti in un rapporto²⁵⁸.

Con il negozio di accertamento non si esprime infatti un giudizio sul modo di essere del rapporto, ma si stabilisce convenzionalmente una regola di *intelligenza* dello stesso che rimane pertanto invariato.

Le parti, dando luogo ad un negozio di accertamento, raggiungono la finalità di creare uno strumento più sicuro di interpretazione del contratto, agevolando la parte che se ne voglia avvantaggiare²⁵⁹.

Non viene alterata la fonte del rapporto e nemmeno viene data certezza alla sua esistenza o validità giuridica. Si crea, piuttosto, una "presunzione" sul modo di essere di un contratto.

²⁵⁸ DALFINO, *Note in tema di negozio di accertamento*, cit. "un siffatto negozio – che se si vuole si può anche definire di "accertamento", ma che con l'accertamento giudiziale nulla ha in comune se non il denominatore rappresentato dalla eliminazione dello stato di incertezza – *dispone solo per il futuro*".

²⁵⁹ Con le parole di SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, p. 29 e tenendo conto della citazioni di cui alla nota n. 29 di questo V capitolo, si ricorda che "quando si dice che la sentenza accerta, si intende parlare di accertamento legale, circoscritto cioè ai limiti che la legge pone all'accertamento medesimo. Il giudice, nel processo civile, compie il suo accertamento sui dati che gli sono offerti dalle parti; la giusta definizione della lite va intesa non in relazione all'effettiva situazione preesistente, ma al modo in cui essa è stata dedotta in giudizio dalle parti". Ed ancora si tenga presente GIORGIANNI, *Negozio di accertamento*, cit., p. 228 "occorre osservare che la legge processuale civile addossa di solito all'interessato la prova dei fatti che costituiscono il fondamento della pretesa (2967 c.c.) e che essa attribuisce altresì alle parti la più ampia disposizione in ordine alle prove dei fatti giuridici privati, in corrispondenza al loro potere di disposizione sul diritto sostanziale ... Il dominio dell'iniziativa delle parti nel processo conduce ad una sorta di diaframma che si introduce tra i fatti e il giudice ... vincolato di fronte a certe dichiarazioni delle parti alle quali la legge assegna l'intensa efficacia di prove legali". Nello stesso senso si veda infine CARRESI, *La transazione*, cit., p. 42.

In quanto presunzione, seppur in un certo senso definibile qualificata, può essere sempre superata e dunque dovrebbe escludersi un effetto preclusivo assoluto di tale negozio²⁶⁰.

In altri termini, il negozio di accertamento sarebbe assimilabile ad una presunzione assoluta e quindi la sua produzione in corso di causa avrebbe l'effetto di precludere al giudice ed alla controparte una soluzione diversa da quella raggiunta tramite il negozio di accertamento.

Il risultato di certezza sarebbe quindi da coordinare con le norme e i principi che sovrintendono il regime probatorio del giudizio civile.

La “preclusione” che esso determina non sarebbe quindi l'effetto di un atto di disposizione del diritto sostanziale, bensì l'effetto di una disposizione anticipata di una prova concordata²⁶¹.

²⁶⁰ Per quanto concerne i “livelli” o “stadi” di vincolo possibili nel nostro ordinamento si veda FORNACIARI, *Il negozio di accertamento*, cit., p. 38-39.

²⁶¹ Si leggano in proposito: GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*¹⁴, Napoli, 2009, p. 101 secondo la cui opinione “Se non dispongono sul piano sostanziale, le parti però dispongono sul piano processuale quando assumono come reale quanto accertato pattiziamente”; SOLAINI, *Le dichiarazioni di accertamento*, cit. “Sembra preferibile la tesi di chi ravvisa nel negozio in oggetto la proiezione del potere spettante alle parti di fissare in maniera vincolante quanto accertato, fino ad escluderne la deducibilità in giudizio” ed ancora “Quanto invece alla deducibilità dei fatti giuridici si può affermare che con il negozio di accertamento (concorde accettazione) o con la confessione (unilaterale ammissione) il giudice è esonerato dall'accertamento del fatto e la parte interessata è esonerata dal provarlo” ed infine “Quindi, in conclusione, l'effetto sostanziale di detto negozio è di mettere i fatti fuori discussione e l'effetto processuale è di fare piena prova, escludendo qualsiasi intervento del giudice in ordine al loro accertamento”; DALFINO, *Note in tema di negozio di accertamento*, cit. “un siffatto negozio (di accertamento) fissa una regola di intelligenza del precedente rapporto, che le parti si obbligano a rispettare; esso, quindi, pone un vincolo, nel quale si esplica un effetto conformativo e allo stesso tempo preclusivo, che riguarda essenzialmente le parti del negozio stesso e che può riflettersi, in ultima analisi, in sede probatoria nel successivo eventuale processo”; Si veda inoltre FORNACIARI, *Il negozio di accertamento*, cit., pp. 37, 44 e 52 che, nell'ambito di una più ampia esposizione di un'originale impostazione, che assimila il negozio di accertamento alla norma giuridica, ritiene che il negozio di accertamento sia una manifestazione di volontà accertativa e che abbia la funzione di introdurre una “fissazione della realtà”, ma che occorre anzitutto domandarsi *dove incida* tale fissazione e quindi “quale novità introduca nel mondo del diritto” (p.37). Se si affermasse infatti che a seguito della stipula del negozio di accertamento si dovesse agire direttamente su quanto accertato esso si porrebbe alla stregua di un nuovo atto costitutivo del rapporto e non sarebbe dissimile da un atto di disposizione del diritto sostanziale (p. 44). Di conseguenza “Escluso ... che l'accertamento possa dar luogo ad una modifica della situazione accertata ... rimane una sola possibilità, vale a dire che esso attenga alla sfera della libertà di valutazione del giudice ... l'effetto dell'accertamento deve intendersi concretarsi nella creazione di un vincolo per il giudice a non discostarsi, nella valutazione della

Definito in questi termini, esso rappresenta quindi una proiezione del potere dispositivo di allegazione e deduzione dei fatti, esercitato in forma anticipata.

Per concludere e dare risposta al quesito proposto in apertura, accogliendo l'ipotesi ricostruttiva prospettata, ne deriva, ai fini che qui interessano, che non ha fondamento logico domandarsi se le eventuali controversie insorgenti in merito al negozio di accertamento debbano trovare soluzione ricorrendo all'arbitrato.

Riconoscendo al negozio di accertamento una funzione meramente probatoria esso entrerà a far parte del processo arbitrale, instaurato in ottemperanza alla clausola compromissoria contenuta nel contratto oggetto del giudizio, assumendo la funzione di strumento di agevolazione probatoria e non invece quale oggetto dell'accertamento arbitrale.

Pertanto, così opinando, si potrebbe affermare che le controversie sul contratto accertato rimangono devolute alla giustizia arbitrale, qualora prevista, poiché non vi è modifica della fonte regolamentare e, di conseguenza, nemmeno delle modalità di attuazione dei diritti in essa regolati.

4. Conclusioni.

Dall'analisi che precede è emerso come nonostante il contratto di transazione ed il negozio di accertamento siano accomunati al contratto di cessione dal fatto di poter essere negozi di secondo grado rispetto ad un precedente organismo contrattuale, le conseguenze sul piano della applicabilità della clausola

realtà sottoposta al suo giudizio, dalla ricostruzione contenuta nell'accertamento; o, detto in positivo ad accettarne la ricostruzione". L'Autore mette in relazione la propria impostazione alla teoria processuale del giudicato con la fondamentale differenza che mentre il vincolo derivante dal giudicato è un vincolo che si giustifica *ratione imperii* il vincolo derivante dal negozio di accertamento si giustifica *"ratione naturae"*. Il vincolo infatti rispecchia "l'intrinseca natura dell'accertamento in quanto tale" (p. 52). Da ultimo, possono forse intendersi finalizzate a raggiungere la stessa soluzione anche le parole di RADOCCIA, *Transazione e accertamento*, cit. "Se la transazione postula reciproche concessioni, l'accertamento, invece, ha la funzione di fissare il contenuto di un rapporto giuridico preesistente con effetto preclusivo di ogni altra *contestazione* (corsivo aggiunto) a riguardo, rendendo definitive e immutabili le situazioni originariamente incerte".

compromissoria sono molto diverse.

Da un lato, con la transazione le parti superano il rapporto precedente o una parte di esso e, di conseguenza, la clausola compromissoria, essendo funzionale a *quel* regolamento, ormai superato, non può più trovare applicazione.

Dall'altro lato, con il negozio di accertamento le parti non pongono in essere alcun atto di disposizione sostanziale del rapporto originario e dunque un problema di compatibilità tra esso e la clausola non può nemmeno porsi. La fonte di regolamentazione del rapporto rimane la stessa e con essa anche l'eventuale devoluzione della controversia alla decisione della giustizia arbitrale. In merito al negozio di accertamento si può porre pertanto un problema di istruzione probatoria nel processo arbitrale piuttosto che di ambulatorietà della clausola compromissoria.

Tali rilievi consentono pertanto di ribadire la specialità del contratto di cessione rispetto ad altri istituti del nostro ordinamento, valorizzando la struttura progressiva e l'identità del rapporto ceduto dal punto di vista oggettivo. Dal che deriva la soluzione secondo la quale la clausola compromissoria si mantiene anche a seguito del mutamento dal lato soggettivo dei titolari delle posizioni giuridiche trasferite.

La specialità del contratto di cessione emerge quindi nella sua capacità di far "muovere", "spostare" un rapporto nel suo insieme. Il rapporto giuridico non è alterato, come avviene con la transazione, né vi è l'"innesto" di una fonte complementare di conoscenza dello stesso.

La disamina appena svolta consente pertanto di confermare il legame tra clausola compromissoria e contenuto oggettivo del contratto, tale per cui è sulla avvenuta o meno variazione del rapporto che si misura l'eventuale interazione sull'operatività della clausola.

INDICE BIBLIOGRAFICO

ALPA, *Analisi economica del diritto e analisi del metodo: la questione del danno contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996

ALPA, FUSARO, *Cessione del contratto*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, II, Torino, 1988

ALPA, *La c.d. giuridificazione delle logiche dell'economia di mercato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999

AMENDOLAGINE, *Clausola compromissoria e transazione novativa*, in *Riv. arb.*, 2011

ANDREOLI, *La cessione del contratto*, Padova, 1951

ASPRELLA, *Note sparse su cessione del credito, cessione di quote di società a responsabilità limitata e opponibilità della clausola compromissoria al cessionario*, in *Giust. civ.*, 2003

ATTERITANO, *La tutela della volontà compromissoria delle parti e il rispetto dell'ordine pubblico: in tema di autonomia della clausola arbitrale e illegalità del contratto principale*, in *www.judcium.it*

BARBA, *La connessione tra i negozi e il collegamento negoziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008

BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*⁶, II, Torino, 1962

BARLETTA, *La «disponibilità» dei diritti nel processo di cognizione e nell'arbitrato*, in *Studi in Onore di Vittorio Colesanti*, Napoli, 2009

BASINI, *Forma del negozio di cessione del contratto e cedibilità dei contratti ad effetti reali*, in *Contratti*, 1993

BENEDETTI, *La cessione del contratto*, Milano, 1998

BORRELLO, *Clausola arbitrale e cessione del credito*, in *I contratti*, 2004

BOVE, *Ancora sui rapporti tra arbitro e giudice statale*, in *Riv. arb.*, 2007

BRIGUGLIO, *Specificata approvazione scritta della clausola arbitrale per relationem; manifestazione della volontà compromissoria; verifica della «internazionalità» dell'arbitrato in Cassazione*, in *Riv. arb.*, 2000

BRONZINI, *L'importanza dell'inadempimento nelle obbligazioni*, in *Nuovo dir.*, 1989

CALAMANDREI, *Opere Giuridiche*, Napoli, 1965

CAPPONI, *Arbitrato e giurisdizione*, in *www.judicium.it*

CARBONE, *Autonomia privata e modelli contrattuali del commercio marittimo internazionale nei recenti sviluppi del diritto internazionale privato: un ritorno all'antico*, in *dir. mar.*, 1995

CARLEVARIS, *Ambito oggettivo dell'accordo compromissorio e arbitrabilità delle controversie non contrattuali*, in *Riv. arb.*, 2010

CARNELUTTI, *Clausola compromissoria e competenza degli arbitri*, in *Riv. dir. comm.*, 1921

CARNELUTTI, *Sistema di Diritto Processuale Civile*, Padova, 1936

CARPI, *Art. 824 bis c.p.c., Efficacia del Lodo*, in *Arbitrato*², Carpi (a cura di), Bologna, 2007

CARRESI, *Il contratto*, Milano, 1987

CARRESI, *La cessione del contratto*, Milano, 1950

CARRESI, *La transazione*, in *Trattato di Diritto Civile Italiano*, Vassalli (a cura di), Vol. IX, Tomo III, Torino, 1954

CAVALLINI, *L'alienazione della res litigiosa nell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1997

CICALA, voce *Cessione del contratto*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960

CLARIZIA, *La cessione del contratto*, Milano, 1991

COLESANTI, *Volontà delle parti e regolamenti arbitrali (con particolare riferimento a quello della camera arbitrale di Milano)*, in *Riv. dir. proc.*, 2011

CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2006

CORSINI, *Limiti soggettivi della clausola compromissoria ed eccezioni opponibili dal fideiussore al creditore ex art. 1945 c.c.*, in *Riv. arb.*, 1998

COSCIETTI, *La cessione del contratto di locazione di immobile adibito ad uso diverso da quello abitativo: rapporti locatore ceduto e conduttore cedente, solidarietà ed obbligazioni derivanti dalla cessione*, in *Riv. giur. edilizia*, 2009

D'ALESSANDRO, *Art. 824 bis c.p.c., Efficacia del Lodo*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, Briguglio e Capponi (a cura di), Milano, 2009

DALFINO, *Note in tema di negozio di accertamento e trascrivibilità dell'accordo di conciliazione sull'intervenuta usucapione*, in *www.judicium.it*

DAMBROSIO, *Il negozio di accertamento*, Milano, 1996

DE NOVA, *La cessione del contratto, Obbligazioni e Contratti*, in *Trattato di diritto Privato*³, Tomo II, Rescigno (diretto da), Torino, 2002

DEL PRATO, *Transazione*, voce *Enc. dir.*, Milano, 1992

DI MEGLIO, *L' autosufficienza del lodo (rituale) nella nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2007

DI MEO, *Brevi note in tema di clausola compromissoria nel diritto inglese*, in *Riv. notariato*, 1998

FERCIA, *Accertamento (negozio di)*, voce *Digesto civ.*, Aggiornamento VII, Torino, 2012

FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Roma, 1968

FESTI, *La clausola compromissoria*, in *I negozi di composizione delle liti*, Grabrielli e Luiso (a cura di), Torino, 2005

FORNACIARI, *Il negozio di accertamento*, in *I negozi di composizione delle liti*, Grabrielli e Luiso (a cura di), Torino, 2005

FRADEANI, *Eccezione d'arbitrato*, in *Giur. italiana*, 2012

FUSILLO, *Relatio Perfecta, obbligatorietà dell'arbitrato e natura della eccezione di compromesso*, in *Riv. arb.*, 2001

GABRIELLI, *L'operazione economica nella teoria del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009

GAETA, *Procedimento arbitrale e regolamento di competenza: presupposto temporale per l'ammissibilità*, in *Giust. civ.*, 2012

GAZZONI, *Manuale di diritto privato*¹³, Napoli, 2007

GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*¹⁴, Napoli, 2009

GIORGETTA, *La Corte di Cassazione torna a negare la legittimazione del cessionario del credito a far valere la clausola compromissoria per arbitrato rituale*, in www.judicium.it

GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1937

GIORGIANNI, *Negozi di accertamento*, Voce *Enc. dir.*, Milano, 1992

GRASSETTI, *Clausola negoziale*, voce *Enc. dir.*, II, Milano, 1995

IRTI, *Compromesso e clausola compromissoria nella nuova legge sull'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1994

LIPPONI, *In tema di validità della clausola compromissoria*, in *Riv. arb.*, 2003

LOMBARDI, *L'art. 819-ter c.p.c.: arbitrato e competenza ter c.p.c.: arbitrato e competenza*, in *Giur. merito*, 2012

- LUIO, *Diritto Processuale Civile*⁴, Vol. I, Principi Generali, 2007, Milano
- LUIO, *Il sistema dei mezzi negoziali per la risoluzione delle controversie civili*, in *www.judicium.it*
- LUIO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, *Riv. arb.*, 2005
- LUIO, *Successione del Processo*, voce *Enc. giuridica Treccani*, Milano, 1995
- MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*¹⁹, I, Torino, 2007
- MANNETTA, DRAGONE, *Negozi fiduciario, interposizione fittizia e cenni sul negozio di accertamento*, in *Giust. civ.*, 2007
- MANZINI, *Il negozio di accertamento : inquadramento sistematico e profili di rilevanza notarile*, in *Riv. notariato*, 1996
- MARENCO, *Adesione e rinuncia implicita alla clausola compromissoria*, in *Riv. arb.*, 1996
- MARENCO, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, BRIGUGLIO, FAZZALARI, MARENCO, (a cura di), Milano, 1994
- MESSINEO, *Contratto collegato*, voce *Enc. dir.*, Milano, 1962
- MESSINEO, *Il contratto in generale*, Milano, 1968
- MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile*, Torino, 1980
- MONGELLI, *La cessione del contratto preliminare: natura giuridica e rilevanza del consenso del contraente ceduto*, in *Riv. notariato*, 2008

MONTELEONE, *Le sezioni unite della Cassazione affermano la natura giuridica negoziale e non giurisdizionale del c.d. «arbitrato rituale»*, in *Giust. civ.*, 2001

MORTARA, in *Commentario al Codice di Procedura Civile*, Milano, 1923

MOTTO, *Le controversie arbitrabili alla luce della riforma dell'arbitrato del 2006 (art. 806 c.p.c.)*, in *www.judicium.it*

MURONI, *La successione nella res litigiosa nell'arbitrato rituale interno e con profili di internazionalità: analisi retrospettiva dell'ultimo comma del nuovo 816 quinquies c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007

NAZZINI, *Domanda di arbitrato, art. 111 c.p.c. e potere di nomina dell'arbitro rituale*, in *Riv. arb.*, 2001

NELA, *Art. 824 bis c.p.c., Efficacia del Lodo*, in *Le recenti riforme del processo civile*, Chiarloni (a cura di), Bologna, 2007

NELA, *La disciplina inderogabile del procedimento arbitrale*, in *Il nuovo processo societario: commento al D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 e agli artt. 2378, 2409 e 2471 c.c.*, Sergio Chiarloni, (a cura di), Bologna, 2004

NELA, CATALANO, *Art. 808 c.p.c.*, in *Le recenti riforme del processo civile*, Chiarloni (a cura di), Bologna, 2007

NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, in *Raccolta di scritti*, I, Milano, 1980

ORESTANO, *Azione*, voce *Enc. dir.*, II, Milano, 1995

ORIANI, *Diritti potestativi, contestazione giudiziale e decadenza*, in *I quaderni della rivista di diritto civile*, 2003

PACCHIONI, *Delle Obbligazioni in Generale*², Padova, 1935

PAPAGNI, *Eccezione di risoluzione per inadempimento di una transazione novativa «salvo che il diritto alla risoluzione sia stato espressamente stipulato»*, in *Giur. merito*, 2009

PERRONE, *I rapporti tra eccezione di arbitrato rituale e domanda riconvenzionale: la giurisprudenza di merito a confronto con gli orientamenti espressi dalla corte di Cassazione*, in *Giur. merito*, 2008

PESCATORE, *Cessione del contratto ed interpretazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999

PETRILLO, *Circolazione della clausola compromissoria in ipotesi di cessione del credito*, in *Riv. arb.*, 2004

PICARDI, *“I grandi modelli socio-culturali per la giusta risoluzione delle controversie civili internazionali e nazionali”*, in *Riv. arb.*, 2011

PICCININNI, *Arbitrato ed equità: un connubio sempre attuale*, in *Riv. arb.*, 2005

PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2000

PUNZI, *Efficacia di sentenza del lodo*, in *Riv. arb.*, 2005

PUNZI, *L'arbitrato: fecondità e attualità dell'insegnamento di Salvatore Satta*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003

PUNZI, *Riaffermazione natura privata arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2005

RADOCCIA, *Transazione e accertamento*, in *Giur. merito*, 2005

RESCIGNO, *Arbitrato e autonomia contrattuale*, in *Riv. arb.*, 1991

RICCI, *Ancora sulla natura e sugli effetti del lodo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2011

RICCI, *Dalla << transigibilità >> alla << disponibilità >> del diritto. I nuovi orizzonti dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2006

RICCI, *Diritto processuale civile*³, I, Torino, 2009

RICCI, *La convenzione di arbitrato e le materie arbitrabili nella riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007

RICCI, *La never ending story della natura negoziale del lodo: ora la Cassazione risponde alle critiche*, in *www.judicium.it*

ROMANO, *Il doppio volto dell'art. 819-ter c.p.c.*, in *Riv. arb.*, 2011

ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di Diritto Privato*, Iudica e Zatti (a cura di), Milano, 2011

RUFFINI, *Art. 819-ter*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Menchini (a cura di), Padova, 2010

RUSSO,DORIA,LENER, *Istituzioni delle leggi civili*, Padova, 2001

SANTINI, *Regolamento di competenza avverso la pronuncia del giudice sulla exceptio compromissi e procedimenti pendenti*, in *Riv. arb.*, 2010

- SANTORO PASSARELLI, *Dottrine Generali del Diritto Civile*, Napoli, 2002
- SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1986
- SANTORO PASSARELLI, *Saggi di Diritto Civile*, Napoli, 1961
- SASSANI, *L'opposizione del terzo al lodo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1995
- SASSANI, *Sulla legittimazione del giudice privato a sollevare una questione di costituzionalità*, in *Giust. civ.*
- SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 2, Milano, 1971;
- SATTA, PUNZI, *Diritto processuale civile*¹³, Padova, 2000
- SCOGNAMIGLIO, *Collegamento negoziale*, voce *Enc. dir.*, Milano, 1961;
- SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, Milano, 1972
- SOLAINI, *Le dichiarazioni di accertamento dei diritti: profili sostanziali e processuali*, in *Giur. merito*, 1997
- TIZI, *L'eccezione di compensazione*, in *Riv. arb.*, 2007
- TIZI, *Liticonsorzio successivo ed imparzialità del tribunale arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2008
- VERDE, *Lineamenti di diritto dell'Arbitrato*, Torino, 2010
- VERDE, *Pubblico e privato nel processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2002

ZACCARIA, *Cessione del contratto e garanzia della sua validità*, in *Riv. dir. civ.*, 1985

ZUCCONI GALLI FONSECA, *Collegamento negoziale e arbitrato*, in *Studi in onore di Vittorio Colesanti*, Napoli, 2009

ZUCCONI GALLI FONSECA, *Collegamento negoziale e efficacia della clausola compromissoria: il leasing e altre storie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000

ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, Milano, 2004

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Corte Cost., 22 novembre 2001, n. 376

Corte Cost., 14 luglio 1977, n. 127

Corte Cost., 22 aprile 1958, n. 35

Cass. Civ., Sez. II, 26 novembre 2010, n. 24082

Cass. Civ., Sez. Un., 6 settembre 2010, n. 19047

Cass. Civ., Sez. III, 04 marzo 2010, n. 5195

Cass. Civ., sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106

Cass. Civ., Sez. I, 04 agosto 2009, n. 17935

Cass. Civ., Sez. I, 15 maggio 2009, n. 11301

Cass. Civ., sez. III, 08 ottobre 2008, n. 24792

Cass. Civ., 29 agosto 2008, n. 21926

Cass. Civ., Sez. I, 20 maggio 2008, n. 12814

Cass. Civ., Sez. II, 20 dicembre 2007, n. 26990

Cass. Civ., Sez. Un., 15 novembre 2007, n. 23726

Cass. Civ., Sez. III, 12 luglio 2007, n. 15603

Cass. Civ., Sez. Un., 14 giugno 2007, n. 13894

Cass. Civ., Sez. III, 8 giugno 2007, n. 13395

Cass. Civ., Sez. I, 30 maggio 2007, n. 12684

Cass. Civ., Sez. I, 2007, n. 6809

Cass. Civ., Sez. III, 27 novembre 2006, n. 25141

Cass. Civ., Sez. II, 21 novembre 2006, n. 24681

Cass. Civ., Sez. I, 7 febbraio 2006, n. 2598

Cass. Civ., 21 ottobre 2005, n. 20351

Cass. Civ., sez. III, 28 luglio 2005, n. 15807

Cass. Civ., 27 maggio 2005, n. 11315

Cass. Civ., Sez. I, 1 settembre 2004, n. 17531

Cass. Civ., Sez. III, 28 luglio 2004, n. 14234

Cass. Civ., Sez. I, 30 dicembre 2003, n. 19865

Cass. Civ., Sez. I, 19 settembre 2003, n. 1389

Cass. Civ., Sez. Lav., 3 settembre 2003, n. 12855

Cass. Civ., Sez. I, 8 Aprile 2003, n. 5457

Cass. Civ., Sez. III, 19 febbraio 2003, n. 2501

Cass. Civ., Sez. Un., 3 ottobre 2002, n. 14223

Cass. Civ., Sez. I, 25 Luglio 2002, n. 10922

Cass. Civ., Sez. Un., 25 giugno 2002, n. 9289

Cass. Civ., Sez. I, 5 marzo 2001, n. 3144

Cass. Civ., Sez. I, 10 ottobre 2000, n. 13474

Cass. Civ., Sez. Un., 3 agosto 2000, n. 527

Cass. Civ., sez. III, 14 aprile 2000, n. 4842

Cass. Civ., Sez. I, 22 febbraio 2000, n. 1980

Cass. Civ., Sez. II, 06 ottobre 1999, n. 11117

Cass. Civ., Sez. II, 17 marzo 1999, n. 2394

Cass. Civ., Sez. Un., 17 dicembre 1998, n. 12616

Cass. Civ., Sez. III, 9 ottobre 1998, n. 10025

Cass. Civ., Sez. I, 21 giugno 1996, n. 5761

Cass. Civ., Sez. I, 14 aprile 1994, n. 3504

Cass. Civ., Sez. II, 16 febbraio 1993, n. 1930

Cass. Civ., Sez. II, 24 giugno 1992, n. 7752

Cass. Civ., Sez. II, 13 febbraio 1992, n. 1751

Cass. Civ., Sez. II, 10 aprile 1990, n. 2987

Cass. Civ., 13 luglio 1988, n. 4587

Cass. Civ., Sez. II, 26 giugno 1987, n. 5639

Cass. Civ., Sez. Un., 9 dicembre 1986, n. 7315

Cass. Civ., Sez. Un., 3 giugno 1985, n. 3285

Cass. Civ., 25 ottobre 1982, n. 5568

Cass. Civ., Sez. I, 06 gennaio 1981, n. 48

Cass. Civ., 10 novembre 1979, n. 6054

Cass. Civ., 17 settembre 1970 n. 1529

Cass. Civ., 17 settembre 1970, n. 1525

Cass. Civ., 14 marzo 1957, n. 852

Trib. Genova, 25 gennaio 2006

Trib. Milano, 04 gennaio 2005

Trib. Cagliari, 26 febbraio 1997

