

**DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO DELL'ARBITRATO INTERNO ED
INTERNAZIONALE**

XXII CICLO

COORDINATORE CHIAR.MO PROF. GIOVANNI VERDE

“La convenzione di arbitrato in materia non contrattuale”

TUTOR

CHIAR.MO PROF. FERRUCCIO AULETTA

CANDIDATO

DOTT. SALVATORE DI MEGLIO

A.A. 2009/2010

**INQUADRAMENTO DEL PROBLEMA E SITUAZIONE PRECEDENTE ALL'ENTRATA IN
VIGORE DEL D.LGS. 2 FEBBRAIO 2006, N. 40.**

1. *Premessa.*

La possibilità di sottomettere al giudizio di arbitri le controversie future non aventi titolo nel contratto costituisce un tema intorno al quale dottrina e giurisprudenza si sono misurate nel corso degli anni senza tuttavia pervenire a risultati concordanti. L'assenza nella disciplina del codice di una specifica previsione, unitamente alla tradizionale bipartizione delle convenzioni arbitrali in compromesso e clausola compromissoria, sono all'origine della perdurante incertezza intorno alla compromettibilità in arbitrato di questo genere di controversie. Su questo quadro è intervenuta la recente riforma della disciplina dell'arbitrato, attuata con il d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, che ha concesso alle parti la possibilità di «stabilire, con apposita convenzione, che siano decise da arbitri le controversie future relative a uno o più rapporti non contrattuali determinati» (art. 808-bis c.p.c.)⁽¹⁾⁽²⁾.

2. *La nuova convenzione di arbitrato in materia non contrattuale.*

Fino alla recente riforma della materia dell'arbitrato, le controversie che non traevano origine da un preesistente rapporto contrattuale tra le parti potevano essere deferite in arbitri soltanto se *iam natae*, mediante il compromesso. Per contro, qualora si fosse convenuto di investire gli arbitri del potere di decidere controversie di natura extracontrattuale non ancora sorte (*nondum natae*), la

⁽¹⁾ L'introduzione nell'ordinamento della convenzione di arbitrato per liti future non contrattuali è avvenuta in mancanza di una specifica delega da parte del legislatore delegante. La l. 14 maggio 2005, n. 80, di conversione in legge del decreto-legge 14 marzo 2005, n. 35, recante «Deleghe al Governo per la modifica del codice di procedura civile in materia di processo di cassazione e di arbitrato nonché per la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali», si era infatti limitata a delegare l'esecutivo a «riformare in senso razionalizzatore la disciplina dell'arbitrato, prevedendo: la disponibilità dell'oggetto come unico e sufficiente presupposto dell'arbitrato, salva diversa disposizione di legge [e] che, per la stipulazione di compromesso e di clausola compromissoria, vi [fosse] un unico criterio di capacità, riferito al potere di disporre in relazione al rapporto controverso».

⁽²⁾ Sul tema della convenzione di arbitrato in materia non contrattuale, vedi, tra gli altri, i contributi di MOTTO, *La convenzione di arbitrato per controversie future relative a rapporti non contrattuali (art. 808 bis c.p.c.)*, in *Commentario alle riforme del processo civile, Arbitrato*, a cura di Briguglio e Capponi, III, 2, Padova, 2009, 516 ss.; ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione d'arbitrato, commento all'art. 808-bis c.p.c.*, in *Commentario breve al codice di procedura civile*, a cura di Carpi e Taruffo, 2009, 2510; CONSOLO-LUIISO, *Sub art. 808-bis (Convenzione di arbitrato in materia non contrattuale)*, in *Cod. proc. civ. comm.*, 2007, 5708; NELA, *Commento all'art. 808-bis*, in *Le recenti riforme del processo civile*, a cura di Chiarloni, II, Bologna, 2007, 1625 ss.

pattuizione avrebbe dovuto considerarsi nulla per illiceità dell'oggetto⁽³⁾. Circostanza, questa, che rappresentava una forte limitazione all'istituto, giacché impediva ogni possibilità di stabilire *a priori* la deferibilità delle controversie future, possibilità che però le parti potevano avere interesse a regolare in anticipo. Il nuovo art. 808-*bis* c.p.c. ha rimosso dal nostro ordinamento questa limitazione: il risultato è stato raggiunto non già ampliando la nozione di clausola compromissoria -che continua ad essere il patto con il quale le parti deferiscono ad arbitri le controversie future nascenti dal contratto- bensì prevedendo, accanto al compromesso e alla clausola compromissoria, la «convenzione di arbitrato in materia non contrattuale», che diviene la terza *species* di accordo compromissorio contemplata dal codice di rito. Nell'attuale sistema normativo, la definizione di convenzione arbitrale viene pertanto a coincidere con quella di accordo con il quale le parti sottomettono agli arbitri tutte o alcune delle controversie che tra di esse siano insorte o possano insorgere in relazione ad un determinato rapporto giuridico sostanziale, contrattuale o non contrattuale⁽⁴⁾.

3. *La compromettibilità delle liti future non contrattuali nel sistema normativo anteriore all'entrata in vigore del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40.*

Prima della novella, a giustificare il divieto di compromettere in arbitri le controversie future non aventi origine nel contratto vi era innanzi tutto la considerazione che l'art. 808 c.p.c., facendo riferimento alle «*controversie nascenti dal contratto*», individuava un limite contenutistico specifico della clausola compromissoria: questa, a differenza del compromesso, avrebbe potuto avere ad oggetto unicamente le liti insorgenti da un contratto determinato, già concluso al momento della stipula del patto compromissorio. Oltre a quello letterale, gli argomenti comunemente addotti a sostegno dell'inammissibilità di questo tipo di convenzione erano il rispetto del requisito di determinatezza dell'oggetto e l'esigenza di evitare una rinuncia eccessivamente ampia alla

⁽³⁾ Cfr. FERRO, *La clausola compromissoria*, in *L'arbitrato. Profili sostanziali*, Rassegna coordinata da Guido Alpa, 2, 1992, 612 ss.; ivi ampi riferimenti bibliografici. Nello stesso senso, v. BOVE, *La giustizia privata*, Padova, 2009, 37 ss.; LONGO, *Osservazioni in tema di efficacia della clausola compromissoria*, in *Riv. arb.*, 2002, 375 ss., spec. 376.

⁽⁴⁾ CONSOLO-LUISSO, *Commento all' art. 808-bis*, in *Cod. proc. civ. comm.*, cit., 5708 ss. L'espressione «convenzione arbitrale» adoperata dal legislatore dell'ultima novella non è nuova. Essa si rinviene già nella Convenzione di Ginevra del 21 aprile 1961, ratificata con l. 10 maggio 1970, n. 418, e nella Convenzione di New York del 10 giugno 1958, ratificata con l. 19 gennaio 1968, n. 62.

giurisdizione dello Stato. A giudizio della maggioranza dei commentatori, infatti, era preferibile che le parti si astenessero dalla stipula di accordi non collegati ad un preesistente rapporto contrattuale, per la ragione che «quando la lite non è presente le parti non [sono] in grado di valutare adeguatamente la convenienza dell'arbitrato»⁽⁵⁾. Venendo stipulato per l'avvenire, e per controversie che nei loro specifici estremi non sono conosciute, il patto compromissorio per liti future, si diceva, deve essere redatto in modo tale che le parti abbiano consapevolezza delle controversie che si apprestano ad affidare alla cognizione del giudice privato. E una tale consapevolezza, se sicuramente caratterizza la scelta arbitrale allorché questa è fatta in relazione a controversie che nascono da un preesistente rapporto contrattuale, non è parimenti riscontrabile in tutte le ipotesi in cui le parti decidono di affidare agli arbitri la soluzione di controversie che derivano da un rapporto di natura non contrattuale, giacché in questi casi non sarebbe agevole determinare quali controversie sono sottratte alla giurisdizione dello Stato e quali invece non lo sono.

Di avviso diverso era una parte minoritaria della dottrina⁽⁶⁾, la quale sosteneva che il vecchio testo dell'art. 808 dovesse essere «interpretat[o] con riferimento non solo alla sua lettera, ma anche allo spirito, il quale certamente non esclude che le obbligazioni non nascenti da contratto possano formare oggetto di un giudizio arbitrale»⁽⁷⁾. Del resto, si aggiungeva, la determinatezza dell'oggetto del patto compromissorio, non diversamente che per le controversie di origine contrattuale, può essere soddisfatta dalla clausola compromissoria anche in relazione a liti non contrattuali, essendo allo scopo sufficiente che la scelta per la via arbitrale, in essa contenuta, avvenga con riferimento ad un rapporto giuridico *determinato*. Peraltro, l'idea che questo genere di controversie non potesse essere devoluta in arbitrato se non per il tramite del compromesso non sembrava tenere conto neppure del significato dell'*oggetto* della clausola compromissoria. Se si considera, infatti, che la clausola opera con riferimento a controversie che sono in

⁽⁵⁾ CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, Roma, I, 60.

⁽⁶⁾ BIAMONTI, voce *Arbitrato*, in *Enc. dir.*, 1958, 901 ss., spec. 911 ss.; REDENTI, *Compromesso (dir. proc. civ.)*, in *Nov. dig. It.*, III, Torino, 1959, 786 ss., specie 788; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, cit., 776. In tempi più recenti, la compromettibilità delle liti future non contrattuali è stata sostenuta da RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, Padova, 2002, 319 ss.; FESTI, *La clausola compromissoria*, Milano, 2001, 194 ss.; ID., *La clausola compromissoria*, in *I contratti di composizione delle liti*, II, a cura di Luiso e Gabrielli, Torino, 2005, 847 ss., specie 983; BERNARDINI, *Ancora una riforma dell'arbitrato in Italia*, in *Dir. comm. inter.*, 2006, 230, che definisce l'attuale art. 808-bis c.p.c. norma di «dubbia utilità»; in via dubitativa, VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 1, Torino, 2004, 41 ss.

⁽⁷⁾ ROCCO, *Trattato di dir. proc. civ.*, 2, 1, Torino, 1966, 147.

concreto determinate solo successivamente alla stipula del patto stesso, deve ritenersi che il requisito della determinabilità dell'oggetto della convenzione venga rispettato tanto nel caso che le parti rimettano agli arbitri la decisione di tutte le controversie derivanti da un *determinato* rapporto contrattuale, quanto nel caso che devolvano agli arbitri la decisione delle controversie derivanti da un *determinato* rapporto non contrattuale⁽⁸⁾. Parimenti criticato era anche l'altro argomento secondo cui la limitazione della clausola compromissoria alle sole controversie *ex contractu* sarebbe imposta dalla necessità di impedire una rinuncia eccessivamente ampia alla giurisdizione dello Stato: l'impegno dei compromettenti a devolvere ad arbitri le controversie derivanti da un determinato rapporto non contrattuale non può certo considerarsi più gravoso, sia sotto il profilo patrimoniale, sia sotto quello temporale, del vincolo assunto con una clausola compromissoria per liti contrattuali.

In ambito giurisprudenziale, si registrava un atteggiamento di sostanziale sfavore per la compromettibilità di tali controversie. Le pronunce favorevoli alla estensione della clausola compromissoria alle liti non contrattuali costituivano una sparuta minoranza. In un caso, per esempio, si è ritenuto che fosse coperta dalla clausola compromissoria una questione patrimoniale in tema di separazione fra coniugi⁽⁹⁾; in un altro caso che la clausola copre anche l'azione diretta a far valere la responsabilità dell'appaltatore *ex art. 1669 c.c.*⁽¹⁰⁾ o la domanda relativa a prestazioni effettuate da una parte dopo la scadenza del contratto⁽¹¹⁾.

OGGETTO DELLA CONVENZIONE E DETERMINATEZZA DEL RAPPORTO.

1. Oggetto della convenzione e oggetto del processo arbitrale.

La convenzione di arbitrato in materia non contrattuale, come pure la clausola compromissoria e il compromesso, devono contenere l'indicazione dell'oggetto. Generalmente si afferma che oggetto della convenzione arbitrale non è la situazione sostanziale devoluta in arbitri, ma la "prestazione" dedotta in contratto, vale a dire il «fascio di situazioni giuridiche soggettive strumentali

⁽⁸⁾ In questi termini, FESTI, *La clausola compromissoria*, cit., 195.

⁽⁹⁾ Cfr. Cass., 12 agosto 1954, n. 2942.

⁽¹⁰⁾ App. Torino, 15 aprile 2003, in *Giur. mer.*, 2003, 2430.

⁽¹¹⁾ Cass., 7 maggio, 1963, n. 1119, in *Giur. it.*, 1964, I, 1, 819 ss., con nota contraria di SCHIZZEROTTO.

(poteri, soggezioni, oneri, doveri nel processo arbitrale) che vengono costituite in capo alle parti»⁽¹²⁾. Sennonché, se è innegabile che l'oggetto della convenzione di arbitrato sia altro dall'oggetto del processo arbitrale, altrettanto innegabile è che tra i due elementi sussista una stretta connessione, almeno nel senso che «le caratteristiche di «compromettibilità» che devono essere possedute dal primo (la controversia), [...] sono comuni a quelle che non possono mancare nel secondo (la situazione soggettiva devoluta alla cognizione degli arbitri): identico, in altre parole, è il loro ambito di operatività»⁽¹³⁾. Ebbene -e qui sta il punto- dopo l'intervento riformatore del 2006, la nozione di oggetto del giudizio arbitrale enucleabile dal contesto normativo sembrerebbe aver assunto un significato diverso e più ampio rispetto al passato. A fronte, infatti, di una legge delega che chiaramente prescriveva «la disponibilità dell'oggetto come unico e sufficiente presupposto dell'arbitrato», il legislatore delegato, con esercizio di non trascurabile *jus variandi*, ha ritenuto non solo di tradurre il riferimento all'«oggetto» contenuto nella delega in quello più contenuto alla indisponibilità dei «diritti», ma ha anche ammesso l'arbitrato su tutte le «controversie [...] che non abbiano per oggetto diritti indisponibili», dimostrando di preferire quella che alla luce della delega appariva l'opzione meno scontata se raffrontata alla indisponibilità dell'oggetto o alla disponibilità dei singoli diritti controversi, pure praticabili nella prospettiva del delegante. La novità è foriera di implicazioni pratiche. A meno, infatti, di non voler sostenere che il piano delle controversie che non hanno ad oggetto diritti indisponibili sia perfettamente sovrapponibile a quello delle liti relative a diritti disponibili, «diviene inevitabile ritenere che un conto è prevedere l'arbitrato per le sole liti su diritti disponibili, ed altro conto è ammettere l'arbitrato per tutte le liti che non riguardano diritti indisponibili. Con la seconda opzione, il ricorso agli arbitri, anziché essere limitato alle controversie su diritti disponibili, può aversi anche in tutti quei casi in cui non si versi nelle ipotesi classiche di diritti indisponibili»⁽¹⁴⁾. Una simile lettura è confermata *a contrario* anche dal nuovo testo dell'art. 806 c.p.c., il quale, non contenendo più il riferimento alle «controversie che non possono formare oggetto di transazione»,

⁽¹²⁾ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Commento all'art. 806*, in

⁽¹³⁾ Cfr., sia pure con riferimento alla clausola compromissoria, FERRO, *La clausola compromissoria*, in AA.VV., *L'arbitrato. Profili sostanziali*, rassegna coordinata da Alpa, Torino, 1999, II, 609 ss., spec. 632.

⁽¹⁴⁾ NELA, *Commento all'art. 806 (Controversie arbitrabili)*, in *Le recenti riforme del processo civile*, a cura di Chiarloni, II, Bologna, 2007, 1589.

rende adesso impraticabile il rinvio ai «*diritti* che formano oggetto della lite» (art. 1966, 1° comma, c.c.) -rinvio che un tempo consentiva di circoscrivere alle posizioni di diritto soggettivo l'area delle controversie arbitrabili-, con la conseguenza che finisce per «mancare ogni positiva indicazione nel senso che deve trattarsi, comunque, di «*diritti*»⁽¹⁵⁾. Va aggiunto poi che controversie arbitrabili, per l'art. 808-*bis*, sono pure quelle «relative a uno o più rapporti non contrattuali determinati», cioè «da fatto illecito o da ogni altro atto o fatto idoneo a produr[re obbligazioni] in conformità dell'ordinamento giuridico», e che per l'art. 806 il ricorso all'arbitrato può essere impedito finanche nell'ambito delle situazioni che sono disponibili, richiedendosi però che tale limitazione abbia sempre carattere legislativo ed esplicito («salvo espresso divieto di legge»).

In sintesi, dunque, all'esito dell'intervento del 2006 la situazione sostanziale arbitrabile è venuta ad assumere le seguenti caratteristiche: *a*) non deve trattarsi di un diritto indisponibile; *b*) pur non trattandosi di un diritto indisponibile, può esserne impedita *ex lege* la compromettibilità in arbitrato.

Questa nuova perimetrazione delle controversie che possono essere deferite al giudizio di arbitri sembrerebbe in primo luogo fugare i residui dubbi circa la compromettibilità delle controversie relative a interessi legittimi: posto che la limitazione all'arbitrabilità delle controversie relative a situazioni soggettive diverse dai diritti indisponibili ha da essere sempre legislativa ed espressa, l'interesse legittimo non può venire escluso in via pregiudiziale dal novero delle posizioni arbitrabili, dovendosene viceversa presumere l'arbitrabilità salvo diversa disposizione di legge. Allo stesso modo devono considerarsi generalmente compromettibili in arbitrato le controversie su «questioni» nonché quelle su fatti.

2. *La determinatezza del rapporto non contrattuale.*

Quando l'art. 808-*bis* richiede che il rapporto non contrattuale sia determinato, non fa riferimento a criteri economici o sociologici, bensì ad un preciso criterio giuridico: il rapporto è determinato quando ne sono indicati gli elementi identificativi, vale a dire quegli elementi che valgono a distinguerlo da

⁽¹⁵⁾ V. per questi rilievi AULETTA, *Oggetti nuovi di arbitrato? Prime note sopra un emergente «diritto processuale privato»*, in *Sull'arbitrato - Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 35 ss. Altri Autori avevano già evidenziato, all'indomani dell'entrata in vigore del decreto di riforma, la deviazione rispetto al modello della delega da parte del legislatore delegato. Tra tutti, v. CAPPONI, *Contro il divieto di arbitrato su diritti indisponibili*, in *Giur. it.*, 2006, 1785 ss.

ogni altra situazione giuridica soggettiva⁽¹⁶⁾. Di qui la necessità di distinguere le differenti tipologie di situazioni giuridiche a seconda che per la loro identificazione sia necessaria (rapporti eterodeterminati) oppure no (rapporti autodeterminati) l'indicazione del relativo titolo d'acquisto⁽¹⁷⁾. Riguardo alla prima categoria di rapporti, la convenzione arbitrale per liti future relative ad un rapporto non contrattuale ha oggetto determinato se contiene l'indicazione dei soggetti del rapporto e del bene giuridico; non è invece necessaria l'indicazione del titolo del rapporto, che potrebbe essere costituito da uno qualsiasi dei titoli di acquisto non contrattuale. Nell'ambito dei rapporti appartenenti alla seconda categoria (cc.dd. rapporti eterodeterminati), bisogna invece distinguere le ipotesi in cui il diritto di credito è l'effetto di un più ampio rapporto complesso, sia esso un rapporto obbligatorio o un rapporto di carattere assoluto, dalle ipotesi in cui l'obbligazione è l'effetto di un rapporto giuridico semplice, con il quale si identifica. Nelle ipotesi del primo tipo, il rispetto del requisito di determinatezza è assicurato dal rinvio operato dalla convenzione al rapporto da cui ha avuto origine l'obbligazione. Nelle ipotesi del secondo tipo, invece, non essendo le parti in grado di determinare il rapporto prima della sua venuta ad esistenza, il patto compromissorio potrebbe in concreto contenere solo una mera indicazione della tipologia di rapporti per i quali le parti vogliono istituire la competenza degli arbitri (*i.e.* tutte le future azioni di ingiustificato arricchimento), ma una tale soluzione sarebbe in contrasto con l'art. 808-*bis* c.p.c., che ai fini della determinabilità della controversia non contrattuale esige in ogni caso l'indicazione nella convenzione del fatto storico generatore della pretesa. L'osservanza del requisito della determinatezza del rapporto è allora garantita dal riferimento contenuto nella convenzione di arbitrato al rapporto contrattuale esistente tra le parti, che funge quindi da generatore anche delle pretese non aventi propriamente origine in esso.

In sintesi, la convenzione di arbitrato non contrattuale può essere utilizzata nelle seguenti ipotesi: *a)* controversie future insorgenti tra soggetti legati esclusivamente da un rapporto non contrattuale; *b)* controversie future insorgenti

⁽¹⁶⁾ MOTTO, *op. cit.*, 530.

⁽¹⁷⁾ Sui criteri di individuazione della domanda giudiziale, v. GIANNOZZI, *La modificazione della domanda nel processo civile*, Milano, 1958; FERRI, *Struttura del processo e modificazione della domanda*, Padova, 1975; CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da Allorio, II, 1, Torino, 1980, 177 ss.; MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano 1987, 207 ss., 218 ss. e 224; CONSOLO, *Domanda giudiziale*, in *Dig. disc. priv.*, VII, Torino, 1991, 72 ss.

tra soggetti legati da un rapporto di natura contrattuale, allorché al contratto non sia stata apposta la clausola compromissoria. Ove invece le parti abbiano apposto al contratto la clausola compromissoria, questa consentirà di estendere la competenza degli arbitri a tutte le controversie relative al “rapporto”(art. 808-*quater*), comprese quelle non aventi titolo nel contratto.

3. *Il patto compromissorio omnibus.*

Altro problema attinente alla determinatezza del rapporto è quello relativo all'ammissibilità del patto compromissorio *omnibus*. E' definito così il patto con il quale le parti rimettono alla decisione degli arbitri ogni possibile controversia che dovesse in futuro insorgere tra loro, o comunque ogni possibile controversia relativa ad un particolare ambito della vita sociale od economica (es.; tutte le controversie derivanti da fatto illecito dannoso). La dottrina, pressoché all'unanimità⁽¹⁸⁾, esclude che detto patto possa essere ammesso nel nostro ordinamento, perché esso si pone in contrasto con l'art. 1346 c.c., che stabilisce che l'oggetto del contratto deve essere determinato o determinabile, e con l'art. 29 c.p.c., il quale impone che il patto di deroga alla competenza del giudice debba avere ad oggetto un rapporto determinato. La soluzione va senz'altro condivisa. Quando infatti il legislatore richiede che il rapporto non contrattuale sia determinato, esso vuole assicurare che la deroga alla giurisdizione statale operi rispetto a specifici rapporti giuridici, e non ad un insieme indifferenziato di situazioni sostanziali, accomunate soltanto dall'appartenenza ad un identico tipo normativo. Ora, l'indicazione dei rapporti sulla base della loro qualificazione normativa comporta che una serie di rapporti giuridici, indeterminati al momento della pattuizione compromissoria, vengano deferiti in arbitri in virtù del dato, invero estrinseco, della loro riconducibilità al tipo giuridico avuto di riferimento dalle parti. E' chiaro, però, che in questo modo si realizza esattamente l'effetto

⁽¹⁸⁾ A quanto consta, sono appena tre gli autori che mostrano qualche apertura nei confronti dell'ammissibilità di un patto compromissorio *omnibus*: v. FERRO, *La clausola compromissoria*, cit., 637, per il quale «non dovrebbero esistere ostacoli sistematici ad una tale «estrema» disposizione dell'autonomia privata, soprattutto in considerazione della costante rivisitazione dell'istituto arbitrale nella direzione tendenziale di una sempre maggiore ampiezza dello spettro della sua operatività»; RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, cit., 322, il quale, pur avvertendo che «escludere tale facoltà appare in contrasto con il principio della autonomia contrattuale», precisa subito dopo che «è d'obbligo la cautela», e ROCCO, *Trattato di dir. proc. civ.*, 2, I, Torino, 1966, 147, che afferma che «la prudente tutela degli interessi dei cittadini consiglia di lasciar loro la facoltà di abdicare, senza riserve ed in modo generale, alla garanzia che offrono le istituzioni giudiziarie dello Stato, per affidarsi a quella di giudici privati».

che la norma mira ad evitare⁽¹⁹⁾). Peraltro, se si ritenesse sufficiente, ai fini della determinazione del rapporto giuridico non contrattuale, la sua qualificazione giuridica, si avrebbe la paradossale conseguenza che l'identico diritto di credito sarebbe, di volta in volta, ricompreso o escluso dall'ambito di efficacia della convenzione arbitrale a seconda della prospettazione in diritto del fatto storico generatore fatta dalle parti.

FORMA, CAPACITÀ E LIMITI SOGGETTIVI.

1. *Il requisito della forma scritta della convenzione di arbitrato in materia non contrattuale: forma ad substantiam o forma ad probationem?*

Il secondo comma dell'art. 808-bis, in modo identico a quanto previsto dall'art. 808, 1° comma, per la clausola compromissoria, reca la previsione secondo cui «la convenzione deve risultare da atto avente la forma richiesta per il compromesso dall'art. 807». Si ripropone, anche in relazione alla convenzione non contrattuale per liti future, la mai sopita *querelle* circa la forma richiesta per la stipula della clausola compromissoria, se cioè sia necessaria la forma scritta *ad substantiam* o sia al contrario sufficiente la forma scritta *ad probationem*. La disputa, come si ricorderà, era stata occasionata *sub Julio* dall'introduzione, nel corpo del vecchio testo dell'art. 808, comma primo, c.p.c., dell'espressione «deve risultare»⁽²⁰⁾, che secondo alcuni commentatori era la dimostrazione che il legislatore aveva voluto sottrarre la clausola compromissoria al rigore formale imposto per il compromesso dall'art. 807 c.p.c., il quale, oggi come ieri, prescrive invece che «il compromesso deve [...] essere fatto per iscritto»⁽²¹⁾.

Senonché, dagli stessi sostenitori della tesi si è sostenuto che sarebbe irragionevole prevedere per chi stipula un compromesso condizioni più rigide di quelle prescritte per la stipula di una convenzione di arbitrato in materia non contrattuale o di una clausola compromissoria, giacché con queste ultime -e non con il compromesso- i compromittenti si impegnano a sottrarre al giudice dello

⁽¹⁹⁾ L'esempio è di MOTTO, *op. cit.*, 530-531.

⁽²⁰⁾ Come rileva FESTI, *La clausola compromissoria*, Milano, 2001, 209, nota 11, l'espressione "risultare" viene adoperata dal legislatore anche in relazione ad altre fattispecie, quali quelle degli artt. 2787, comma terzo, c.c. e 1524, comma primo, c.c. Sempre in nota, l'A. rinvia ad ulteriori contributi specialistici per le necessarie informazioni sul significato di "risultanza" in tema di forma.

⁽²¹⁾ PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, 2000, I, 192.

Stato la decisione di controversie di cui, al tempo della stipula, non sono in grado di apprezzare la gravità⁽²²⁾. Sempre nella medesima direzione, si è giustamente osservato che sarebbe quantomeno inopportuno prevedere che negozi produttivi di medesimi effetti giuridici siano sottoposti ad un diverso regime di forma. L'insegnamento tradizionale è che, a parità di effetti, i negozi giuridici hanno i medesimi requisiti di forma⁽²³⁾. In definitiva, la conclusione che a noi appare preferibile è che la stipula della convenzione di arbitrato in materia non contrattuale richieda sempre l'adozione della forma scritta *ad substantiam*.

2. *Le modalità atte a soddisfare il requisito di forma.*

La convenzione può essere conclusa nella forma della scrittura privata (art. 2702 c.c.), anche non autenticata, o dell'atto pubblico (art. 2699 c.c.), oppure attraverso lo scambio di documenti separati, sottoscritti rispettivamente da ciascuna parte. E' altresì ammissibile una convenzione arbitrale contenuta in un atto diverso da quello dal quale risulti il rapporto giuridico devoluto in arbitri, nel qual caso è necessario che il rapporto sia determinato, stante il vincolo di determinatezza imposto dall'art. 808-bis c.p.c. Quest'ultima norma si limita infatti a richiedere che il rapporto sia determinato, per cui non è escluso che la convenzione possa essere formata anche prima della venuta ad esistenza del rapporto. Accanto all'atto pubblico e alla scrittura privata, la legge dell'arbitrato consente che anche altri documenti rappresentino la volontà compromissoria. Il secondo comma dell'art. 807 c.p.c., ripetendo la formula previgente ricalcata sull'art. 1, comma 2, della Convenzione di Ginevra del 1961, stabilisce che «la forma scritta s'intende rispettata anche quando la volontà delle parti è espressa per telegrafo, telescrivente, telefacsimile o messaggio telematico», a condizione che sia rispettata «la normativa, anche regolamentare, concernente la ricezione e la trasmissione dei documenti teletrasmessi». La disposizione si applica al

⁽²²⁾ Cfr. RUFFINI, *Patto compromissorio*, in *Riv. arb.*, 2005, 711 ss., spec. 719, che intravede nella suddetta aporia una violazione dell'art. 3 della Costituzione. *Contra* FESTI, *La clausola compromissoria*, cit., 232 che invece ritiene, sia pur con riferimento alla disciplina della clausola compromissoria contenuta nel vecchio testo dell'art. 808 c.p.c., che il verbo "risultare" potrebbe essere stato utilizzato in questo contesto nel suo significato atecnico, per alludere ai casi in cui «la clausola sia contenuta, anziché in un atto ad essa specificamente destinato, in un documento dal contenuto più ampio, qual è, ad esempio, il contratto avente ad oggetto il regolamento sostanziale del rapporto da cui dovrebbero insorgere le liti da dirimere in arbitri». L'A. precisa in nota 16 che proprio questo è il significato attribuito al verbo "risultare" nell'art. 2789, primo comma, c.p.c.

⁽²³⁾ MOTTO, *La convenzione*, cit., 516 ss.

compromesso, per dizione espressa, ma anche alla clausola compromissoria e alla convenzione di arbitrato in materia non contrattuale, nonostante il silenzio della legge.

La convenzione arbitrale può inoltre formarsi per fatti concludenti. Con il nuovo art. 817, 2° comma, c.p.c., è stato infatti stabilito che la parte che non eccepisce nella prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri l'incompetenza di questi per inesistenza, invalidità o inefficacia della convenzione di arbitrato, non può per questo motivo impugnare il lodo, salvo il caso di controversia inarbitrabile. La disposizione sembra sancire la definitiva consacrazione di un tipo di convenzione arbitrale a formazione progressiva, la quale viene ad affiancarsi alla tradizionale convenzione di arbitrato stipulata per iscritto. All'inerzia del convenuto può infatti attribuirsi il significato di consenso tacito alla proposta di convenzione proveniente dall'attore con la proposizione della domanda di arbitrato. Non può accettarsi, per contro, la soluzione proposta da alcuni commentatori, secondo cui la mancata eccezione produce soltanto una decadenza processuale: se questo fosse vero, la regola dell'art. 817, terzo comma, dovrebbe applicarsi anche quando la parte, legittimata a sollevare l'eccezione, non ha preso parte attiva al procedimento arbitrale: il che non è accettabile, perché costringerebbe la parte, chiamata in arbitrato, a costituirsi in quella sede per far rilevare la non decidibilità nel merito della domanda proposta dall'attore.

3. *La capacità richiesta per la stipula della convenzione non contrattuale.*

L'art. 808-bis non contiene alcuno specifico riferimento alla capacità prevista per la stipula della convenzione di arbitrato in materia non contrattuale. Rispetto al passato, la novella del 2006 ha decretato la scomparsa della disposizione contenuta nel terzo comma dell'art. 807 c.p.c., secondo la quale al compromesso si applicavano «le disposizioni che regolano la validità dei contratti eccedenti l'ordinaria amministrazione», mentre ha conservato la disposizione - oggi contenuta nell'art. 808, 2° comma- secondo cui «il potere di stipulare il contratto comprende il potere di convenire la clausola compromissoria». In sintesi, la situazione attuale è la seguente: per quanto riguarda la clausola compromissoria, il legislatore prescrive un requisito di capacità che è uguale a quello stabilito in precedenza. Per quanto riguarda il compromesso e la

convenzione di arbitrato non contrattuale, il legislatore non dispone nulla, per cui le opzioni da scegliere sono due: o si ritiene che per la convenzione non contrattuale valgano le stesse regole dettate per il compromesso, oppure si estende alla convenzione in materia non contrattuale la disciplina dettata per la clausola compromissoria. Se si opta per la prima alternativa, devono ritenersi applicabili le regole dettate in materia di compromesso, per cui, venuto meno, come si è detto, il terzo comma dell'art. 807 c.p.c., i requisiti di capacità richiesti per la stipula di questo accordo sono i medesimi requisiti di capacità richiesti per il compimento degli atti di ordinaria amministrazione, fatte salve le specifiche norme che assoggettano il compromesso a speciali requisiti di capacità⁽²⁴⁾. Se, invece, si opta per la seconda alternativa, il requisito di capacità richiesto per la stipula della convenzione non contrattuale è quello prescritto per la conclusione della clausola compromissoria dall'art. 808, 2° secondo, a norma del quale la capacità richiesta per la stipula della clausola varia in relazione all'operazione negoziale posta in essere⁽²⁵⁾.

La nostra convinzione è che per definire i requisiti di capacità richiesti per la stipula della convenzione arbitrale non contrattuale sia necessario prescindere dal riferimento al potere di disposizione del rapporto oggetto della convenzione. Alla base di questa convinzione vi è la constatazione che il patto compromissorio non produce alcun effetto di disposizione del diritto sostanziale, ma determina soltanto una deroga alla giurisdizione statale in favore del giudizio arbitrale, esattamente come il lodo, che, a differenza del negozio, non implica la disposizione del diritto oggetto del giudizio arbitrale. La lite è infatti risolta dagli arbitri non già mediante la disposizione, in via negoziale, del rapporto controverso, bensì attraverso l'accertamento della volontà di legge nel caso concreto. Il lodo, come la sentenza, dichiara la regola di condotta delle parti intorno ad un bene della vita, e tale

⁽²⁴⁾ Cfr. MIRABELLI, *La capacità a compromettere in arbitri*, in *Riv. arb.*, 1994, 215 ss., ove sono riportati numerosi casi in cui il compromesso è atto eccedente l'ordinaria amministrazione. Solo per citarne alcuni, si pensi ai casi in cui il negozio o l'affare è gestito dal genitore (art. 320 c.c.), dal tutore (art. 424 c.c.) o dall'istitutore (art. 2204 c.c.), ovvero dal minore che non ha il pieno esercizio dei suoi diritti (minore emancipato: art. 394 c.c.) o da uno dei coniugi in regime di comunione legale (art. 180 c.c.).

⁽²⁵⁾ Nello stesso senso, MOTTO, *La convenzione di arbitrato*, cit., 517, il quale nega che nella scelta tra le due opzioni possa aver giocato un qualsiasi ruolo il contenuto della legge delega approvata dal Parlamento. Questa, infatti, non conteneva alcun riferimento alla convenzione di arbitrato in materia non contrattuale, che resta una creazione del legislatore delegato, per cui si deve ipotizzare che quando faceva riferimento alla necessità di «un unico criterio di capacità, riferito al potere di disporre in relazione al rapporto controverso» volesse riferirsi unicamente al compromesso e alla clausola compromissoria.

dichiarazione assume i caratteri della stabilità ed incontestabilità propri del giudicato sostanziale⁽²⁶⁾.

Posto dunque che la stipula della convenzione di arbitrato non comporta la disposizione dei diritti scaturenti dal rapporto sostanziale e che il *dictum* arbitrale non attua alcuna disposizione della situazione giuridica oggetto della convenzione, se ne deve trarre che, al fine di deferire in arbitrato una controversia, non sono necessari i medesimi requisiti di capacità richiesti per l'operazione negoziale oggetto della pattuizione compromissoria⁽²⁷⁾. Pertanto, la correlazione tra capacità di disporre e capacità a compromettere in arbitri stabilita dall'art. 808 in relazione alla clausola compromissoria non ha valore di regola generale, ma di regola speciale, che si giustifica in virtù della particolare relazione esistente tra la clausola e il contratto; ne consegue che i requisiti di capacità richiesti per la conclusione della convenzione di arbitrato in materia non contrattuale non sono quelli prescritti dall'art. 808 c.p.c. per la stipula della clausola compromissoria, bensì quelli stabiliti per il compimento degli atti di ordinaria amministrazione, come avviene per il compromesso.

5. *I limiti soggettivi della convenzione arbitrale non contrattuale: legittimazione a compromettere, cessione del credito non contrattuale e successione mortis causa nel rapporto compromissorio.*

Il tema dei limiti soggettivi del patto compromissorio è cruciale perché interferisce con l'esercizio del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost. e con la questione dell'arbitrato obbligatorio. I profili che vengono in rilievo sono essenzialmente due. Il primo è quello della legittimazione a disporre: può un soggetto stipulare una convenzione di arbitrato su materia non contrattuale anche se non è titolare del diritto ivi ricompreso? Il secondo profilo è quello della "circolazione" del vincolo compromissorio: colui che succede nella situazione giuridica soggettiva è vincolato alla convenzione arbitrale stipulata dal titolare originario del diritto?

⁽²⁶⁾ Per gli effetti di sentenza del lodo rituale che si producono però in misura circoscritta alle parti del procedimento, v. AULETTA, *Commento all'art. 824 bis c.p.c.*, in *Riforma del diritto arbitrale*, cit., 1396 ss.

⁽²⁷⁾ Per queste considerazioni si rinvia a MOTTO, *Le controversie arbitrabili alla luce della riforma dell'arbitrato del 2006 (art. 806 c.p.c.)*, in *Commentario alle riforme del processo civile, Arbitrato*, a cura di Briguglio e Capponi, III, cit., 516 ss.

Riguardo al tema della legittimazione a compromettere, è possibile affermare che per la convenzione di arbitrato in materia non contrattuale, come per le altre convenzioni arbitrali, valga il principio secondo cui, chi si afferma titolare del rapporto giuridico, o chi ne ha la legittimazione a disporre, può legittimamente stipulare il patto compromissorio. Per venire ai casi concreti, un esempio di legittimazione straordinaria è dato dalla sostituzione sostanziale, nella quale si verifica un allargamento del patto compromissorio a soggetti diversi da quelli che sono i titolari della situazione sostanziale. Non è invece un caso di legittimazione straordinaria la sostituzione processuale: «ove il terzo sia legittimato ad agire in via straordinaria (il creditore in via surrogatoria, ad esempio), non gli è data la legittimazione a compromettere»⁽²⁸⁾, giacché per poter deferire ad arbitri una controversia non basta essere provvisti di un generico potere di interferire nella sfera altrui.

Anche la circolazione della convenzione di arbitrato in materia non contrattuale non pone problemi diversi da quelli che normalmente si pongono per la clausola compromissoria. Chi acquista un credito non contrattuale soggiace al vincolo compromissorio allo stesso modo di chi acquisti un credito contrattuale. E' stato efficacemente detto che «non è [...] l'origine contrattuale del credito a determinare il trasferimento della convenzione arbitrale, bensì il carattere strumentale di quest'ultima, che attiene alla scelta del mezzo di tutela del diritto sostanziale ceduto»⁽²⁹⁾. Naturalmente, affinché la convenzione di arbitrato sia operante, occorre, come per la clausola compromissoria, *a*) che l'acquisto del diritto avvenga a titolo derivativo; *b*) che vi sia perfetta corrispondenza tra la situazione sostanziale oggetto della cessione e quella assistita dalla convenzione; *c*) che siano rispettate le regole che rendono opponibili gli atti ai terzi, e dunque che la convenzione di arbitrato in materia non contrattuale abbia data certa anteriore al trasferimento⁽³⁰⁾.

Diversi dai casi appena esaminati sono le ipotesi di successione *mortis causa* nel rapporto compromissorio: qui bisogna stabilire se l'erede subentri o meno nella convenzione arbitrale non contrattuale stipulata dal *de cuius*. Per parte nostra, riteniamo che possa valere la considerazione già svolta per la cessione del credito non contrattuale: non è l'origine contrattuale o non contrattuale del rapporto a

⁽²⁸⁾ ZUCCONI GALLI FONSECA, *cit.*, 50.

⁽²⁹⁾ ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione d'arbitrato*, *cit.*, 155.

⁽³⁰⁾ ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione d'arbitrato*, *cit.*, 155.

determinare il trasferimento della convenzione arbitrale, bensì il carattere strumentale di quest'ultima, che attiene alla scelta del mezzo di tutela della situazione sostanziale ceduta. Un eventuale impedimento alla trasmissione potrebbe derivare dalla necessità di stipulare la convenzione di arbitrato per iscritto. La giurisprudenza ha però chiarito che perché si verifichi la successione dell'erede nel rapporto compromissorio, non è indispensabile l'accettazione dell'eredità espressa per iscritto, ma appare sufficiente l'accettazione tacita (art. 476 c.c.) o l'acquisto *ope legis* di cui all'art. 485, 3° comma, c.c.⁽³¹⁾.

I POSSIBILI UTILIZZI DELLA CONVENZIONE DI ARBITRATO NON CONTRATTUALE.

L'ambito di operatività della convenzione arbitrale non contrattuale è esteso ed eterogeneo. Qui di seguito sono elencate alcune fattispecie nelle quali la convenzione può trovare valido impiego:

- a) controversie in materia di diritti reali: controversie tra proprietari di fondi contigui, controversie tra proprietario e titolare di un diritto reale minore non costituito per contratto (usufrutto, servitù, enfiteusi, uso e abitazione)⁽³²⁾;
- b) controversie in materia di condominio, a condizione però che i condomini non abbiano adottato un regolamento contrattuale, «in relazione al quale, oggi come ieri, a venire in considerazione sarebbe la stipula di una clausola compromissoria a norma dell'art. 808»⁽³³⁾;
- c) controversie relative alla responsabilità dell'appaltatore per gravi difetti della costruzione *ex art. 1669 c.c.* (ove si aderisce alla tesi prevalente in giurisprudenza della natura extracontrattuale di questo tipo di responsabilità);
- d) controversie relative ai marchi, ai segni distintivi e, in generale, agli atti di concorrenza sleale;

⁽³¹⁾ Cass., 28 marzo 1969, n. 1011, in *Giur. It.*, 1969, I, 1, 1694.

⁽³²⁾ Per la compromettibilità di questo genere di controversie, v. CAVALLINI, *L'arbitrato rituale. Clausola compromissoria e processo arbitrale*, Milano, 2009, 58-59; MOTTO, *La convenzione*, cit., 532; CARPI, *Libertà e vincoli nella recente evoluzione dell'arbitrato*, in *Libertà e vincoli nella recente legislazione dell'arbitrato*, cit., 13 ss.; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Commento all'art. 808-bis*, in *Riforma del diritto arbitrale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2007, 1178. Per il passato, v. REDENTI, *Compromesso (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1959, 788.

⁽³³⁾ MOTTO, *La convenzione di arbitrato*, cit., 535.

- e) controversie in materia di danno da prodotto difettoso: a mezzo di tale convenzione possono essere deferite ad arbitri le controversie insorgenti tra produttore e consumatore⁽³⁴⁾;
- f) controversie tra privati e pubblica amministrazione. I recenti interventi della Corte Costituzionale (sentenze n. 204/2004 e n. 191/2006) hanno riaffermato il principio per il quale la giurisdizione su diritti del giudice speciale deve ritenersi limitata ad ipotesi in cui si assiste all'esercizio del potere autoritativo da parte dell'amministrazione; poiché tali diritti non hanno fondamento in un contratto, l'arbitrato può essere fondato proprio sulla convenzione di arbitrato regolata dall'art. 808-bis, stipulata tra privato e pubblica amministrazione anteriormente al sorgere della controversia⁽³⁵⁾;
- g) liti successorie: si tratta delle controversie che sorgono dopo l'apertura della successione tra i soggetti che partecipano a vario titolo alla stessa (eredi, legatari, esecutore testamentario, etc.);

E' invece dubbio che possano costituire oggetto della convenzione arbitrale non contrattuale le controversie derivanti da "contatto sociale"(controversie tra medico del servizio sanitario nazionale e paziente, controversie tra le parti dell'affare e il mediatore, controversie tra precettore e soggetti sottoposti alla sua vigilanza): qui, secondo la giurisprudenza, il rapporto tra le parti ha natura contrattuale, il che significa probabilmente che le eventuali controversie che ne possono derivare sono devolute ad arbitri mediante la sola clausola compromissoria.

⁽³⁴⁾ In questo senso, MOTTO, *La convenzione di arbitrato*, cit., 536.

⁽³⁵⁾ LUISO-SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, 2006, 260-261; LUISO, *Diritto processuale civile. IV. I processi speciali*, IV, Milano, 2007, 377.