

**LIBERA UNIVERSITÀ INTERNAZIONALE DEGLI STUDI
SOCIALI GUIDO CARLI**

**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. 2008/2009

A Elze

INDICE SOMMARIO

CAPITOLO I

INQUADRAMENTO DEL PROBLEMA E ANALISI DELLA DOTTRINA E DELLA
GIURISPRUDENZA ANTERIORE ALL'ULTIMA NOVELLA DELL'ARBITRATO
(D.LGS. 2 FEBBRAIO 2006, N. 40).

1. Premessa.....	6
2. Cenni alle differenze di oggetto fra le tre <i>species</i> di convenzione di arbitrato..	7
3. Cenni alla determinatezza del rapporto quale presupposto di validità della convenzione di arbitrato in materia non contrattuale.....	10
4. La compromettibilità delle liti future non contrattuali nel sistema normativo anteriore all'entrata in vigore del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 e la tesi della non determinabilità dell'oggetto della convenzione arbitrale.....	11
4.1. Segue: L'argomento che fa leva sulla necessità di impedire una rinuncia eccessivamente ampia alla giurisdizione dello Stato.....	13
5. La dottrina favorevole alla compromettibilità delle controversie future non contrattuali: critica alla tesi che reputa nulla la convenzione per indeterminatezza dell'oggetto.....	14
5.1. Segue: Critica all'argomento secondo cui la compromettibilità delle controversie future non contrattuali avrebbe comportato una rinuncia eccessivamente ampia alla giurisdizione dello Stato.....	16
5.2. Segue: Critica all'argomento che faceva leva sul dato testuale emergente dal vecchio testo dell'art. 808 c.p.c., primo comma («controversie nascenti dal contratto».).....	17
6. Cenni alle soluzioni date dalla giurisprudenza al problema della compromettibilità delle controversie future non contrattuali.....	16

CAPITOLO II

OGGETTO DELLA CONVENZIONE ARBITRALE E DETERMINATEZZA DEL
RAPPORTO.

SEZIONE I

L'OGGETTO DELLA CONVENZIONE ARBITRALE.

1. La nuova limitazione all'arbitrabilità delle controversie.....	20
2. Gli interessi legittimi.....	23
3. L'arbitrato su "questioni".....	26
4. Le controversie su fatti.....	29

SEZIONE II

LA DETERMINATEZZA DEL RAPPORTO NON CONTRATTUALE

1. La determinatezza del rapporto quale presupposto di validità della convenzione di arbitrato per liti future.....	31
---	----

2. Gli elementi che rendono “determinato” il rapporto giuridico non contrattuale: la distinzione tra diritti autodeterminati e diritti eterodeterminati.	33
2.1. Segue: I diritti autodeterminati (diritti reali e diritti di credito a prestazioni di specie).....	35
2.2.. Segue: I diritti eterodeterminati (casi in cui l’obbligazione è l’effetto di un più ampio rapporto giuridico complesso; casi in cui l’obbligazione deriva da un rapporto giuridico semplice).....	37
3. Segue: Critica della tesi secondo cui, in presenza della clausola compromissoria, la cognizione degli arbitri è circoscritta alle pretese aventi titolo nel contratto.	39
4. Il patto compromissorio omnibus.	43
5. L’inammissibilità del patto compromissorio omnibus per contrasto con l’art. 1346 c.c.	46

CAPITOLO III

I POSSIBILI IMPIEGHI DELLA CONVENZIONE DI ARBITRATO IN MATERIA NON CONTRATTUALE.

1. Controversie in materia di diritti reali e tutela possessoria.....	52
2. Le controversie in materia di condominio.	56
3. Controversie derivanti da una relazione socialmente tipica (o rapporti contrattuali di fatto).....	58
4. Controversie aventi ad oggetto il risarcimento del danno derivante da prodotto difettoso.	60
5. La convenzione arbitrale non contrattuale nel diritto successorio.....	61
5.1. La stipula della convenzione non contrattuale tra i partecipanti alla successione.....	63
5.2. La partecipazione alla successione dell’esecutore testamentario e del curatore dell’eredità giacente.....	65
6. Le controversie tra i privati e la pubblica amministrazione.....	66
7. Le controversie relative alla responsabilità dell’appaltatore <i>ex art. 1669 c.c.</i> ...	69
8. Le controversie in materia di concorrenza sleale e di segni distintivi.	71
9. Le controversie di ripetizione dell’indebito e di ingiustificato arricchimento per prestazioni eseguite a fronte di un contratto nullo, invalido o inefficace.	72

CAPITOLO IV

FORMA, CAPACITÀ E LIMITI SOGGETTIVI DELLA CONVENZIONE DI ARBITRATO NON CONTRATTUALE

SEZIONE I

LA FORMA DELLA CONVENZIONE NON CONTRATTUALE

1. Il requisito della forma scritta della convenzione di arbitrato in materia non contrattuale: forma <i>ad substantiam</i> o forma <i>ad probationem</i> ?.....	75
2. Le modalità atte a soddisfare il requisito di forma.	78
3. Gli strumenti tecnologici di formazione e trasmissione dei documenti.....	81

4. Il messaggio telematico.....	11
5. La formazione della convenzione per facta concludentia: La soluzione del problema alla luce del nuovo art. 817, 3° comma, c.p.c.	86

SEZIONE II

LA CAPACITÀ RICHIESTA PER LA STIPULA DELLA CONVENZIONE

1. La capacità richiesta per la stipula della convenzione non contrattuale: il silenzio del legislatore e le opzioni possibili.	90
2. I requisiti di capacità tradizionalmente richiesti per la stipula del compromesso e della clausola compromissoria.....	91
3. L'inesistenza di una correlazione tra la capacità a compromettere e la capacità a disporre del rapporto sostanziale oggetto della convenzione.....	93
4. La capacità richiesta per la stipula della convenzione non contrattuale è quella necessaria per la conclusione degli atti di ordinaria amministrazione.....	95

SEZIONE III

I LIMITI SOGGETTIVI DELLA CONVENZIONE ARBITRALE NON CONTRATTUALE

1. Premessa.	97
2. La parte della convenzione arbitrale e la legittimazione a compromettere.	98
3. La cessione del credito non contrattuale.....	100
4. Le ipotesi di successione <i>mortis causa</i> a titolo universale.	103
5. Gli eventi successori che interessano le persone giuridiche.	106

CAPITOLO I

INQUADRAMENTO DEL PROBLEMA E ANALISI DELLA DOTTRINA E DELLA GIURISPRUDENZA ANTERIORE ALL'ULTIMA NOVELLA DELL'ARBITRATO (D.LGS. 2 FEBBRAIO 2006, N. 40).

SOMMARIO: **1.** Premessa. **-2.** Cenni alle differenze di oggetto fra le tre *species* di convenzione di arbitrato. **-3.** Cenni alla determinatezza del rapporto quale presupposto di validità della convenzione di arbitrato in materia non contrattuale. **-4.** La compromettibilità delle liti future non contrattuali nel sistema normativo anteriore all'entrata in vigore del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 e la tesi della non determinabilità dell'oggetto della convenzione arbitrale. **-4.1.** *Segue:* L'argomento che fa leva sulla necessità di impedire una rinuncia eccessivamente ampia alla giurisdizione dello Stato. **-5.** La dottrina favorevole alla compromettibilità delle controversie future non contrattuali: critica alla tesi che reputa nulla la convenzione arbitrale per indeterminatezza dell'oggetto. **-5.1.** *Segue:* Critica all'argomento secondo cui la compromettibilità delle controversie future non contrattuali avrebbe comportato una rinuncia eccessivamente ampia alla giurisdizione dello Stato. **-5.2.** *Segue:* Critica all'argomento che faceva leva sul dato testuale emergente dal vecchio testo dell'art. 808 c.p.c., primo comma («controversie nascenti dal contratto»). **-6.** Cenni alle soluzioni date dalla giurisprudenza al problema della compromettibilità delle controversie future non contrattuali.

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 probabilmente all'origine della perdurante incertezza intorno alla compromettibilità in arbitri 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). Si tratta di una disposizione della cui

(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,

portata innovativa si dirà meglio nel seguito della trattazione, ma che, va detto subito, deve essere apprezzata per essere riuscita in un sol colpo a spazzare via ogni dubbio intorno alla ammissibilità di tale tipo di accordo arbitrale.

Nel corso di questo capitolo ci soffermeremo sull'analisi degli orientamenti della giurisprudenza teorica e pratica precedenti all'entrata in vigore della legge di riforma dell'arbitrato, e porremo in luce le ragioni che hanno indotto finora una parte consistente dei commentatori a non concedere ospitalità nel nostro ordinamento alla convenzione di arbitrato in materia non contrattuale. Per ragioni di comodità espositiva, l'indagine prenderà le mosse da una breve disamina delle altre due figure di patto compromissorio, il compromesso e la clausola compromissoria, giacché riteniamo che il raffronto tra la disciplina dettata per queste ultime e quella dettata dal nuovo art. 808-bis per la convenzione di arbitrato in materia non contrattuale possa aiutarci a comprendere meglio le modalità di utilizzo di quest'ultima figura, e, più in generale, a chiarire la reale portata della nuova disposizione contenuta nell'articolo in commento.

2. *Cenni alle differenze di oggetto fra le tre species di convenzione di 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». *Contra*, nel senso che la delega autorizzi, sia pur indirettamente, la compromettibilità delle controversie future non contrattuali, vedi invece RUFFINI, *Patto compromissorio*, in *Riv. arb.*, 2005, 716, a giudizio del quale il legislatore delegato ha sfruttato l'occasione offertagli dalla delega di subordinare l'arbitrabilità delle controversie alla sola disponibilità dell'oggetto per rimuovere il divieto di compromettere in arbitri le controversie future relative a rapporti giuridici non contrattuali. Così anche ODORISIO, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 259.

(²) Sul tema della convenzione di arbitrato in materia non contrattuale, vedi, tra gli altri, 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*, Sub art. 808-bis c.p.c. (*Convenzione di arbitrato in materia non contrattuale*), in *Commentario breve al codice di procedura civile*, a cura di Carpi e Taruffo, 2009, 2510; ID., *Considerazioni sparse sulla clausola compromissoria non contrattuale e sull'impatto della riforma nell'arbitrato societario*, in *Libertà e vincoli nella recente evoluzione dell'arbitrato*, in *Libertà e vincoli nella recente legislazione dell'arbitrato, Quaderni della Riv. trim. dir. proc.*, Milano, 2006, 13 ss.; BOVE, *Aspetti problematici nella nuova disciplina della convenzione d'arbitrato rituale*, in *Il giusto processo civile*, 2006, 57 ss., spec. 63 ss.; RICCI, *La convenzione di arbitrato e le materie arbitrabili nella riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 759 ss., spec. 769 ss.; RUFFINI, *Patto compromissorio*, cit., 718; CONSOLO-LUISO, Sub art. 808-bis (*Convenzione di arbitrato in materia non contrattuale*), in *Cod. proc. civ. comm.*, 2007, 5708; NELA, *Commento all'art. 808-bis (Convenzione di arbitrato in materia non contrattuale)*, in *Le recenti riforme del processo civile*, a cura di Chiarloni, II, Bologna, 2007, 1625 ss.

L'arbitrato, com'è noto, è un istituto che si regge sulla volontà delle parti e l'atto in cui tale volontà si esprime prende il nome di "convenzione arbitrale", denominazione di genere nell'ambito della quale sono tradizionalmente ricomprese le figure del compromesso e della clausola compromissoria⁽³⁾.

Ricorre il primo, ai sensi dell'art. 807 c.p.c., quando le parti convengono di affidare ad uno o più terzi (gli arbitri) l'incarico di decidere determinate controversie precedentemente insorte tra di esse, di origine contrattuale o extracontrattuale, con ciò impedendo che della lite possa conoscere il giudice dello Stato. La clausola compromissoria può invece essere definita come la clausola, inserita nel contratto stipulato dalle parti o in un atto separato, con la quale esse stabiliscono che «le controversie nascenti dal contratto medesimo siano decise da arbitri»(art. 808 c.p.c.)⁽⁴⁾. La differenza tra le due tipologie di convenzione arbitrale, allora, sta in ciò che con il compromesso si affida alla via arbitrale una controversia già insorta tra le parti, che può derivare dall'esecuzione del contratto ma che può anche avere origine in un rapporto di natura

⁽³⁾ Sul tema della convenzione di arbitrato, v. COGNETTI DE MARTIIS, *Il compromesso*, Torino, 1908; CHIOVENDA, *Diritto proc. civ.*, Napoli, 1923, 105 ss.; CODOVILLA, *Del compromesso e del giudizio arbitrale*, Torino, 1899, 280 ss.; U. ROCCO, *Sulla natura della clausola compromissoria*, Roma, 1929; VOCINO, *Schema di una teoria della clausola compromissoria*, in *Foro it.*, 1932, I, 1061; PACCHIONI, *In tema di clausola compromissoria*, in *Giur. it.*, 1942, I, 2, 67; ALVINO, *Clausola compromissoria, compromesso e fallimento*, in *Dir. fall.*, 1965, 16; CASTELLINI, *La clausola arbitrale*, in *Giur. sist. dir. civ. comm.*, I *contratti in generale*, diretto da Alpa e Bessone, Torino, 1991, I, 447; D'ONOFRIO, *Commento al codice di procedura civile* 2, II, Torino, 1951, 389; REDENTI, voce *Compromesso (diritto processuale civile)*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1959, 786 ss.; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, 3, IV, Napoli, 1964, 752; VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, 1971, 275; FERRO, *La clausola compromissoria*, in AA.VV., *L'arbitrato. Profili sostanziali*, rassegna coordinata da Alpa, Torino, 1999, II, 609 ss.; GIACOBBE, in GIACOBBE-D'ALESSANDRO, *L'arbitrato*, Milano, 1999, 18 s.; ZACCHEO, *Contratto e clausola compromissoria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 423; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2000, I, 168; SALVANESCHI, in TARZIA-LUZZATTO-E.F. RICCI, *Legge 5 gennaio 1994, n. 25*, Padova, 1995, *Commento all'art. 3*, 27 ss.; IRTI, *Compromesso e clausola compromissoria nella nuova legge dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1994, 651; IRTI, *Compromesso e clausola compromissoria nella nuova legge sull'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1994, 654 ss.; FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, 1997, 33 s.; CAVALLINI, *I limiti oggettivi e soggettivi della clausola compromissoria*, *Riv. dir. proc.*, 1994, 1136; FESTI, *Clausola compromissoria e contratto illecito*, *Corr. Giur.*, 1997, 12, 1434; CONFORTINI, in AA. VV., *Dizionario dell'arbitrato*, con prefazione di Irti, Torino, 1997, 191; LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, 1999, 17 ss.; FESTI, *La clausola compromissoria*, Milano, 2001; RUFFINI, *La nozione di clausola compromissoria*, in *Riv. arb.*, 2004, 423 ss.; ID, *Patto compromissorio*, cit., 711 ss.; VERDE, *La convenzione di arbitrato*, in *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 2, Torino, 2006, 51 ss.; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Della convenzione d'arbitrato*, in CARPI (commentario diretto da), *Arbitrato. Commento al titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile. Artt. 806-840*, 2008, 1 ss.; CAVALLINI, *L'arbitrato rituale. La clausola compromissoria e il processo arbitrale*, Milano, 2009.

⁽⁴⁾ Com'è noto, l'effetto processuale prodotto dalla convenzione di arbitrato di sottrarre la controversia alla giurisdizione statale può dispiegarsi anche nella direzione di impedire la giurisdizione del giudice amministrativo, giacché, in virtù dell'art. 6, secondo comma, della legge n. 205 del 2000, sono suscettibili di essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto anche le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione esclusiva di questo giudice.

extracontrattuale; con la clausola compromissoria, invece, i compromittenti investono gli arbitri della decisione di liti future riguardanti esclusivamente un dato regolamento contrattuale tra loro stipulato⁽⁵⁾.

Fino alla recente riforma della materia dell'arbitrato, le controversie che non traevano fondamento da un preesistente rapporto contrattuale tra le parti potevano essere deferite in arbitri soltanto se *iam natae*, per il tramite del 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 pattuizione avrebbe dovuto considerarsi nulla per illiceità dell'oggetto. 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⁽⁶⁾.

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 agli arbitri le controversie future nascenti da un determinato 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 di arbitrato 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

⁽⁵⁾ Nel senso che la clausola compromissoria ricomprenda anche le liti già insorte tra le parti alla data della manifestazione della volontà compromissoria, v. RUFFINI, *La nozione di clausola compromissoria*, cit., 423 ss. Secondo l'A., «il testuale riferimento, operato dall'art. 808 c.p.c., alle controversie nascenti dal contratto, senza alcun'altra limitazione che quella che debba trattarsi di "controversie che possono formare oggetto di compromesso", non impone all'interprete di espungere, dal possibile oggetto della clausola compromissoria, le controversie, nascenti dal contratto, che siano già in atto al momento della stipulazione della clausola stessa». L'A. ribadisce la sua posizione in ID., *Patto compromissorio*, cit., 711 ss, e, più tardi, in ID., *Art. 808 c.p.c.*, in *Codice di procedura civile commentato*, III, a cura di Consolo e Luiso, diretta da Consolo, Milano 2007, 5694 ss. Negli stessi termini, PUNZI, *Luci ed ombre nella riforma dell'arbitrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 395 ss., spec. 409. Nel senso invece che la clausola compromissoria possa avere ad oggetto soltanto liti eventuali e future, v. BOVE, *Appunti sui lavori in corso in materia di arbitrato*, in *www.judicium.it*, § 2.

⁽⁶⁾ Oltretutto la limitazione determinava un'ingiustificata disparità di trattamento di situazioni giuridiche soggettive poste su un piano di assoluta identità, dandosi rilevanza, ai fini dell'attribuzione della controversia alla competenza del giudice laico o del giudice togato, alla circostanza, altrimenti irrilevante, che la controversia avesse origine in un contratto ovvero in un rapporto di natura extracontrattuale.

relazione ad un determinato rapporto giuridico sostanziale, contrattuale o non contrattuale⁽⁷⁾.

3. *Cenni alla determinatezza del rapporto quale presupposto di validità della convenzione di arbitrato in materia non contrattuale.*

Il primo comma dell'art. 808-bis c.p.c. stabilisce che la convenzione arbitrale per liti future non contrattuali deve avere ad oggetto «uno o più rapporti non contrattuali determinati». Il riferimento alla determinatezza del rapporto rende possibile l'individuazione *a priori* delle controversie che saranno sottratte alla giurisdizione dello Stato per essere rimesse alla decisione degli arbitri. Lo scopo è quello di impedire la stipula di un patto compromissorio *omnibus*, ossia di un patto con il quale le parti sottomettono alla decisione degli arbitri ogni eventuale lite che dovesse in futuro insorgere tra di loro. Secondo l'opinione pressoché unanime dei commentatori, tale patto dovrebbe considerarsi nullo per indeterminatezza dell'oggetto (arg. *ex art.* 1346 c.c.), nonché per contrasto con l'art. 29 c.p.c., che vieta i patti in deroga alla competenza territoriale del giudice che non siano determinati e dal quale si fa tradizionalmente derivare un generale sfavore dell'ordinamento verso le deroghe eccessivamente ampie alla giurisdizione dello Stato.

Questo accenno *in limine* al requisito della determinatezza del rapporto vuole servire soltanto a fornire un primo inquadramento del tema che ci occupa. La questione della determinatezza del rapporto rappresenta, infatti, con buona

(⁷) 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, che all'art. 1, comma secondo, ricomprende nella nozione di «convenzione d'arbitrato sia una clausola compromissoria inserita in un contratto, sia un contratto o compromesso firmato dalle parti oppure contenuto in uno scambio di note, telegrammi o comunicazioni tramite telescrivente e, nei rapporti tra paesi le cui leggi non impongono la forma scritta alla convenzione di arbitrato, ogni convenzione conclusa nelle forme ammesse da dette leggi». In termini leggermente diversi la Convenzione di New York del 10 giugno 1958, ratificata con l. 19 gennaio 1968, n. 62, che definisce la «convenzione scritta» di arbitrato come la clausola compromissoria inserita in un contratto o un compromesso sottoscritto dalle parti o contenuto in uno scambio di lettere o di telegrammi. Sotto altro profilo, è ancora dibattuta la questione se la convenzione di arbitrato sia un contratto o un accordo derivante dalla confluenza di manifestazioni unilaterali di volontà. Nel primo senso, v. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, cit., 765; BERNINI, *Lezioni di diritto dell'arbitrato*, Bologna, 1992, 197; FAZZALARI, *L'arbitrato*, cit., 33. Nel senso che si tratti di un accordo derivante dalla confluenza di più manifestazioni unilaterali di volontà, v. CARNELUTTI, *Arbitrati e arbitri*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1926, I, 129; RESCIGNO, *Arbitrato e autonomia contrattuale*, in *Riv. arb.*, 1991, 13; ZACCHEO, *Contratto e clausola compromissoria*, cit., 425. Per un riepilogo dei termini della questione, v. CAVALLINI, *L'arbitrato rituale. Clausola compromissoria e processo arbitrale*, cit., 17 ss.

approssimazione, il vero fulcro dell'indagine sulla convenzione di arbitrato in materia non contrattuale. Ma il discorso, per il momento, deve arrestarsi qui. All'esame di questo fondamentale requisito sarà infatti dedicato il prossimo capitolo. Allo stesso modo, la questione dell'ammissibilità del patto compromissorio *omnibus* sarà ripresa più avanti nel corso di questo lavoro. Riteniamo invece, giunti a questo punto della trattazione, di doverci occupare del diverso e più generale tema dell'ammissibilità della convenzione di arbitrato in materia non contrattuale nel quadro normativo precedente all'entrata in vigore del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40. A questo scopo, si passeranno in rassegna le differenti soluzioni proposte finora sia in ambito dottrinale che giurisprudenziale, rilevando sin d'ora come non sia possibile rinvenire un quadro di soluzioni unitarie.

4. *La compromettibilità delle liti future non contrattuali nel sistema normativo anteriore all'entrata in vigore del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 e la tesi della non determinabilità dell'oggetto della convenzione arbitrale.*

Anteriormente alla novella, la dottrina prevalente riteneva che il patto compromissorio per controversie future potesse essere stipulato soltanto in relazione a liti aventi origine nel contratto, secondo il modello della clausola compromissoria. Restava viceversa preclusa la possibilità di affidare agli arbitri la soluzione di controversie future di origine non contrattuale. A giustificare il divieto di compromettere in arbitri questo tipo di controversie vi era innanzitutto 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 determinato contratto, 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, come si è detto, il rispetto del requisito di determinatezza dell'oggetto e l'esigenza di evitare una rinuncia eccessivamente ampia alla giurisdizione dello Stato.

Quanto al primo argomento, esso traeva spunto dall'art. 1346 c.c., per il quale l'oggetto delle convenzioni private deve essere determinato o determinabile, e tale,

si argomentava, non può essere un patto compromissorio che è fondato su un rapporto di natura extracontrattuale, dato che in questo caso non sarebbe agevole identificare la relazione giuridica alla quale il patto deve essere ancorato. Già nella relazione al progetto del codice di procedura civile del 1865, Pisanelli ammoniva che «havvi un principio fondamentale nella materia delle convenzioni il quale richiede che l'oggetto di esse debba essere determinato, [cosicché] è permessa la rinunzia ad adire l'autorità giudiziaria circa una determinata questione». Fedele a queste premesse, l'art. 12 del codice postunitario circoscriveva l'utilizzabilità dell'arbitrato alle sole ipotesi in cui le parti, «in un contratto o dopo, si [fossero] obbligate a compromettere le controversie che ne [potessero] nascere»⁽⁸⁾. La norma, come si può vedere, non consentiva il ricorso all'arbitrato che per quelle sole controversie che fossero occasionate dall'esecuzione di un preesistente contratto stipulato dalle parti, con esclusione di tutte le altre⁽⁹⁾. Nel vigore di quel codice, probabilmente, una tale limitazione appariva perfettamente in linea con il sostanziale sfavore del legislatore verso l'istituto arbitrale, che permarrà ben oltre la sua abrogazione, almeno fino all'entrata in vigore della legge di riforma della disciplina arbitrale n. 25/1994, a seguito della quale l'arbitrato inizierà a guadagnare un'autonomia maggiore rispetto al sistema di giurisdizione statale⁽¹⁰⁾.

Sotto l'impero del nuovo codice del 1940 la situazione non cambiò molto. Anzi, almeno da questo punto di vista, non cambiò affatto. L'idea che la necessità di limitare la clausola compromissoria alle sole controversie contrattuali fosse volta a garantire l'osservanza del precetto contenuto nell'art. 1346 c.c. continuò a tenere banco tra i commentatori. E ciò anche perché nella nuova versione del codice di rito veniva ribadita la necessità che la clausola compromissoria venisse ancorata ad un preesistente rapporto di natura contrattuale, di guisa che solo le controversie aventi tecnicamente origine in esso potessero essere decise dagli

⁽⁸⁾ Il corsivo è nostro.

⁽⁹⁾ Sotto il vigore del codice abrogato, cfr., in dottrina, CUZZERI, *Il codice italiano di procedura civile*, Verona, 1876, I, 15 ss.

⁽¹⁰⁾ Con la legge di riforma n. 25 del 5 gennaio 1994 è attribuita al lodo degli arbitri un'efficacia vincolante tra le parti prima e a prescindere dal deposito in tribunale del lodo medesimo. Inoltre, l'impugnazione viene svincolata dal deposito del lodo presso il pretore così che è possibile impugnare il provvedimento davanti alla Corte d'Appello senza avere prima ottenuto il provvedimento di *exequatur*.

arbitri, mentre per tutte le altre pretese si sarebbe radicata la competenza del giudice ordinario⁽¹¹⁾.

4.1. Segue: *L'argomento che faceva leva sulla necessità di impedire una rinuncia eccessivamente ampia alla giurisdizione dello Stato.*

Oltre a quello appena evocato, un ulteriore argomento che veniva comunemente utilizzato per escludere la compromettibilità in arbitrato delle controversie future non aventi origine nel contratto era quello secondo cui la limitazione della clausola compromissoria alle controversie aventi titolo nel contratto era imposta dalla necessità di impedire una rinuncia eccessivamente ampia alla giurisdizione dello Stato. A giudizio di una parte della dottrina, 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»⁽¹²⁾. 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; una tale consapevolezza, se sicuramente caratterizza la scelta del procedimento 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 decidano di affidare agli arbitri la risoluzione di controversie che derivano da un rapporto di natura extracontrattuale, giacché, in tali casi, non sarebbe agevole determinare quali controversie sono sottratte alla giurisdizione dello Stato e quali invece non lo sono. Anche questo argomento, come l'altro che fa leva sull'indeterminabilità dell'oggetto della convenzione, sarà oggetto di critiche da parte di una certa dottrina. Di questo ci occuperemo nei prossimi paragrafi.

⁽¹¹⁾ Di seguito viene riportato il testo dell'art. 808 c.p.c., nella formulazione risultante dalla novella del 1940: «Le parti, nel contratto che stipulano o in altro successivo, possono stabilire che le controversie nascenti dal medesimo siano decise da arbitri, purché si tratti di controversie che possono formare oggetto di compromesso».

⁽¹²⁾ CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, Roma, I, 60.

5. *La dottrina favorevole alla compromettibilità delle controversie future non contrattuali: critica alla tesi che reputa nulla la convenzione arbitrale per indeterminatezza dell'oggetto.*

Mentre la dottrina maggioritaria esprimeva la sua contrarietà all'arbitrato su liti future non contrattuali, una parte, invero minoritaria, della dottrina, considerava viceversa possibile questa soluzione⁽¹³⁾. L'apertura a questo genere di controversie non passava attraverso la creazione di una nuova figura di patto compromissorio, come è avvenuto con la recente novella dell'arbitrato, ma era ottenuta in via interpretativa tramite l'estensione della clausola compromissoria a tutte le controversie che fossero in qualche misura occasionate dalla stipula del contratto; ciò nonostante l'art. 808 c.p.c. continuasse a qualificare la clausola compromissoria come patto arbitrale accessorio ad un rapporto di natura contrattuale. Probabilmente, era stata la presa d'atto della totale irragionevolezza di un limite alla compromettibilità in arbitrato fondato sulla natura contrattuale piuttosto che extracontrattuale del rapporto sostanziale a indurre una parte della dottrina a ritenere che la norma andasse «interpretata 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»⁽¹⁴⁾. Si faceva strada, per questa via, la consapevolezza che il requisito della determinatezza dell'oggetto del patto compromissorio, non diversamente che per le controversie di origine contrattuale, potesse essere soddisfatto dalla clausola compromissoria anche in relazione a liti non contrattuali, essendo allo scopo sufficiente che la scelta per la via arbitrale, in essa contenuta, avvenisse con riferimento ad un rapporto giuridico (che fosse niente più che) *determinato*.

Sotto altro profilo, si notava che l'idea che questo genere di controversie non potesse essere devoluta in arbitri se non per il tramite del compromesso non teneva conto neppure del significato della nozione di *oggetto* della clausola compromissoria. Se si considera, infatti, che la clausola opera con riferimento a

⁽¹³⁾ 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; CONFORTINI, in AA.VV., *Dizionario dell'arbitrato*, cit., 192 ss.; 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.

⁽¹⁴⁾ ROCCO, *Trattato di dir. proc. civ.*, 2, 1, Torino, 1966, 147.

controversie che sono in 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⁽¹⁵⁾.

Oltretutto, il tentativo di utilizzare il requisito della determinatezza dell'oggetto per negare la compromettibilità in arbitrato di questo genere di controversie appariva impraticabile anche sotto un altro profilo: quello della *ratio* della norma invocata. Per rendersene conto, notava certa dottrina, basta considerare che la determinatezza o determinabilità delle private convenzioni viene imposta dal legislatore allo scopo di accertare in cosa debbano consistere le prestazioni delle parti, ché altrimenti non è possibile riconoscere efficacia al contratto, se non sostituendo la volontà del giudice a quella dei contraenti. Soltanto quando il contratto non contiene l'indicazione delle prestazioni delle parti e non vi sono altri modi per individuarle, esso deve essere dichiarato nullo. Ebbene, questo inconveniente, si notava, non può verificarsi in relazione alla clausola compromissoria, e, più in generale, non sembra potersi verificare in relazione all'intero ambito delle convenzioni arbitrali; infatti, per quanto riguarda il compromesso, la determinatezza della lite è, per così dire, *in re ipsa*, giacché la stipula del patto arbitrale è successiva all'insorgenza della lite e ciò consente di individuare la controversia in tutti i suoi elementi già all'atto della conclusione dell'accordo. Per la clausola compromissoria, invece, vale il rilievo che il potere di determinare la propria pretesa spetta in ogni caso alle parti dell'accordo, tanto nel caso che le parti facciano riferimento alle controversie nascenti da un determinato contratto, quanto nel caso che facciano riferimento alle controversie derivanti da un rapporto di natura non contrattuale⁽¹⁶⁾. Pertanto, in un caso come nell'altro, l'oggetto della convenzione di arbitrato non resta mai indeterminato o indeterminabile, ma viene determinato nel momento in cui si dà avvio al procedimento arbitrale.

⁽¹⁵⁾ In questi termini, FESTI, *La clausola compromissoria*, cit., 195.

⁽¹⁶⁾ FESTI, *op. cit.*, 196.

5.1. Segue: *Critica all'argomento secondo cui la compromettibilità delle controversie future non contrattuali avrebbe comportato una rinuncia eccessivamente ampia alla giurisdizione dello Stato.*

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'argomento non era condiviso dalla maggioranza dei commentatori, e taluni di essi non mancarono di rilevare che 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. Se -si spiegava- si pensa per un solo momento alla ipotesi, frequentissima nella pratica degli affari, di una clausola arbitrale inserita all'interno dello statuto societario, col fine di vincolare i soci a sottomettere al giudizio degli arbitri tutte le controversie relative al rapporto sociale, non può non convenirsi come questa clausola determini una rinuncia alla giurisdizione dello Stato ben più consistente, sotto il profilo almeno patrimoniale, della rinuncia alla giurisdizione conseguente alla stipula di una convenzione arbitrale la quale preveda, per esempio, l'affidamento agli arbitri delle controversie relative ai rapporti di vicinato, alla responsabilità precontrattuale o all'uso dei beni comuni del condominio. L'argomento *a contrario*, peraltro, non era nuovo. Già Mortara avvertiva dei rischi insiti nell'inserimento di una clausola compromissoria all'interno di uno statuto societario. Qui, notava l'illustre studioso, «le poche lire o le rosee speranze conferite all'inizio si convertono in grossi affari e in buoni milioni», con conseguente imprevedibilità delle controversie che ne derivano. Eppure, aggiungeva, «non pare che il vizio di cadere sopra un oggetto indeterminato sia meno evidente nella clausola compromissoria che nel compromesso generale»⁽¹⁷⁾.

In sintesi, la dottrina maggioritaria era convinta che la convenzione arbitrale per controversie future non contrattuali non realizzasse una rinuncia alla giurisdizione

⁽¹⁷⁾ MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, Milano, III, 89 ss. E' abbastanza singolare che queste considerazioni provenissero da un Autore notoriamente ostile all'istituto arbitrale, che non esitava a definire «un *vulnus* alla sovranità dello Stato o addirittura [...] una pericolosa incoerenza del legislatore dello "Stato libero e moderno"». Per un'idea della posizione dell'A. nei confronti dell'arbitrato, si rinvia al saggio di CIPRIANI, *Le sentenze di Mortara sull'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1992, 651 ss.

dello Stato più ampia di quella determinata dalla stipula di una clausola compromissoria relativa a rapporti giuridici contrattuali.

5.2. *Segue: critica all'argomento che faceva leva sul dato testuale emergente dal vecchio testo dell'art. 808 c.p.c., primo comma («controversie nascenti dal contratto»).*

Benché costituisse, con ogni probabilità, l'ostacolo più duro da superare, una parte della dottrina sottopose a critica anche l'argomento che faceva leva sul dato testuale emergente dal vecchio testo dell'art. 808 c.p.c., che riferendosi alle «controversie nascenti dal contratto», sembrava oggettivamente impedire un'estensione della clausola compromissoria alle controversie derivanti da un rapporto avente natura non contrattuale. Si disse, a questo proposito, che «il riferimento al contratto viene formulato in modo complementare e strumentale [...] e che l'inciso espressamente dedicato ai limiti contenutistici del patto (“purché si tratti di controversie che possono formare oggetto di compromesso”) richiama solo i divieti posti per il compromesso, senza aggiungere alcun limite specifico relativo ai rapporti non contrattuali»⁽¹⁸⁾. Detto in altri termini, il riferimento operato dalla norma alle liti derivanti dal contratto avrebbe dovuto interpretarsi non già come la prova che il legislatore avesse voluto sottrarre all'ambito oggettivo della clausola compromissoria le liti non aventi titolo nel contratto, ma piuttosto come la dimostrazione che il patto arbitrale per controversie future è soggetto agli stessi limiti del compromesso.

6. *Cenni alle soluzioni date dalla giurisprudenza al problema della compromettibilità delle controversie future non contrattuali.*

Il problema posto dalla compromettibilità delle controversie future non contrattuali è stato fonte continua di attenzione anche da parte della giurisprudenza. Sono numerose le pronunce volte a stabilire se, a fronte di una clausola compromissoria inserita in un contratto, gli arbitri avessero il potere di decidere anche le controversie non derivanti in senso tecnico dal contratto medesimo. L'interesse per questo tema era offerto dal fatto che, in presenza di

⁽¹⁸⁾ FESTI, *La clausola compromissoria*, cit., 198.

una situazione normativa come quella esistente prima dell'entrata in vigore della novella del 2006, le parti del procedimento arbitrale spesso sollevavano eccezioni relative all'ambito oggettivo di operatività della clausola compromissoria al solo scopo di prolungare i tempi del procedimento, ciò che andava a detrimento del sistema di giustizia arbitrale, caratterizzato, almeno nelle intenzioni del legislatore, dalla celerità del suo svolgimento⁽¹⁹⁾.

In un quadro come quello appena descritto, l'atteggiamento assunto dalla giurisprudenza è stato il più delle volte di sostanziale chiusura, nel senso che tutte le volte che una lite è stata qualificata come avente natura non contrattuale, i giudici hanno recisamente negato che sulla stessa sussistesse il potere decisorio degli arbitri; e ciò nonostante tali questioni fossero occasionalmente "connesse" con le altre derivanti in senso tecnico dal contratto. Giusto per fare qualche esempio, le azioni in tema di marchio e di uso del medesimo sotto il profilo della concorrenza sleale sono state qualificate come azioni di natura extracontrattuale, e, come tali, non rientranti nell'ambito di operatività della clausola compromissoria, che era stata apposta ad un contratto regolante la produzione di capi di abbigliamento⁽²⁰⁾. Allo stesso modo, si è ritenuto in un'altra occasione che la domanda fondata sul dolo incidente *ex art. 1440 c.c.* fosse tra quelle che non hanno *causa petendi* nel contratto, trattandosi di un'azione di natura extracontrattuale⁽²¹⁾. E lo stesso è stato detto per l'azione di ingiustificato arricchimento⁽²²⁾, per quella di ripetizione dell'indebitato o per l'illecito verificatosi nella fase delle trattative (art. 1337 c.c.). In ciascuno di questi casi, il ragionamento seguito dai giudici è stato sempre lo stesso: la competenza degli arbitri è circoscritta a tutte le pretese che derivano dal contratto al quale è apposta la clausola compromissoria, e conseguentemente non può ritenersi estesa all'accertamento di obbligazioni che non hanno nel contratto la loro fonte.

⁽¹⁹⁾ Va chiarito che le questioni che attengono all'ambito oggettivo della clausola compromissoria sono plurime e che qui intendiamo occuparci unicamente di quelle relative alla sussistenza della *potestas iudicandi* degli arbitri sulle domande di origine non contrattuale. Tra le questioni relative all'interpretazione della clausola compromissoria rientrano anche le questioni che attengono alla qualificazione dell'arbitrato come rituale o irrituale e quelle relative al controllo in sede di legittimità della clausola arbitrale.

⁽²⁰⁾ In questo senso, Trib. Napoli, ord. 5 maggio 2001, in *Il diritto industriale*, 2002, 1, 31 ss., con nota adesiva di PERONI e GIUNCHINO.

⁽²¹⁾ Vedi le pronunce richiamate in SALVANESCHI, *Ambito oggettivo della clausola compromissoria e dolo incidente*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 658.

⁽²²⁾ Cfr. Cass., 21 settembre 2004, n. 18917, con nota di MOTTO, *In tema di clausola compromissoria: forma, oggetto, rilevanza del comportamento delle parti*, in *Riv. arb.*, 2006, 79 ss.

Solo in qualche sporadica occasione la giurisprudenza ha tuttavia deciso nel senso della compromettibilità in arbitri di questo genere di controversie. Per esempio, si è ritenuto che fosse coperta da clausola compromissoria una pretesa patrimoniale in tema di separazione fra coniugi⁽²³⁾, un'azione diretta a far valere la responsabilità dell'appaltatore *ex art.* 1669 c.c.⁽²⁴⁾, una questione in materia successoria⁽²⁵⁾, una questione relativa a prestazioni effettuate da una parte dopo la scadenza del contratto⁽²⁶⁾ e, infine, una questione originata da un regolamento condominiale non contrattuale⁽²⁷⁾. In tutti questi casi, i giudici hanno optato per l'estensione dell'art. 808 c.p.c. alle controversie non contrattuali sul presupposto che esista una "connessione", sia pure occasionale, tra queste ultime e le pretese contrattuali in senso stretto; tale connessione è determinata dalla appartenenza di entrambi le pretese al medesimo "rapporto" esistente tra le parti. Un esame più approfondito di tali questioni sarà svolto nei capitoli successivi di questo lavoro, quando ci occuperemo del problema dell'estensione della clausola compromissoria alle controversie non contrattuali e illustreremo alcuni dei possibili impieghi della nuova convenzione di arbitrato in materia non contrattuale⁽²⁸⁾.

⁽²³⁾ Cfr. Cass., 12 agosto 1954, n. 2942.

⁽²⁴⁾ App. Torino, 15 aprile 2003, in *Giur. mer.*, 2003, 2430.

⁽²⁵⁾ Cass., 30 giugno 1951, n. 1747.

⁽²⁶⁾ Cass., 7 maggio 1963, n. 1119, in *Giur. it.*, 1964, I, 1, 819 ss., con nota contraria di SCHIZZEROTTO.

⁽²⁷⁾ App. Torino, 4 maggio 1984, in *Giur. it.*, 1985, I, 2, 6 ss., con nota di RAMELLA, *Clausola compromissoria nel regolamento condominiale*; Cass., 21 maggio 1964, n. 1251, in *Foro. it.*, 1964, 2008 ss.

⁽²⁸⁾ Per i quali si rinvia al cap. III.

CAPITOLO II

OGGETTO DELLA CONVENZIONE ARBITRALE E DETERMINATEZZA DEL RAPPORTO.

SEZIONE I

L'OGGETTO DELLA CONVENZIONE ARBITRALE.

SOMMARIO: **-1.** La nuova limitazione all'arbitrabilità delle controversie. **-2.** Gli interessi legittimi. **-3.** L'arbitrato su "questioni". **-4.** Le controversie su fatti.

1. *La nuova limitazione all'arbitrabilità delle controversie.*

La convenzione di arbitrato in materia non contrattuale, come pure la clausola compromissoria e il compromesso, devono contenere l'indicazione dell'oggetto. Così l'art. 806, applicabile a tutti i tipi di convenzione arbitrale, parla di «controversie» insorte tra le parti; l'art. 807, a proposito del compromesso, di «oggetto della controversia»; l'art. 808, in materia di clausola compromissoria, di «controversie nascenti dal contratto»; l'art. 808-bis, regolante la convenzione di arbitrato in materia non contrattuale, di «controversie future relative a uno o più rapporti non contrattuali determinati». Tali controversie non necessariamente riguardano l'attuale esistenza di un diritto, ma più semplicemente «l'affermazione del diritto sostanziale che costituirà l'oggetto del futuro processo arbitrale»⁽²⁹⁾. Generalmente, infatti, si ritiene che oggetto della convenzione arbitrale non sia la situazione sostanziale devoluta in arbitri, ma la «prestazione» dedotta in contratto, vale a dire il «fascio di situazioni giuridiche soggettive strumentali (poteri, soggezioni, oneri, doveri nel processo arbitrale) che vengono costituite in capo alle parti»⁽³⁰⁾. Essendo il patto compromissorio un contratto⁽³¹⁾, l'oggetto (o contenuto) di esso è costituito da ciò che le parti hanno stabilito o

⁽²⁹⁾ ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione d'arbitrato (Commento all'art. 806)*, in *Commentario breve al codice di procedura civile*, a cura di Carpi e Taruffo, 2009, 2510.

⁽³⁰⁾ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Commento all'art. 806*, in

⁽³¹⁾ Benché il legislatore del 2006 non abbia ritenuto di sancire espressamente la natura contrattuale del patto compromissorio, adottando l'espressione, dai contorni più sfumati, di «convenzione d'arbitrato», la dottrina prevalente afferma che il patto arbitrale può considerarsi senz'altro un contratto. Segnatamente, «non si tratta [...] di un tipico accordo di scambio, bensì di un contratto che costituisce in capo ai contraenti un fascio di situazioni giuridiche procedurali, che tutte insieme compongono il processo arbitrale e che, viste dalla prospettiva di ciascuno dei soggetti, possono qualificarsi come un reciproco diritto (potestativo) al processo arbitrale». Così ZUCCONI GALLI FONSECA, *Commento all'art. 806*, cit., 8; ID., *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, Milano, 2004, 30 ss.

programmato, e cioè dalla devoluzione alla cognizione degli arbitri delle controversie insorte -nel caso di compromesso- o che insorgeranno -nel caso di clausola compromissoria e convenzione di arbitrato *ex art. 808 bis*- tra le parti che lo stipulano. Per contro, la situazione sostanziale di cui si chiede tutela nel giudizio arbitrale -e che comunemente viene identificata con il diritto soggettivo- potrebbe non essere ancora sorta, onde ciò che rileva ai fini della validità della convenzione è che tale situazione sia soltanto affermata, dato che «l'affermazione attualizza qualsiasi evento»⁽³²⁾. Così, mentre nella clausola compromissoria tale “affermazione” avviene mediante il richiamo a tutti i diritti nascenti dal contratto, in ipotesi non ancora sorti, nella convenzione di arbitrato in materia non contrattuale essa ha luogo mediante il rinvio ai diritti eventuali e futuri scaturenti dal rapporto non contrattuale; nel compromesso, infine, mediante l'indicazione dei diritti che costituiscono “oggetto della controversia”, i quali però non è detto che siano già attuali.

Senonché, 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»⁽³³⁾.

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. Le indicazioni in questo senso provenienti dal testo della legge sono numerose e soprattutto sembrano non lasciare adito a dubbi. 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

⁽³²⁾ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Commento all'art. 808*, cit., 9.

⁽³³⁾ 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.

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, come sarebbe corretto fare in un'ottica che identifica le controversie arbitrabili con quelle recanti niente di più né di meno del diritto soggettivo, «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»⁽³⁴⁾. 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», 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*»»⁽³⁵⁾. L'area dell'arbitrabilità assume perciò contorni meno netti rispetto al passato, almeno nel senso che non essendo più determinabile attraverso la positiva inclusione delle posizioni che ne possono costituire l'oggetto, viene a somigliare infine ad un contenitore all'interno del quale possono trovare posto un numero indefinito di controversie, con la sola eccezione di quelle aventi ad oggetto diritti indisponibili. Per concludere, va pure aggiunto che per l'art. 808-*bis* controversie arbitrabili 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

⁽³⁴⁾ NELA, *Commento all'art. 806 (Controversie arbitrabili)*, in *Le recenti riforme del processo civile*, a cura di Chiarloni, II, Bologna, 2007, 1589.

⁽³⁵⁾ 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.

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 per legge la compromettibilità in arbitrato. Legittimo appare allora chiedersi se anche tutte le altre situazioni sostanziali inferiori alle suddette, come gli interessi legittimi, le mere questioni e le altre posizioni relative a interessi differenziati e qualificati, pure suscettibili, in caso di controversia, di risoluzione giurisdizionale, siano adesso divenute regolarmente (*i.e.* «salvo espresso divieto di legge») arbitrabili ai sensi dell'art. 806 c.p.c.

2. *Gli interessi legittimi.*

L'opzione legislativa favorevole alla compromettibilità di tutte le controversie non aventi ad oggetto diritti indisponibili, salvo espresso divieto di legge, sembrerebbe in primo luogo fugare i residui dubbi circa l'arbitrabilità delle controversie relative a interessi legittimi. Tradizionalmente la possibilità di compromettere in arbitri questo genere di controversie veniva esclusa sulla base di due concorrenti ragioni. La prima era che gli artt. 806 e 808, nella loro formulazione antecedente alla riforma, consentivano l'arbitrato soltanto per le controversie che potessero formare oggetto di transazione, e dunque, in base all'art. 1966 c.c., soltanto per le controversie relative a diritti disponibili. Ma si è visto poc'anzi che tale rinvio alle disposizioni dettate dal codice civile in tema di transazione non è più operante, onde l'argomento che se ne traeva in punto di inarbitrabilità delle relative controversie deve considerarsi oramai superato. La seconda ragione era che la devoluzione della lite ad un tipo speciale di giurisdizione -nella specie, la giurisdizione amministrativa- si supponeva fosse di per sé indice della incompromettibilità della situazione sostanziale, della quale avrebbe potuto perciò conoscere soltanto il giudice speciale⁽³⁶⁾. Ma anche questo

⁽³⁶⁾ Per l'insegnamento tradizionale, v. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, 1982, 65 ss.; CARLEO, *Dizionario dell'arbitrato*, 1997, 265 ss.; AMORTH, *Annotazioni sull'arbitrato nelle controversie amministrative*, in *Scritti giuridici*, IV, Milano 1999, 2157 ss., spec. 2170 ss.; CAIA, *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo*, Milano, 1989, 199-200; DE LISE-DELFINO, *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Arch. giur. oo. pp.*, 2000, 2035 ss., specie 2051 ss.;

argomento non può essere condiviso. Recentemente è stato sostenuto che «non può essere motivo di inarbitrabilità [della controversia] la devoluzione obbligatoria al giudice speciale, restando centrale la valutazione sulla disponibilità della situazione soggettiva»⁽³⁷⁾. In quest'ottica, sono estremamente chiarificatrici le osservazioni di un Autore, il quale ha affermato che «quando si parla del rapporto fra cittadino e pubblica amministrazione sicuramente vi è un nucleo che sfugge al potere dispositivo non solo del cittadino, ma anche della amministrazione e questo nucleo è dato dall'insopprimibile esigenza di garantire alla pubblica amministrazione di svolgere la sua funzione o, se si vuole, di esercitare il suo originario potere. Tuttavia, derivare da ciò l'impossibilità del ricorso all'arbitrato costituisce un assioma non dimostrato. Infatti, dinanzi agli arbitri viene portata una controversia che non è diversa da quella che verrebbe sottoposta all'attenzione dei giudici e che riguarda non il potere o la funzione nella sua proiezione futura, ma una vicenda del passato che deve essere valutata sulla base di criteri predeterminati, che sono quelli normalmente adoperati dal giudice amministrativo e che devono essere adoperati dall'arbitro, qualora sia chiamato a giudicare il caso»⁽³⁸⁾. Allora, non costituisce un ostacolo alla praticabilità della via arbitrale neppure la circostanza che tali controversie siano regolate da norme aventi carattere inderogabile, perché, aggiunge quello stesso Autore, «il giudice amministrativo commette[rebbe] un errore non diverso da quello in cui incorre il giudice civile, [ove ritenesse] che le controversie regolate da norme inderogabili non poss[a]no essere conosciute dagli arbitri. La dottrina da tempo ha posto in risalto che non è così e che ben possono scaturire, nell'ambito

GRECO, *Modelli arbitrali e potestà amministrative*, in *Arbitrato e Pubblica Amministrazione, Atti del convegno dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo amministrativo*, Milano 1999, 157 ss., spec. 165 ss.; ANTONIOLI, *Arbitrato e giurisdizione esclusiva*, Milano 2004, 69 ss.; DELSIGNORE, *La compromettibilità in arbitrato nel diritto amministrativo*, Milano 2007, 119 ss. Favorevoli alla compromettibilità di tale tipo di controversie sono invece ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione d'arbitrato*, sub art. 806, cit., 85 ss.; VERDE, *Nuove riflessioni su arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Riv. Arb.*, 2007, 1 ss.; ID., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Riv. arb.*, 2001, 407 ss., spec. 416-417; ID., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 215 ss.; PUGLIESE, *Poteri del collegio arbitrale e provvedimenti amministrativi*, in *Arbitrato e pubblica amministrazione: brevi cenni sulla problematica inerente la compromettibilità delle controversie in cui è parte una p.a.*, in *Riv. trim. app.*, 2001, 65 ss.; ROMANO TASSONE, *Giurisdizione amministrativa e arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2000, 249 ss., spec. 259 ss.; DI MARTINO, *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit., 99 ss., spec. 114 ss.; ZITO, *La compromettibilità per arbitri con la pubblica amministrazione dopo la l. n. 205 del 2000: problemi e prospettive*, in *Dir. amm.*, 2001, 343 ss.; AMADEI, *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, in *Riv. dir. proc.* 2004, 855 ss., spec. 869 ss.; DOMENICHELLI, *Giurisdizione amministrativa e arbitrato: riflessioni e interrogativi*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 227 ss., spec. 241 ss.

⁽³⁷⁾ ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione d'arbitrato*, sub art. 806, cit., 90.

⁽³⁸⁾ VERDE, *Nuove riflessioni su arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Riv. arb.*, 2007, 5.

di rapporti regolati da norme inderogabili, situazioni di cui le parti possono disporre liberamente»⁽³⁹⁾. Ora, la circostanza che la limitazione all'arbitrabilità delle controversie relative a situazioni soggettive diverse dai diritti indisponibili ha da essere sempre legislativa ed espressa, implica che l'interesse legittimo non possa venire escluso in via pregiudiziale dal novero delle posizioni arbitrabili, dovendosene viceversa presumere l'arbitrabilità salvo diversa disposizione di legge. Conseguentemente, quando viene stabilito, in via di principio, dall'art. 11 l. n. 241/1990 (come modificato dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15), che «l'amministrazione procedente può concludere, senza pregiudizio dei diritti dei terzi, e in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse, accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo» e che a questi «accordi [...] si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti», le parti dell'accordo possono regolarmente (*i.e.* «salvo espresso divieto di legge») devolvere ad arbitri la decisione delle controversie derivanti dall'esecuzione di tale accordo, essendo presumibilmente implicato nel «potere di stipulare il contratto [quello] di convenire la clausola compromissoria» (art. 808, 2° comma, c.p.c.)⁽⁴⁰⁾. Viceversa, la necessità di una norma autorizzativa *ad hoc* torna ad essere utile per la devoluzione ad arbitri delle controversie relative agli «accordi di programma» tra «soggetti pubblici» di cui all'art. 34, comma 2, T.u. degli enti locali, «trattandosi [in tal caso] di posizioni presuntivamente indisponibili»⁽⁴¹⁾.

⁽³⁹⁾ Cfr. VERDE, *Nuove riflessioni*, cit., 7. Va pure detto che ai fini della valutazione di compromettibilità delle controversie relative a interessi legittimi nessun rilievo sembra doversi attribuire alla circostanza che il provvedimento illecito emesso dalla P.A. deve essere, secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato (ma in senso contrario si è costantemente espressa la Suprema Corte di Cassazione) preventivamente annullato dal giudice amministrativo (c.d. pregiudiziale amministrativa). Anche ove tale impostazione dovesse ritenersi corretta, l'arbitrato potrebbe pur sempre svolgersi, ma sarebbe necessario sospendere il giudizio *ex art.* 819 c.p.c. in attesa della definizione della causa pregiudiziale ad opera del giudice amministrativo. In questo senso, AULETTA, *Lo stato presente delle questioni incidentali nell'arbitrato: ipotesi ricostruttive*, in *Riv. arb.*, 2005, 261.

⁽⁴⁰⁾ In questo senso AULETTA, *Oggetti nuovi di arbitrato?*, cit., 38, il quale precisa che tale possibilità non resta preclusa dall'esercizio del potere della pubblica amministrazione di recedere unilateralmente dall'accordo. *Contra* DELSIGNORE, *La compromettibilità in arbitri nel diritto amministrativo*, Milano, 2007, 298.

⁽⁴¹⁾ V. ancora AULETTA, *op. cit.*, 39.

3. *L'arbitrato su "questioni"*.

La nuova limitazione all'arbitrabilità delle controversie relative a situazioni diverse da quelle di diritto indisponibile costituisce anche un significativo argomento a sostegno della tesi dell'ammissibilità dell'arbitrato c.d. "su questioni". Per anni, la tendenziale propensione all'equiparazione dell'arbitrato al processo ha indotto gli operatori a identificare l'oggetto dei due istituti processuali, talché si assumeva che oggetto del processo arbitrale non avrebbe potuto essere un *quid minus* rispetto all'oggetto del processo giurisdizionale. Eppure l'esperienza dimostra che spesso le parti deferiscono agli arbitri la decisione di controversie che non riguardano affatto l'attuale esistenza di un diritto, ma solo uno o, al massimo, alcuni degli elementi che compongono la fattispecie del diritto stesso, onde il lodo che ne deriva non statuisce sui rapporti tra le parti, ma decide di una o più questioni rilevanti per l'esistenza del diritto, ma rispetto a tale esistenza non esaustive ⁽⁴²⁾.

Un esempio di siffatto fenomeno è offerto dalla c.d. perizia arbitrale, molto diffusa nella pratica dei traffici giuridici, che secondo la dottrina che se ne è occupata si caratterizza per il potere concesso ad un terzo di decidere «non su una pretesa giuridica, bensì, più limitatamente, su una o più questioni rilevanti per un (presunto) rapporto giuridico tra loro intercorrente, quindi (che si assume come) preesistente». La decisione dei periti ha «un effetto negativo, legato al patto peritale, consistente nell'impedire l'eventuale svolgimento di attività giurisdizionale sulle questioni attribuite alla decisione del perito», e «un effetto positivo, legato alla perizia compiuta, consistente [...] nella soluzione, non di un'eventuale controversia su un diritto soggettivo, ma di un pezzo di quella, accertando uno o più elementi rilevanti per un possibile diritto soggettivo». Alcuni autori ritengono che non vi siano ostacoli alla deferibilità in arbitrato di tali controversie, perché la determinazione dell'oggetto del processo statale è dettata essenzialmente da ragioni di tecnica processuale, che sconsigliano di frazionare le controversie e di chiedere più volte un intervento giurisdizionale che può essere invece definitivamente chiesto una volta sola; ragioni che naturalmente

⁽⁴²⁾ Altre volte le parti si limitano ad attribuire agli arbitri il solo potere di provvedere alla qualificazione giuridica del fatto storico che integra l'elemento della fattispecie.

non trovano riscontro in ambito arbitrale, dove il processo può essere modellato dalle parti *ad libitum*, se non altro perché sono esse stesse a sostenerne i costi⁽⁴³⁾. Su un versante opposto a questo si colloca un'orientamento espresso da una recente dottrina secondo la quale, perché vi sia un giudizio arbitrale, è necessario che si domandi la tutela di un diritto specifico, deducendo il concreto interesse che giustifica la domanda. Al fondo di tale convincimento c'è l'idea che il lodo debba dare alle parti (almeno) la stessa tutela che sarebbe concessa (o negata) dalla sentenza statale se la controversia non fosse compromessa in arbitri, ciò che naturalmente non avviene quando viene domandata agli arbitri la decisione di singole questioni⁽⁴⁴⁾. Peraltro, anche indipendentemente da tale osservazione, l'ammissibilità di un arbitrato su mere questioni sarebbe difficilmente conciliabile con la disciplina dettata dal codice di rito agli artt. 806 ss., la quale, se da un lato non consente l'impugnazione autonoma del lodo «che risolve alcune delle questioni insorte senza definire il giudizio» (art. 827, 3° comma, c.p.c.), dall'altro lato non contiene nessuna disposizione che attribuisca al lodo così formato un qualche valore all'interno di un altro giudizio e preveda i modi per ivi farne valere le eventuali cause di invalidità.

Invero, va detto che alcune di queste posizioni contrarie all'ammissibilità di un arbitrato su singole questioni sono maturate all'interno di un contesto normativo in parte diverso da quello attuale, nel quale la tendenza ad escludere dall'ambito dell'arbitrabilità le situazioni diverse dal diritto soggettivo era probabilmente determinata dal parallelo compiuto dalla legge vigente *pro tempore* fra transigibilità e compromettibilità delle controversie deferite in arbitri. Oggi però questo quadro è mutato e la strada della inammissibilità non sembra più seriamente percorribile.

Innanzitutto, non ci sembra più condivisibile l'argomento secondo il quale i diritti dovrebbero costituire l'unità minima azionabile nel giudizio arbitrale *ad instar* del processo che si svolge davanti al giudice statale. Come abbiamo ripetuto più volte, l'attuale art. 806 non contiene un'indicazione in positivo dell'oggetto della convenzione arbitrale, non dice cioè che le controversie arbitrabili sono quelle che attengono a diritti soggettivi, ad esclusione di tutte le altre, ma contiene al

(⁴³) Favorevoli alla compromettibilità in arbitri di semplici questioni erano già nel quadro normativo anteriore alla riforma LUISO, *L'oggetto del processo arbitrale*, in Riv. arb., 1996, 669 ss.

(⁴⁴) In questo secondo senso MONTESANO, *Domande e questioni nei giudizi arbitrali*, in Riv. dir. proc., 2000, 621 ss.; ZUCCONI GALLI FONSECA, *sub art. 808 bis, Riforma del diritto arbitrale* (a cura di Menchini), in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2010, 1177.

contrario un'indicazione in negativo delle controversie che non possono essere oggetto di arbitrato, le quali vengono positivamente individuate in quelle aventi ad oggetto diritti indisponibili⁽⁴⁵⁾. Sostenere allora che le uniche situazioni azionabili davanti agli arbitri sono quelle di diritto soggettivo costituisce quantomeno una forzatura interpretativa del dato normativo. Peraltro, se oggetto del giudizio arbitrale può essere tutto ciò che non è diritto indisponibile, neppure appare corretto sostenere che l'impugnativa per nullità prevista contro il lodo arbitrale sia stata pensata dal legislatore solo con riferimento ad una sentenza privata avente lo stesso oggetto per cui potrebbe essere adito un giudice dello Stato⁽⁴⁶⁾. Pur non essendo dubbio, infatti, che il processo statale non possa mai venire instaurato sopra un oggetto così limitato, non ci sembra però che da ciò possa farsene discendere l'improponibilità dell'impugnazione del lodo che abbia deciso sopra una o alcune di tali questioni. Una soluzione di questo tipo apparirebbe quantomeno dimentica di ciò che «l'oggetto essenziale e irrinunciabile dell'impugnativa per nullità non è affatto quello che coincide con l'oggetto dell'esauritosi fenomeno arbitrale, ma è dato da una pretesa di annullamento del lodo»⁽⁴⁷⁾. Certamente il giudice dell'impugnazione potrebbe trovarsi a decidere nel merito e se questo dovesse accadere, il merito di cui egli potrebbe occuparsi dovrebbe consistere necessariamente nell'accertamento di una pretesa giuridica; tuttavia non è affatto detto che egli si trovi sempre dinanzi a questa eventualità: potrebbe darsi che le parti o la legge (art. 829, 3° comma, c.p.c.) non lo abbiano autorizzato a tanto e allora l'impugnativa si esaurisce nella sola fase rescindente. In questi casi, l'oggetto della impugnativa per nullità resta soltanto la detta pretesa all'annullamento del lodo⁽⁴⁸⁾. Di recente, è stato osservato che «le volte in cui le parti di una «convenzione» munita della debita forma scritta «a pena di nullità» abbiano stabilito di «far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte», queste potendo finanche risultare relative a «rapporti non contrattuali» (art. 808-bis), è evidente come l'unico (oggetto di) «contratto» che venga in rilievo è soltanto quello di «far decidere da arbitri le

⁽⁴⁵⁾ Neppure potrebbe sostenersi che, poiché l'art. 806 c.p.c. nulla dice in positivo circa l'oggetto della convenzione arbitrale, per gli oggetti diversi dai diritti non debba valere il termine della disponibilità. La norma, infatti, non fa mai riferimento ai diritti, così che la disponibilità finisce per essere predicato di ogni situazione soggettiva diversa dai soli diritti indisponibili.

⁽⁴⁶⁾ MARZOCCO, *Sulla natura e sul regime di impugnazione del lodo reso negli arbitrati presso il Tribunale nazionale di arbitrato per lo sport*, in corso di pubblicazione in *Rassegna di diritto ed economia dello sport*, 2009, § 11.

⁽⁴⁷⁾ BOVE, *La perizia arbitrale*, Torino, 2001, 230.

⁽⁴⁸⁾ BOVE, *op. cit.*, 230.

controversie», senza che la natura di altre posizioni soggettive o delle questioni da «far decidere» possa presentare alcuna priorità logica». La convenzione arbitrale, in altri termini, attribuisce alle parti una pretesa processuale alla decisione dell'impugnazione da parte dei giudici, e tale pretesa è sempre uguale a se stessa, sia che sia stata originariamente chiesta la tutela di un diritto soggettivo, sia che sia stato richiesto agli arbitri di decidere soltanto una o più questioni.

4. *Le controversie su fatti.*

La nuova perimetrazione della materia compromettibile comporta un ulteriore ampliamento delle controversie assoggettabili al giudizio di privati e, come tali, possibile oggetto anche della convenzione di arbitrato in materia non contrattuale: si tratta delle controversie non aventi ad oggetto diritti soggettivi né interessi legittimi, ma meri fatti⁽⁴⁹⁾. Non rientra all'interno di questa categoria la querela di falso, che postula l'intervento obbligatorio del pubblico ministero, di per sé preclusivo della decisione della controversia nella forma arbitrale⁽⁵⁰⁾, mentre vi è ricompreso il procedimento di verifica della scrittura privata, la cui struttura appare compatibile con il giudizio privato. Per il passato, l'orientamento prevalente in dottrina era nel senso di escludere che i compromettenti potessero ottenere la verifica della scrittura privata nel giudizio arbitrale, stante la difficoltà di giustificare l'attribuzione agli arbitri del potere di condannare a una pena pecuniaria la parte che avesse negato esser «di mano» sua la scrittura o la sottoscrizione infine positivamente verificata (art. 220, 2° comma, c.p.c.). Ora, la sopravvenuta attribuzione al lodo rituale degli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria (art. 824-bis c.p.c.) implica che il lodo, come la sentenza, si pone come fattispecie esclusiva e autosufficiente di tutti i suoi effetti, compreso quello della condanna alla pena pecuniaria di cui all'art. 220, 2° comma, «che -peraltro- già per la stessa A.G. non è

⁽⁴⁹⁾ AULETTA, *op. cit.*, 38.

⁽⁵⁰⁾ AULETTA, *Lo stato presente delle "questioni incidentali" nell'arbitrato: ipotesi ricostruttive*, in questa *Rivista*, 2005, 261 ss.; ID., *Le questioni incidentali*, in AA.VV., *Diritto dell'arbitrato rituale*, a cura di Verde, III ed., Torino, 2005, 324; RICCI, *Commento all'art. 819 c.p.c.*, in CARPI, (commentario diretto da), *Arbitrato*, cit., 493; CAPONI, *Il procedimento e l'istruzione probatoria nell'arbitrato rituale dopo la riforma del 2006*, Schema della relazione presentata il 29 giugno 2007 a Udine, al convegno «La nuova disciplina dell'arbitrato», organizzato dalla locale Camera di Commercio, consultabile sul sito internet www.ud.camcom.it; COLANTUONI, sub art. 35, in *La riforma del diritto societario*, a cura di LO CASCIO, *I procedimenti*, Milano 2006, 677; NELA-CATALANO, *Commento all'art. 819 c.p.c.*, in CHIARLONI (commentario diretto da), *Le recenti riforme del processo civile*, Bologna, 2007, 1790-1791.

necessariamente da pronunciare»⁽⁵¹⁾). Deve lasciarsene conseguire la tendenziale arbitrabilità delle controversie su fatti.

⁽⁵¹⁾ AULETTA, *op. cit.*, 38; DI MEGLIO, *L'«autosufficienza» del lodo (rituale) nella nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2007, 651 ss. Circa l'attribuzione al lodo rituale degli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria, v. AULETTA, *Commento all'art. 824 bis c.p.c.*, in *Riforma del diritto arbitrale, Le nuove leggi civ. comm.*, 2007, 1396 ss. L'A. afferma che l'equiparazione degli effetti del lodo a quelli della sentenza ha reso quello atto «autosufficiente» al pari di questa. Il lodo, proprio come la sentenza, recide ogni legame con la serie degli atti che lo hanno preceduto, di guisa che qualunque nullità, sostanziale o processuale, se non viene fatta valere con i normali mezzi di impugnazione, determina il passaggio in giudicato del lodo, sia pure in misura circoscritta alle parti di esso. Sulle conseguenze dell'equiparazione *quoad effectum* del lodo alla sentenza in ordine alla verifica della scrittura privata e alla querela di falso, v. GIUSSANI, *Risoluzione in sede arbitrale della questione della genuinità della sottoscrizione di una scrittura privata*, in *Riv. arb.*, 2008, 143 ss.; DI MEGLIO, *Gli incidenti di falso nel procedimento arbitrale riformato*, in *Riv. arb.*, 2009, 167 ss., nota a Coll. arb. Roma, 19 gennaio 2009.

SEZIONE II

LA DETERMINATEZZA DEL RAPPORTO NON CONTRATTUALE

SOMMARIO: **1.** La determinatezza del rapporto quale presupposto di validità della convenzione di arbitrato per liti future. **-2.** Gli elementi che rendono “determinato” il rapporto giuridico non contrattuale: la distinzione tra diritti autodeterminati e diritti eterodeterminati. **-2.1. Segue:** I diritti autodeterminati (diritti reali e diritti di credito a prestazioni di specie). **-2.2. Segue:** I diritti eterodeterminati (casi in cui l’obbligazione è l’effetto di un più ampio rapporto giuridico complesso; casi in cui l’obbligazione deriva da un rapporto giuridico semplice). **-3.** Critica della tesi secondo cui, in presenza della clausola compromissoria, la cognizione degli arbitri è circoscritta alle pretese aventi titolo nel contratto. **-4.** Il patto compromissorio *omnibus*. **-5.** L’inammissibilità del patto compromissorio *omnibus* per contrasto con l’art. 1346 c.c.

1. *La determinatezza del rapporto quale presupposto di validità della convenzione di arbitrato per liti future.*

L’art. 808-*bis* c.p.c. dispone che la convenzione di arbitrato in materia non contrattuale deve riferirsi ad «uno o più rapporti giuridici determinati», e con ciò intende garantire l’osservanza del principio di determinatezza (o determinabilità) delle private convenzioni sancito dall’art. 1346 c.c., per il quale l’oggetto del contratto deve essere, oltre che lecito e possibile, anche determinato o determinabile, pena la nullità del contratto (art. 1418, 2° comma, c.c.).

Come si è già spiegato sopra, non è tecnicamente oggetto della convenzione di arbitrato la situazione sostanziale devoluta in arbitri; piuttosto, è presupposto di validità della convenzione l’“affermazione” della situazione sostanziale che costituirà l’oggetto del futuro processo arbitrale, ciò che avviene, nella convenzione arbitrale non contrattuale, con il riferimento ad uno o più rapporti giuridici non contrattuali determinati⁽⁵²⁾. Secondo la tradizione, infatti, la

⁽⁵²⁾ E’ noto che la questione dell’ammissibilità di un accordo arbitrale anteriore alla nascita del rapporto giuridico tra le parti, già conosciuta dalla dottrina più risalente, si ripropose con insistenza all’indomani dell’entrata in vigore della riforma dell’arbitrato del 1994, allorquando si stabilì che la clausola compromissoria potesse essere contenuta anche in un «atto separato» dal contratto cui la clausola accede; ed è altrettanto noto che parte della dottrina interpretò questa modifica del testo legislativo come il segnale che il legislatore aveva voluto autorizzare la stipula di una clausola compromissoria anteriore al sorgere del rapporto. Nell’attuale contesto normativo, il persistente riferimento all’«atto separato» contenuto nel testo modificato dell’art. 808 c.p.c., dedicato alla clausola compromissoria e applicabile per analogia alla convenzione di arbitrato non contrattuale, in uno con la genericità del nuovo testo dell’art. 808-*bis*, che richiede soltanto che il rapporto sia determinato all’atto della stipula della convenzione arbitrale, senza ulteriore specificazione, inducono la dottrina maggioritaria a pensare che questa soluzione sia sostenibile ancora oggi. Secondo GABELLINI, *L’autonomia della clausola compromissoria per arbitrato irrituale*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2009, 1539, il diritto sostanziale oggetto del contratto «rappresenta solo il presupposto della convenzione d’arbitrato, in quanto la tutela del primo

differenza tra i due tipi di convenzione arbitrale finora previsti nel nostro ordinamento deve rinvenirsi proprio nel diverso modo di identificare le controversie devolute alla cognizione degli arbitri. Nel compromesso, tale identificazione avviene con deduzione diretta, cioè mediante l'indicazione della controversia già insorta tra le parti; questa è già attuale al tempo della stipula della convenzione arbitrale e può dunque venire immediatamente individuata in tutti i suoi elementi identificativi (soggetti, *petitum* e *causa petendi*). Viceversa, nella clausola compromissoria la medesima operazione di identificazione avviene mediante il riferimento al «rapporto (anzi, secondo la lettera dell'art. 808, [al contratto] *inter partes* dal quale le controversie [...] potranno nascere»⁽⁵³⁾). Questo non significa che la clausola compromissoria abbia un oggetto indeterminato o indeterminabile, ma soltanto che, non potendo le liti essere individuate fin dall'inizio, l'indicazione nel patto compromissorio del rapporto giuridico costituente il titolo delle controversie che le parti vogliono decise da arbitri per il caso della loro insorgenza, assicura la determinabilità dell'oggetto del negozio arbitrale.

Lo stesso discorso può essere fatto per la convenzione di arbitrato in materia non contrattuale. Anche in questo caso, infatti, l'oggetto del patto arbitrale è costituito dalle controversie deferite alla decisione degli arbitri. Tali controversie non sono ancora attuali al momento della stipula della convenzione, cosicché non è possibile determinarne il contenuto né sapere se e quando sorgeranno. Il rispetto del requisito della determinatezza viene allora assicurato mediante l'indicazione nel patto compromissorio del rapporto giuridico costituente il titolo delle controversie. L'unica differenza tra le due ipotesi è che in un caso, quello della clausola compromissoria, la fonte di tale rapporto è un contratto; nell'altro caso, quello della convenzione di arbitrato *ex art. 808-bis*, è una relazione non contrattuale. Il requisito della determinatezza del rapporto, allora, è comune ad entrambe le fattispecie di patto compromissorio per liti future: con la loro stipula,

costituisce lo scopo del secondo». Favorevoli alla stipula della convenzione prima dell'insorgenza del rapporto sono CONFORTINI, in AA.VV., *Dizionario dell'arbitrato*, cit., 193 ss.; 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, 2, Padova, 2009, 516 ss.; LUISO-SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, 2006, 259; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Commento all'art. 808-bis, Riforma del diritto arbitrale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2007, 1176 ss., spec. 1179 ss.; ID., *Della convenzione d'arbitrato*, in Carpi (commentario diretto da), cit., 153 ss.; FESTI, *La clausola compromissoria*, Milano, 2001, 200. Nel senso dell'inammissibilità, sia pur con riguardo alla disciplina della clausola compromissoria, v. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, 2, 1982, 122 ss.

⁽⁵³⁾ ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, 3, IV, Napoli, 1964, 752

le parti rinunciano alla tutela giurisdizionale e si obbligano a ricorrere alla giustizia privata per le sole controversie relative al rapporto di cui è fatta menzione nella convenzione arbitrale. Ovviamente nulla esclude che i compromittenti possano limitare l'operatività della convenzione arbitrale ad alcune soltanto delle controversie che potrebbero derivare da quel rapporto. A tal fine è sufficiente che identifichino le liti che vogliono sottrarre alla decisione arbitrale mediante l'indicazione del *petitum* e della *causa petendi* propri di ciascuna di esse, compito che le parti devono aver cura di adempiere con la massima diligenza se vogliono evitare future contestazioni in ordine alla operatività della convenzione.

Al termine di queste prime considerazioni, dunque, abbiamo un primo quadro delle differenze esistenti tra la convenzione arbitrale *ex art. 808-bis* e gli altri due tipi di accordo arbitrale. In sintesi, nel compromesso le controversie sono determinate fin dalla sua stipulazione, nella clausola compromissoria e nella convenzione di arbitrato per liti future non contrattuali le controversie sono, all'atto della stipula, soltanto *determinabili*, mediante l'indicazione nel patto compromissorio del rapporto giuridico che lega tra loro le parti di esso. Tale rapporto può anche non essere attuale, ma ciò naturalmente non vale per il compromesso, dato che il rapporto sorge prima della stipula del patto arbitrale. Quanto alla tipologia di controversie che possono essere devolute agli arbitri, in tutti i casi le parti possono esercitare azioni di accertamento, costitutive e di condanna, relative a diritti tanto di carattere assoluto quanto relativo. La differenza è data soltanto dalla natura del rapporto costituente il titolo delle pretese, che nel caso della clausola compromissoria è contrattuale, nel caso del compromesso è contrattuale o non contrattuale, nel caso infine della convenzione di arbitrato in materia non contrattuale è soltanto non contrattuale.

2. *Gli elementi che rendono “determinato” il rapporto giuridico non contrattuale: la distinzione tra diritti autodeterminati e diritti eterodeterminati.*

Giunti a questo punto dobbiamo chiederci che cosa significa in concreto la locuzione “rapporti determinati”, o, se si preferisce, quando l'indicazione

proveniente dalle parti consente di ritenere “determinato” il rapporto giuridico cui esse si riferiscono.

Si tratta, con ogni probabilità, del cuore del tema che stiamo trattando, perché la comprensione di questo aspetto ci consente, come si vedrà nel prosieguo della trattazione, di delimitare l’ambito di operatività della convenzione arbitrale non contrattuale rispetto alla clausola compromissoria. Va detto, però, che fino a questo momento la dottrina che ha commentato il nuovo art. 808-*bis* non si è soffermata più di tanto su questo aspetto, fatta eccezione, a quanto ci consta, per un solo contributo, che si vuole pertanto passare in rassegna adesso per poi illustrare le ragioni per le quali non ci sentiamo di condividerne *in toto* le conclusioni⁽⁵⁴⁾. Poiché si tratta, come si è detto, dell’unico contributo nel quale viene indagato a fondo il tema della “determinatezza” del rapporto non contrattuale, riteniamo utile ripercorrere l’intero percorso argomentativo seguito dal suo Autore, illustrandone punto per punto i vari passaggi.

Dunque, secondo questa dottrina, quando l’art. 808-*bis* richiede che il rapporto non contrattuale sia determinato, in realtà non fa riferimento a criteri economici o sociologici, ma ad un preciso criterio giuridico: il rapporto è determinato quando ne sono indicati gli elementi identificativi, ossia gli elementi che valgono a tenerlo distinto da ogni altra situazione giuridica soggettiva⁽⁵⁵⁾. Ora, mentre nell’art. 808 c.p.c. vi è il riferimento al contratto, e ciò consente di ritenere determinato il rapporto attraverso l’indicazione del titolo da cui il rapporto sorge, nell’art. 808-*bis* c.p.c., mancando ogni riferimento, in positivo, alla fattispecie costitutiva del rapporto, -invero, la disposizione stabilisce unicamente che non deve sorgere da contratto- il legislatore non può fare altro che esplicitare il requisito della determinatezza, così rimettendo alle parti il compito di individuare, di volta in volta, il rapporto giuridico. Questa indagine deve essere condotta adoperando i criteri di cui da si avvale la dottrina processualcivilistica per l’individuazione dei rapporti sostanziali, nel quadro della teorica dell’oggetto del processo e del giudicato. Sulla base di tali criteri, l’indicazione della fattispecie costitutiva del rapporto si rivela necessaria solo laddove essa valga ad identificare la situazione giuridica soggettiva di cui si chiede tutela. Da qui la necessità di

⁽⁵⁴⁾ Il riferimento è all’interessante contributo di MOTTO, *La convenzione di arbitrato per controversie future relative a rapporti non contrattuali*, in *Commentario alle riforme del processo civile, Arbitrato*, a cura di Briguglio e Capponi, III, 2, Padova, 2009, 516 ss.

⁽⁵⁵⁾ MOTTO, *op. cit.*, 521 ss.

tenere distinte le differenti tipologie di situazioni giuridiche soggettive a seconda che per la loro identificazione sia necessaria (diritti eterodeterminati) oppure no (diritti autodeterminati) l'indicazione del relativo titolo d'acquisto⁽⁵⁶⁾.

2.1. Segue: *I diritti autodeterminati (diritti reali e diritti di credito a prestazioni di specie)*.

Secondo la teorica dell'oggetto del processo -argomenta questa dottrina- l'individuazione dei diritti di cui si chiede tutela è un'operazione che deve tener conto della diversità delle situazioni sostanziali che possono essere dedotte in giudizio, perché i criteri di identificazione dei diritti non sono sempre gli stessi: non tutti i diritti, cioè, si qualificano in base agli stessi elementi. Una prima categoria di diritti è costituita dai diritti c.d. *autodeterminati*, i quali si identificano in base al titolare del diritto, al bene che ne costituisce l'oggetto e, a seconda che si tratti di diritti reali o di diritti di credito ad una prestazione determinata, al tipo di utilità garantito dall'ordinamento o al contenuto della prestazione cui il titolare ha diritto. Nessuna rilevanza, per contro, deve essere attribuita, ai fini della loro identificazione, alla fattispecie da cui sono sorti. Il diritto, infatti, rimane identico qualunque sia la sua fattispecie costitutiva, tanto che si afferma che «al moltiplicarsi dei titoli di acquisto non consegue il moltiplicarsi dei diritti»⁽⁵⁷⁾. Il paradigma classico di diritto autodeterminato è costituito dal diritto di proprietà. Tale diritto è identificato attraverso la persona del titolare, il bene, mobile o immobile, sul quale esso insiste e l'attribuzione di un'utilità costituita dalla proprietà sul bene. Per contro, nessuna rilevanza assume ai fini della sua identificazione il titolo di acquisto su cui è fondata la posizione di dominio⁽⁵⁸⁾. Oltre alla proprietà, sono diritti autodeterminati anche gli altri diritti

⁽⁵⁶⁾ 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.

⁽⁵⁷⁾ LUISSO, *Diritto processuale civile*, I, *Principi generali*, Milano, 2007, 58.

⁽⁵⁸⁾ Non rileva ai fini della qualificazione e della distinzione di questo diritto dalle altre situazioni sostanziali la circostanza che esso sia stato acquistato per usucapione, per disposizione testamentaria o per donazione. Viceversa, il mutamento dell'utilità garantita determina il mutamento dell'effetto giuridico: ad es., l'usufrutto attribuisce un'utilità diversa dalla proprietà. La configurazione dei diritti reali in questi termini deriva dall'impossibilità di affermare la coesistenza, in un determinato momento storico, di più diritti reali su uno stesso bene, oltre che dalla circostanza che, una volta acquistato un diritto reale, ulteriori titoli di acquisto non sono

reali di godimento previsti dal codice civile: servitù, usufrutto, superficie, uso e abitazione⁽⁵⁹⁾. Vi sono poi diritti che sono considerati autodeterminati sebbene non siano diritti assoluti, né reali, ma diritti di credito. E' il caso del diritto alla consegna o al rilascio di un bene determinato e del diritto alla prestazione di un *facere* (o ad un non *facere*) infungibile, che «sono unici e irripetibili, sia in riferimento alla prestazione dovuta dal debitore che all'interesse del creditore»⁽⁶⁰⁾. Orbene, secondo questa ricostruzione, la convenzione di arbitrato per liti future relative ad un rapporto non contrattuale del tipo "autodeterminato" 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 può essere in ipotesi costituito da uno qualsiasi dei titoli di acquisto non contrattuale. Ora, poiché al variare della fattispecie costitutiva non varia la situazione giuridica sostanziale, qualsiasi domanda, purché ricompresa nei limiti oggettivi del rapporto non contrattuale, potrà essere proposta davanti al giudice privato, a prescindere dalla *causa petendi* in concreto invocata; in tal caso, per i titoli di acquisto diversi dal contratto, il vincolo compromissorio trova la sua fonte in una convenzione arbitrale *ex art. 808-bis*⁽⁶¹⁾. Per chiarire meglio questo ragionamento, l'Autore propone un esempio: due soggetti concludono un contratto di compravendita, al cui interno inseriscono una clausola compromissoria; tale convenzione, però, relativamente alle controversie sul diritto di proprietà, vincola le parti solo per le azioni in cui, come fatto costitutivo del diritto, è allegato il contratto; non le vincola, invece, relativamente alle domande in cui l'identico diritto sia fatto discendere da un titolo di acquisto diverso (ad es., usucapione). In situazioni come questa, avvalendosi del nuovo istituto previsto dall'art. 808-*bis*, le parti potrebbero stipulare una clausola che non ricomprensca, *more solito*, le

ideali a modificare la natura del diritto, che resta sempre lo stesso (*amplius quam semel res mea esse non potest*). Per questa ed altre considerazioni in ordine all'identificazione dei diritti reali, v. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., 212 ss.

⁽⁵⁹⁾ L'inquadramento del diritto di servitù nella categoria dei diritti autodeterminati sembrerebbe doversi escludere in ragione dalla ipotizzata coesistenza di più diritti tra lo stesso fondo servente e lo stesso fondo dominante. Secondo CONSOLO, *Domanda giudiziale*, cit., 72, «in tale ipotesi è da ritenere piuttosto che sussistano invece una pluralità di diritti, o in quanto diverso è il contenuto materiale del diritto stesso, o perché, se pure apparentemente sembrano esservi più diritti di identico contenuto, questi in realtà si distingueranno per una diversa localizzazione materiale».

⁽⁶⁰⁾ CONSOLO, *op. cit.*, 73. Nota l'A. che la configurazione in questi termini dei diritti di credito ad una prestazione specifica «si spiega in base all'idea che da una prospettiva eminentemente focalizzata sul dovere di comportamento del debitore si trascorra ormai ad una volta a conferire preminente rilievo invece al diritto del creditore ad un risultato corrispondente alla soddisfazione del suo specifico interesse protetto». Considerazioni analoghe sono svolte da MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., 215.

⁽⁶¹⁾ MOTTO, *La convenzione di arbitrato per controversie future*, cit., 522.

controversie inerenti il contratto, ma, direttamente, le liti relative al diritto di proprietà sul bene. Come si spiegherà più avanti nel corso della trattazione, questa ricostruzione non ci sembra compatibile con il quadro normativo delineato dalla novella del 2006.

2.2. *Segue: I diritti eterodeterminati (casi in cui l'obbligazione è l'effetto di un più ampio rapporto giuridico complesso; casi in cui l'obbligazione deriva da un rapporto giuridico semplice).*

Diverso, sempre secondo questo orientamento, è il caso dei diritti c.d. eterodeterminati, i quali possono essere definiti come situazioni sostanziali per la cui identificazione è necessaria, oltre all'indicazione dei soggetti e dell'oggetto del rapporto, anche l'indicazione della fattispecie costitutiva del diritto, potendo tra gli stessi soggetti intercorrere più rapporti giuridici del medesimo contenuto⁽⁶²⁾. Sono diritti eterodeterminati i diritti di credito aventi ad oggetto una prestazione ripetibile, in specie al pagamento di una somma di denaro.

Ora, dovendo stabilire le modalità con cui la convenzione di arbitrato opera in concreto nell'ambito dei diritti eterodeterminati, questa dottrina distingue tra due ordini di ipotesi: da un lato, si pongono i casi in cui il diritto di credito è l'effetto di un più ampio rapporto complesso, sia esso un rapporto obbligatorio o una situazione di carattere assoluto; dall'altro lato, i casi in cui l'obbligazione è invece l'effetto di un rapporto giuridico semplice, ossia costituito da una sola coppia diritto-obbligo.

Nel primo ordine di ipotesi, la circostanza che il diritto di credito rappresenti uno degli effetti di un più ampio rapporto complesso consente di ritenere determinato il rapporto obbligatorio per il quale è effettuata la scelta compromissoria mediante l'indicazione della situazione giuridica fondamentale da cui deriva. A questo fine,

⁽⁶²⁾ Secondo LUISO, *Diritto processuale civile*, I, cit., 59 la rilevanza della fattispecie costitutiva per l'identificazione del diritto non deve lasciare supporre che sia sufficiente alterare un qualunque elemento di fatto per mutare anche il diritto, oggetto della domanda. Laddove, infatti, un diverso fatto storico sia sussumibile all'interno della stessa fattispecie costitutiva, ciò potrebbe non determinare una modificazione della situazione sostanziale, ma una mera variazione della fattispecie costitutiva. Per contro, può accadere che la diversità del fatto importi anche la modificazione della fattispecie costitutiva, senza però che ancora una volta questo implichi la modificazione della situazione soggettiva. In questi casi non si è in presenza di più diritti diversi, giacché l'esistenza di un diritto escluda l'esistenza dell'altro. A titolo di esempio, l'A. nota come «il diritto al risarcimento del danno subito in un incidente stradale rimane identico anche se variano le modalità con cui si è verificato l'incidente stesso». In argomento vedi anche MANDRIOLI, *Riflessioni in tema di «petitum» e di «causa petendi»*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 473.

non rileva che il diritto alla prestazione, derivante dal rapporto complesso, si sia già prodotto, o meno, nella sfera del titolare, all'atto della stipula del patto compromissorio: il riferimento operato dalla convenzione arbitrale al rapporto complesso, generatore dell'effetto obbligatorio, soddisfa pienamente il requisito della determinatezza imposto dall'art. 808-*bis*. Quale ipotesi paradigmatica, questa dottrina richiama il rapporto di condominio: i contitolari del diritto di proprietà sulle parti comuni dell'edificio, mediante la stipula di una convenzione arbitrale *ex art. 808-bis*, possono deferire in arbitri le controversie relative agli oneri ed alle spese inerenti ai beni condominiali.

Nel secondo gruppo di ipotesi l'obbligazione trae invece origine da un rapporto giuridico semplice, ossia un rapporto giuridico con una sola coppia diritto-obbligo. Qui non è possibile isolare un rapporto giuridico autonomo rispetto alla coppia diritto-obbligo in cui l'obbligazione consiste: il perfezionamento della fattispecie costitutiva del rapporto -composta da meri fatti storici o da fatti-diritti, tecnicamente pregiudiziali rispetto all'effetto obbligatorio- coincide con la nascita dell'obbligazione. Per meglio chiarire, valgano le seguenti considerazioni. Quando l'obbligazione origina da un rapporto complesso, vi è sempre un qualche intervallo di tempo, anche minimo, tra il momento in cui il rapporto viene ad esistenza e il sorgere dell'obbligazione⁽⁶³⁾. Prima sorge il rapporto, e le parti concludono la convenzione di arbitrato *ex art. 808-bis*; poi sorge il diritto di credito di uno dei soggetti del rapporto e il titolare di esso, in esecuzione della convenzione, propone la domanda di arbitrato. Nei rapporti con una sola coppia diritto-obbligo, invece, un intervallo di tempo tra la venuta ad esistenza del rapporto e l'insorgenza dell'obbligazione manca completamente, perché l'obbligazione nasce insieme al rapporto e, anzi, per effetto della venuta ad esistenza di esso. La conseguenza, allora, è che prima di questo momento le parti non sono in grado di indicare la fattispecie che ne costituisce il titolo e, pertanto, non sono in condizione di "determinare" il rapporto nei termini voluti dall'art. 808-*bis* c.p.c. Per esemplificare, si pensi ai casi di ripetizione dell'indebito, di ingiustificato arricchimento o di risarcimento del danno derivante da fatto illecito. In tutti questi casi, prima del verificarsi del fatto storico del pagamento indebito, dell'arricchimento ingiustificato, del fatto illecito dannoso, il patto compromissorio potrebbe in concreto contenere solo una mera indicazione della

(⁶³) Ovviamente può darsi il caso che l'obbligazione non venga mai ad esistenza, con la conseguenza che le parti non azioneranno mai la loro pretesa davanti agli arbitri.

tipologia di rapporti per i quali le parti vogliono istituire la competenza degli arbitri (*i.e.* tutte le future ed eventuali azioni di ingiustificato arricchimento), ma una tale soluzione si porrebbe in contrasto con l'art. 808-*bis* c.p.c., che, ai fini della determinabilità del rapporto non contrattuale, esige invece l'indicazione del fatto storico generatore della pretesa. La conseguenza, spiega allora questa dottrina, è che per questa tipologia di rapporti la convenzione arbitrale per liti future ha un ambito di operatività limitato a quei casi in cui l'obbligazione di natura non contrattuale sussiste tra soggetti le cui sfere giuridiche sono poste in relazione da un preesistente contratto, al quale è già apposta la clausola compromissoria.

In definitiva, dunque, l'orientamento fin qui esposto può essere così sintetizzato: nell'ambito dei rapporti autodeterminati, i rapporti devono intendersi determinati anche senza l'indicazione della fattispecie costitutiva; ove poi questa sia diversa dal contratto, il vincolo compromissorio trova la sua fonte in una convenzione di arbitrato *ex art. 808-bis*: ciò significa che apposta al contratto una clausola compromissoria, tale convenzione vincola le parti solo per le azioni in cui, come fatto costitutivo del diritto, è allegato il contratto, mentre non le vincola relativamente alle domande in cui l'identico diritto sia fatto discendere da un titolo di acquisto diverso, cioè non contrattuale. Quando invece il rapporto è eterodeterminato, bisogna distinguere: se il rapporto è complesso, esso è determinato mediante l'indicazione della situazione giuridica fondamentale da cui deriva; se è semplice, la sua determinazione avviene mediante il riferimento al rapporto contrattuale sottostante. In entrambi i casi, solo l'apposizione al contratto di una convenzione non contrattuale *ex art. 808-bis* consente di deferire ad arbitri le liti non traenti origine dal contratto (per es., ingiustificato arricchimento).

Come si spiegherà in seguito, anche quest'ultima soluzione non ci sembra in linea con l'attuale dato normativo.

3. *Critica della tesi secondo cui, in presenza della clausola compromissoria, la cognizione degli arbitri è circoscritta alle pretese aventi titolo nel contratto.*

La tesi esposta finora perviene a conclusioni in parte non condivisibili. Non vogliamo mettere in discussione la possibilità, pure affermata dall'Autore, di utilizzare la convenzione di arbitrato *ex art. 808-bis* per sottomettere ad arbitri la

decisione delle controversie non contrattuali che insorgono tra soggetti legati esclusivamente da un rapporto di natura non contrattuale (cioè non legate *anche* da un rapporto contrattuale), ovvero la possibilità delle parti legate da un contratto al quale non sia stata apposta la clausola compromissoria di utilizzare appositamente la convenzione arbitrale *ex art. 808-bis* per far decidere da arbitri le controversie di natura non contrattuale. Ciò che non condividiamo è la soluzione proposta in relazione ai casi di rapporti giuridici autodeterminati ed eterodeterminati in cui fatto costitutivo del rapporto sia *anche* un contratto, in relazione ai quali il richiamato orientamento esclude che il vincolo compromissorio possa estendersi anche alle pretese aventi un titolo di acquisto diverso dal contratto. Più precisamente, non si condivide l'idea che, apposta al contratto una clausola compromissoria, tale convenzione vincoli le parti soltanto per le azioni in cui, come fatto costitutivo del diritto, è allegato il contratto, mentre non le vincola per tutte le altre domande che abbiano un titolo di acquisto non contrattuale. Se questa impostazione fosse corretta, dovrebbe derivarsene che la competenza degli arbitri a giudicare sull'intera situazione sostanziale sarebbe ammessa soltanto ove le parti si siano preoccupate di affiancare alla clausola compromissoria la convenzione di arbitrato regolata dall'art. 808-*bis*, ciò che, nella pratica, potrebbe avvenire anche soltanto dichiarando nel patto compromissorio che sono devolute alla cognizione degli arbitri tutte le controversie relative al rapporto, dato che i requisiti di forma richiesti per i due modelli di convenzione arbitrale sono identici. Una soluzione siffatta, però, si pone a nostro avviso in aperto contrasto con il dato normativo, il quale sembra piuttosto autorizzare la conclusione opposta, e cioè che, di fronte ad un rapporto contrattuale dal quale possano potenzialmente scaturire liti non contrattuali (si pensi, per riprendere gli esempi proposti da questa dottrina, ad una domanda di ripetizione dell'indebitato o di ingiustificato arricchimento), la clausola compromissoria è in grado di coprire anche tali controversie, e ciò finanche quando manchi un'espressa volontà delle parti in tal senso. Occorre infatti tenere presente che, sebbene il legislatore abbia delimitato i rispettivi ambiti di applicazione della convenzione non contrattuale e della clausola compromissoria facendo esplicito riferimento, per la prima, alle «controversie [...] relative a uno o più rapporti non contrattuali», e per la seconda, alle «controversie nascenti dal contratto», i tre modelli delineati dalla legge «non corrispondono ad altrettanti tipi

contrattuali: si tratta soltanto di diverse fogge che un solo tipo di contratto, la convenzione arbitrale, può assumere, per cui si può dire che la distinzione abbia una mera funzione esplicativa dei modi di impiego della scelta arbitrale»⁽⁶⁴⁾. Nella prospettiva del legislatore della novella, l'attenzione viene spostata sull'ambito oggettivo del patto compromissorio, mentre la sua qualifica formale non rileva. Questo significa che a prescindere dal *nomen iuris* dato dalle parti, è ben possibile che «una clausola compromissoria [assuma] al contempo la veste di convenzione arbitrale non contrattuale ove alla lite non contrattuale si affianchi una controversia su un diritto extracontrattuale derivante dal rapporto negoziale»⁽⁶⁵⁾. A giustificare questa soluzione sono in prima battuta i criteri di interpretazione del patto compromissorio, che si rifanno ai canoni generali del contratto e danno rilievo alla volontà delle parti più che alla denominazione formale del patto. Decisivo, in particolare, è il contributo offerto dal nuovo art. 808-*quater*, a termini del quale la convenzione di arbitrato, in caso di incertezza, comprende tutte le liti «che derivano dal contratto o dal rapporto cui la convenzione si riferisce». Non vi è dubbio, infatti, che con il riferimento al «rapporto» tale norma abbia voluto offrire una soluzione anche per quei casi in cui, a fronte di una clausola compromissoria apposta al contratto, è dubbio se la competenza degli arbitri si estenda altresì alle pretese non contrattuali occasionate proprio dal rapporto contrattuale⁽⁶⁶⁾. Per il passato, la giurisprudenza era orientata prevalentemente nel senso che la convenzione arbitrale dovesse interpretarsi in senso restrittivo, di guisa che gli arbitri potessero conoscere solo le liti aventi propriamente titolo nel contratto. Sussistevano tuttavia significative prese di posizione diverse, giacché per un certo numero di precedenti giurisprudenziali la

⁽⁶⁴⁾ ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, 149. Secondo l'A., c'è nelle intenzioni del legislatore una precisa volontà di semplificazione della disciplina del patto compromissorio, attraverso una progressiva unificazione delle *species* all'interno di un unico *genus*, la convenzione arbitrale.

⁽⁶⁵⁾ ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, 150.

⁽⁶⁶⁾ Secondo NELA, *Commento all'art. 808 quater*, in *Recenti riforme del processo civile*, a cura di Chiarloni, II, Bologna, 2007, 1652-3, l'opzione espressa dal legislatore della riforma in favore della interpretazione estensiva della convenzione arbitrale si manifesta già a livello semantico: «sussiste infatti una sensibile differenza di significato fra la proposizione “le controversie che derivano dal contratto” formulata dall'art. 808 *quater* e l'inciso sulle controversie “nascenti dal contratto” contenuto nell'art. 808 c.p.c. [...] La scelta dell'espressione “derivano”, in luogo di quella “nascenti”, pare [...] finalizzata a far sì che le convenzioni arbitrali operino per due ordini di controversie, che dal contratto derivano, ma non ne nascano: quelle che sorgono dopo la scadenza o comunque la perdita di effetti del contratto; e quelle che, anziché sorgere dal contratto, si fondano sulla legge, o per meglio dire riguardino le conseguenze legali che dal contratto derivano». Sul punto, v. anche ATTERITANO, *Commento all'art. 808-*quater**, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di Briguglio, Capponi, 2009, 572, il quale reputa inopportuno operare distinzioni di sorta tra le diverse opzioni linguistiche impiegate nei due articoli di legge.

clausola compromissoria poteva estendersi a tutte le pretese relative al rapporto, comprese quelle di origine non contrattuale, fermo restando il potere delle parti di disporre diversamente⁽⁶⁷⁾. Con la nuova norma il legislatore supera le contraddizioni della giurisprudenza e si schiera a favore dell'interpretazione estensiva della convenzione di arbitrato. In termini concreti, ciò significa che si può giungere ad ammettere la devoluzione ad arbitri di pretese non contrattuali traenti origine dal contratto non soltanto quando la clausola compromissoria contenga l'espresso riferimento, accanto alle liti nascenti dal contratto, ad eventuali controversie di natura non contrattuale, sempre connesse al regolamento negoziale -caso rispetto al quale, ovviamente, il criterio estensivo in parola non opera-, ma anche quando la clausola compromissoria non faccia espresso riferimento a tali controversie, grazie appunto alla presunzione di estensione della scelta arbitrale all'intero rapporto giuridico⁽⁶⁸⁾. Come è intuibile, il guadagno in termini di economia processuale è notevole: estendendosi la competenza degli arbitri anche all'accertamento di obbligazioni che non hanno nel contratto la loro fonte, si evita che le parti siano costrette a promuovere un separato giudizio davanti al giudice statale per ottenere la decisione di controversie relative al medesimo rapporto dal quale scaturiscono anche le pretese contrattuali.

Vi è poi un ulteriore argomento a favore dell'estensione della clausola compromissoria a tale tipologia di pretese, ed è un argomento di carattere esegetico. L'art. 808-*bis* dice che la devoluzione ad arbitri delle controversie non contrattuali deve avvenire sulla base di una convenzione arbitrale «apposita». Questa espressione, a nostro modo di vedere, vuole propriamente impedire che tra le due tipologie di patto compromissorio possa venire a crearsi un possibile ambito di sovrapposizione. Proviamo a spiegarci. Quando le sfere giuridiche delle parti sono già messe in relazione da un rapporto di natura contrattuale, le controversie non contrattuali possono giungere agli arbitri, per così dire, attraverso due strade.

Se al contratto è stata apposta la clausola compromissoria, l'art. 808-*quater* consente di radicare la competenza degli arbitri anche sulle pretese non aventi titolo nel contratto: in questo caso, pertanto, non è necessario che le parti

⁽⁶⁷⁾ Per riferimenti alla giurisprudenza anteriore all'entrata in vigore della riforma dell'arbitrato, v. cap. I, § 6.

⁽⁶⁸⁾ ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, 150; RUFFINI, in *Cod. proc. civ.*, a cura di Consolo e Luiso, III, Milano, 2007, 5708; NELA, in *Recenti riforme del processo civile*, a cura di Chiarloni, II, Bologna, 2007, 1627.

affianchino alla clausola compromissoria una distinta convenzione non contrattuale allo scopo di estendere la competenza dei giudici privati anche a quelle liti.

Quando, viceversa, le parti sono unite da un preesistente legame contrattuale, ma non hanno stipulato una clausola compromissoria per devolvere agli arbitri le liti derivanti da quel contratto, le controversie di natura non contrattuale possono essere rimesse in arbitrato mediante un'*apposita* convenzione di arbitrato non contrattuale. Si pensi, per fare un esempio, al caso di due imprenditori, legati da un rapporto contrattuale concernente la produzione di un determinato prodotto, i quali stipulano una convenzione arbitrale mediante la quale deferiscono ad arbitri la decisione delle controversie, aventi natura extracontrattuale, relative al marchio, il suo uso e, in generale, gli atti di concorrenza sleale concernenti il bene oggetto dell'accordo commerciale. In questo caso la preesistente (se non sul piano cronologico, sicuramente sul piano logico) relazione giuridica tra le parti, avente titolo nel contratto, consente di selezionare un particolare compendio di fatti generatori di obbligazioni, e di validamente operare la scelta a favore della giustizia privata riguardo ai rapporti obbligatori che da tali fatti derivano.

Per sintetizzare, dunque, si può dire che l'«*apposita*» convenzione non contrattuale immaginata dal legislatore all'art. 808-*bis* sia: *a*) la convenzione arbitrale adoperata per il deferimento ad arbitri delle liti non contrattuali insorgenti tra soggetti legati *esclusivamente* da una relazione non contrattuale (es.: lite tra proprietario del fondo dominante e proprietario del fondo servente nell'ambito di una servitù non contrattuale); *b*) la convenzione non contrattuale adoperata per la devoluzione ad arbitri delle liti non contrattuali insorte tra soggetti legati da un rapporto di natura contrattuale, allorquando al contratto non sia stata apposta la clausola compromissoria.

4. *Il patto compromissorio omnibus.*

Altro problema posto dalla necessità che il rapporto fonte delle situazioni giuridiche sostanziali dedotte nel giudizio arbitrale sia determinato 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. La dottrina, pressoché all'unanimità⁽⁶⁹⁾, esclude che detto patto possa essere ammesso nel nostro ordinamento, per ragioni sia sostanziali che processuali.

Dal punto di vista processuale, il patto compromissorio *omnibus* è considerato nullo perché contrario all'art. 29 c.p.c., il quale stabilisce che l'accordo di deroga alla competenza territoriale del giudice deve essere fatto per iscritto e «riferirsi ad uno o più affari determinati». Da questa norma la dottrina fa tradizionalmente derivare un generale sfavore dell'ordinamento verso le deroghe eccessivamente ampie alla giurisdizione dello Stato: l'obiettivo del legislatore è quello di impedire ai privati di sottrarsi al giudice legalmente competente per ogni possibile futura controversia che dovesse insorgere tra loro⁽⁷⁰⁾. Allo stesso modo, in materia di arbitrato, la determinatezza del rapporto implica che le parti non possano rinunciare in via generalizzata alla giurisdizione statale per la tutela dei propri diritti, ma debbano indicare, al momento della stipula della convenzione, il rapporto o i rapporti dai quali potranno generare le future controversie. Quello offerto dalla norma è dunque un argomento *a fortiori*: poiché è vietato sottrarsi in modo generalizzato al giudice naturale competente per legge, scegliendo un diverso giudice sempre nell'ambito della giurisdizione, a maggior ragione non può essere consentito sottrarsi al proprio giudice naturale, quando tale scelta avviene in favore di giudici privati.

Sul piano sostanziale, l'inammissibilità della convenzione arbitrale *omnibus* appare invece giustificata dalla necessità di garantire l'osservanza dell'art. 1346 c.c., a norma del quale l'oggetto del contratto deve essere determinato o determinabile. Invero, posto che l'oggetto del patto compromissorio è la singola controversia o le controversie deferite alla decisione degli arbitri, la convenzione

⁽⁶⁹⁾ 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».

⁽⁷⁰⁾ L'analogia tra il patto compromissorio *omnibus* e quello di deroga alla competenza del giudice è messa in evidenza da ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile* 3, I, Napoli, 1957, 105 ss. Sull'argomento, vedi anche SEGRÈ, *Della competenza per territorio*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da Allorio, I, 1, Torino, 1973, 296 ss.

arbitrale per liti future, al momento della sua stipula, ha, per definizione, un oggetto non ancora determinato: non solo, infatti, la controversia non è attuale, perchè sul piano sostanziale non è ancora sorta contestazione, ma neppure ne è prefigurato il suo concreto contenuto, il quale verrà determinato solo mediante la proposizione della domanda arbitrale ed, eventualmente, la precisazione dei quesiti. In questo quadro, l'indicazione nel patto compromissorio del rapporto giuridico costituente il titolo delle controversie, che le parti vogliono vedere decise da arbitri per il caso della loro insorgenza, assicura la determinabilità dell'oggetto del negozio arbitrale.

Come si vede, la scelta di impedire alle parti di rinunciare in via generalizzata alla giurisdizione del giudice dello Stato viene realizzata dal legislatore soltanto a livello di legge ordinaria. Tale limitazione, per contro, non trova fondamento nella Costituzione: la Corte costituzionale ha, per esempio, negato che l'arbitrato possa essere un mezzo per sottrarre la controversia al suo giudice naturale, in violazione dell'art. 25, 1° comma, Cost. Detto principio, infatti, impone il divieto di interdire il ricorso al giudice precostituito attraverso la creazione di un giudice *ad hoc*, e dunque si rivolge unicamente ai giudici appartenenti all'autorità giudiziaria, mentre non ha ragione di operare nei confronti dell'arbitrato, il quale è il risultato di una libera scelta dei privati. Detto in altri termini, nell'art. 25 Cost. vi è un divieto di interdire il ricorso al giudice istituito, non pure una limitazione al potere soggettivo di scegliere tra giudici ugualmente competenti secondo l'ordinamento generale o fra più procedimenti ugualmente preordinati e concorrenti tra loro secondo l'ordinamento stesso: il procedimento arbitrale, inquadrato com'è tra quelli speciali, pone *sic et simpliciter* al soggetto un'alternativa con il procedimento ordinario⁽⁷¹⁾. In modo analogo a questo, anche

⁽⁷¹⁾ Si tratta della celebre sentenza della Corte Cost. 12 febbraio 1963, n. 2, nella quale si legge ancora: «Nemmeno se si tiene conto che il giudice della impugnazione della sentenza arbitrale non è il giudice che sarebbe stato competente ove non si fosse adito l'arbitro, si vede, nell'arbitrato un mezzo diretto a sottrarre la controversia al giudice naturale. Quella che sorge per evitare di soggiacere alle valutazioni dell'arbitro attenendo principalmente al controllo dell'attività di lui non ha il medesimo oggetto della controversie deferitagli; di modo che non deve necessariamente essere conosciuta dal giudice che sarebbe stato competente a decidere sulla controversia definita con il lodo. Vero è che, ove il giudice dell'impugnazione dichiara nulla la sentenza arbitrale, deve decidere il merito della causa, per quanto non abbia competenza a conoscerne secondo le regole del procedimento ordinario. Ma la norma che così dispone è essa stessa indicativa del giudice naturale competente a decidere sulla controversia nell'ipotesi considerata; e non può sindacarsi in questa sede il criterio cui la norma stessa ha obbedito nel determinare questa competenza, nessun vincolo alla discrezionalità legislativa essendo stato posto in argomento dalla Costituzione». Nel senso che l'attribuzione al *dictum* degli arbitri di effetti omologhi alla sentenza non integri violazione dell'art. 25, co. 1, Cost. si esprimono anche BOCCAGNA, *L'impugnazione per nullità del*

la Commissione europea dei diritti dell'uomo ha escluso che esista un collegamento tra il principio del giudice naturale e la scelta del procedimento arbitrale fatta dai compromittenti⁽⁷²⁾. La conclusione, allora, è che il legislatore è libero sotto il profilo costituzionale di regolamentare nel modo che ritiene più opportuno l'ambito di autonomia dei privati, onde il problema diventa semmai quello di verificare se sono immaginabili soluzioni che consentano il rispetto del requisito di determinatezza imposto dall'art. 808-bis c.p.c.

5. *L'inammissibilità del patto compromissorio omnibus per contrasto con l'art. 1346 c.c.*

Secondo una parte della dottrina, l'idea che la necessità di limitare la convenzione di arbitrato ai soli rapporti determinati sia imposta dall'esigenza di garantire l'osservanza dell'art. 1346 c.c. non sarebbe sostenibile. Questa dottrina ha infatti osservato che poiché il contenuto del patto compromissorio consiste in controversie che saranno in concreto determinate dalle parti solo successivamente alla stipula del patto stesso, «indicare tale contenuto con riferimento a “tutte le controversie insorgenti tra Tizio e Caio relative ad uno specifico contratto” oppure a “tutte le controversie insorgenti tra Tizio e Caio relative ad un (determinato) rapporto giuridico non contrattuale” o, addirittura, a “tutte le controversie tra Tizio e Caio”, non implica alcuna variazione sul piano della determinabilità, ma comporta solamente un ampliamento della categoria e del numero delle liti devolvibili ad arbitri»⁽⁷³⁾.

Sempre secondo questa dottrina, la tesi dell'inammissibilità del patto per contrasto con l'art. 1346 c.c. non sarebbe praticabile neppure sotto il profilo della *ratio* della norma invocata. Il legislatore ha infatti previsto il requisito della determinatezza o determinabilità delle private convenzioni sul presupposto che, laddove non sia possibile stabilire in che cosa debbano consistere le prestazioni delle parti, non è possibile attribuire efficacia al contratto, se non a seguito

lodo, Napoli, 2005, 199; RUFFINI, *In tema di interpretazione della clausola compromissoria: i «dubbi» della Suprema Corte e l'art. 1367 cod. civ.*, in *Riv. arb.*, 1999, 53 ss.; GROPPOLI, *Brevi osservazioni in ordine al principio della irretroattività della legge e alla garanzia del giudice naturale preconstituito per legge*, consultabile su www.judicium.it.

⁽⁷²⁾ Cfr. RECCHIA, *Arbitrato e Convenzione europea dei diritti dell'uomo (prospettive metodologiche)*, in *Riv. arb.*, 1993, 381 ss.; CONSOLO, *L'equo processo arbitrale nel quadro dell'art. 6, §1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 453 ss.

⁽⁷³⁾ La notazione è di FESTI, *La clausola compromissoria*, cit., 195.

dell'intervento del giudice. Prova di tanto è offerta dall'analisi del dato positivo, dalla quale emerge che per impedire che l'indeterminatezza dell'oggetto ridondi a danno della validità del contratto, il legislatore ha previsto che la volontà dei soggetti possa venire integrata dalla legge (art. 1815, I° comma, c.c. e art. 1284, II° comma, c.c.), dagli usi (art. 1657 c.c.), da un terzo (art. 1349 c.c.), da una delle parti (1956 c.c.) o da un mero fatto (1288 c.c.). Da tutte queste norme, insomma, emerge che ove le parti non abbiano indicato le prestazioni oggetto del contratto e queste non siano in altro modo determinabili, il contratto non è in grado di produrre effetti. Ebbene, tale ultimo inconveniente non può mai verificarsi nel caso della convenzione arbitrale, posto che, tanto nell'ipotesi che i compromittenti facciano riferimento a tutte le controversie derivanti dal rapporto, tanto nell'ipotesi che siano devolute ad arbitri tutte le possibili controversie che dovessero in futuro insorgere tra le parti, residuerebbe sempre il potere di ciascuno dei soggetti della convenzione arbitrale di determinare la propria pretesa attraverso la proposizione della domanda arbitrale e le precisazioni che vengono proposte nel corso del procedimento. Detto in altri termini, sono sempre le parti a determinare il contenuto della convenzione arbitrale, e ciò basta per considerare determinato l'oggetto della convenzione medesima⁽⁷⁴⁾.

Questa impostazione, a nostro avviso, non può essere condivisa. Le ragioni sono presto dette.

Come è stato osservato da una recente dottrina che si è occupata di questo tema, è un dato oramai acquisito nella moderna teorica delle situazioni sostanziali che l'oggetto della domanda giudiziale, e dunque del processo e del giudicato, non può ritenersi individuato mediante la mera qualificazione in diritto prospettata dalle parti nella domanda giudiziale⁽⁷⁵⁾. Posto che oggetto del processo è la situazione soggettiva concreta, meramente affermata, ciò che individua il diritto è il concreto accadimento storico generatore della pretesa, e non già la prospettazione giuridica compiuta dalla parte. Ne consegue, in relazione all'art. 808-*bis*, che il rapporto giuridico può dirsi determinato solo se esso è individuato mediante l'indicazione del concreto accadimento generatore della pretesa; per contro, non è sufficiente, in quanto privo di rilievo ai fini dell'identificazione della

⁽⁷⁴⁾ FESTI, *op. cit.*, 195 ss.

⁽⁷⁵⁾ MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 218 ss.; 226 ss.; CONSOLO, *Domanda giudiziale*, cit., 73 ss.; in senso parzialmente diverso, CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, cit., 186 ss., spec. 189 ss.

situazione giuridica sostanziale, l'indicazione del tipo normativo (*scilicet*, ogni sinistro stradale) al quale il rapporto deve essere ricondotto⁽⁷⁶⁾. La correttezza di questa osservazione è confermata dalle seguenti considerazioni.

In primo luogo, quando 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 che la norma mira ad evitare⁽⁷⁷⁾.

In secondo luogo, 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. L'inconveniente pratico cui questa soluzione darebbe luogo è efficacemente illustrato dalla dottrina a cui si devono queste considerazioni. Essa osserva che «posto che il patto compromissorio ha ad oggetto controversie su diritti; che al variare della qualificazione giuridica della *causa petendi* non corrisponde un mutamento del rapporto sostanziale; ne discende che la differente prospettazione in diritto della fattispecie concreta non può incidere sull'ambito di efficacia del

⁽⁷⁶⁾ In questo senso, v. MOTTO, *La convenzione*, cit., 522, che però precisa che tale indicazione si rende necessaria solo laddove la situazione giuridica abbia carattere eterodeterminato, mentre non è indispensabile quando la situazione soggettiva è autodeterminata, giacché in tal caso ai fini dell'identificazione del diritto non è necessaria l'indicazione della sua fattispecie costitutiva. Per considerazioni analoghe a quelle riportate nel testo, vedi anche MATTIROLI, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, cit., I, 666, secondo cui «non è dato invero ad alcuno di rinunciare generalmente ed indeterminatamente ad un suo diritto. L'oggetto della convenzione deve essere determinato almeno nella sua specie: e assolutamente indeterminato e indeterminabile sarebbe l'oggetto del compromesso, il quale volgesse sopra tutte le possibili questioni, che siano per sorgere tra due persone; non potendosi, in alcun modo, prevedere se e quali questioni saranno in avvenire per nascere tra i due contraenti». Per SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 2, 219, «la inammissibilità di un compromesso generale non dipende tanto da un divieto della legge, quanto dalla impossibilità della legge di consentirlo, perché se lo consentisse verrebbe ad attribuire al soggetto come tale la capacità di autolimitarsi, cioè di essere e di non essere nell'ordinamento contemporaneamente».

⁽⁷⁷⁾ L'esempio è di Motto, *op. cit.*, 530-531.

vincolo compromissorio e, conseguentemente, non può neppure valere a spostare la competenza a decidere la lite tra giudice statale e arbitri»⁽⁷⁸⁾.

Per ragioni in parte diverse deve altresì escludersi che i compromettenti, già all'atto della stipula della convenzione arbitrale, identifichino, sulla base dei requisiti di tempo e di luogo della sua verifica, il fatto storico generatore dell'obbligazione risarcitoria. Per fare un esempio, si pensi al patto con il quale due commercianti decidano di sottomettere al giudizio di arbitri la controversia derivante dal compimento di atti di concorrenza sleale che saranno eventualmente commessi in un determinato giorno dell'anno a venire. Il rapporto obbligatorio così individuato è sicuramente determinato, ma il patto che ne risulta ha un'utilità pressoché nulla. Le parti, infatti, potrebbero utilizzare questo patto soltanto con riferimento al fatto dannoso in esso indicato, mentre non potrebbero agire per il risarcimento del danno derivante da un fatto verificatosi in una differente unità di spazio o di tempo⁽⁷⁹⁾.

I rilievi svolti dimostrano che il rapporto giuridico è determinato ai sensi dell'art. 808-*bis* quando esso è individuato sulla base della propria fattispecie costitutiva, ossia mediante l'indicazione del concreto fatto storico generatore della pretesa. Naturalmente tale indicazione si rende necessaria quando sia coesistente all'identificazione della situazione sostanziale azionata nel processo arbitrale, ciò che abbiamo visto essere la regola per i rapporti non contrattuali eterodeterminati; non è per contro necessaria quando la situazione soggettiva è autodeterminata (per es., diritti reali), giacché in tal caso la situazione sostanziale è individuata attraverso i soggetti che ne sono titolari e le utilità ad essi garantite. In tali casi, pertanto, il rapporto si considera determinato ai sensi dell'art. 808-*bis* mediante la sola indicazione dei soggetti che ne sono titolari e del bene giuridico; e poiché al mutare dei fatti costitutivi non corrisponde il variare della situazione giuridica, è ricompresa nei limiti oggettivi di efficacia della convenzione arbitrale, salva diversa determinazione delle parti, qualsiasi controversia relativa al rapporto, a prescindere dalla *causa petendi* in concreto invocata.

Ritornando per un momento ai rapporti eterodeterminati, e facendo applicazione del criterio sopra enunciato, «si deve ritenere che il fatto storico generatore dell'obbligazione, cui le parti possono riferirsi per radicare la competenza degli arbitri sulla futura ed eventuale controversia, è quel fatto storico che si colloca

⁽⁷⁸⁾ Motto, *op. cit.*, 530-531.

⁽⁷⁹⁾ MOTTO, *op. cit.*, 531.

all'interno di una preesistente relazione intercorrente tra le parti». Occorre, in altri termini, -e in ciò sta il discrimine tra ciò che è ammissibile e ciò che non lo è- che le sfere giuridiche dei soggetti, all'atto della stipula del patto compromissorio, siano già poste in contatto da una preesistente relazione, di carattere giuridico, o anche soltanto economico-sociale, «il cui svolgimento possa determinare la possibile verifica di eventi produttivi di obbligazione»⁽⁸⁰⁾. In mancanza di una siffatta relazione, non sembra possibile utilizzare la convenzione di arbitrato non contrattuale; in questo caso, infatti, il riferimento al rapporto non può che risolversi in una generica indicazione ad accadimenti futuri, la quale, tuttavia, non può assumere valenza individuatrice dei singoli rapporti deferiti in arbitri.

Per chiarire meglio queste osservazioni, proviamo a fare qualche esempio. Immaginiamo che due soggetti, le cui sfere giuridiche non sono già per altra ragione poste in contatto, decidano di deferire in arbitri le future controversie, tra essi insorgenti, relative al risarcimento dei danni da fatto illecito. Tale accordo, per quanto si è visto, non sarebbe ammissibile. Invero, una pattuizione compromissoria così configurata non individua uno o più rapporti giuridici determinati, bensì contiene l'indicazione della tipologia di rapporti per i quali le parti vogliono istituire la competenza degli arbitri (*i.e.* il fatto illecito dannoso).

Sarebbe ammissibile, per contro, il patto arbitrale concluso con una società la quale abbia promesso unilateralmente di devolvere ad arbitri tutte le controversie non contrattuali di cui può essere convenuta. Invero, anche in questo caso le parti non sono unite da un preesistente legame contrattuale, ma ciò non costituisce un impedimento alla stipula della convenzione, posto che il rispetto del requisito della determinatezza del rapporto può venire in concreto assicurato dal riferimento fatto nella convenzione al futuro rapporto che terrà legato il soggetto alla società: ciò che è possibile dal momento che l'art. 808-*bis* richiede che il rapporto giuridico fonte della situazione soggettiva dedotta in giudizio sia *determinato*, non che sia già esistente al tempo della stipula della convenzione.

Allo stesso modo, sarebbe ammissibile la convenzione con cui due o più soggetti, titolari di fondi limitrofi, sottomettano agli arbitri la decisione delle controversie relative al risarcimento dei danni che l'esecuzione dei lavori possa arrecare ai diritti del proprietario dell'altro fondo; in questo caso, «il rapporto di vicinato istituisce una relazione non già giuridica, bensì meramente sociale tra due distinte

⁽⁸⁰⁾ MOTTO, *op. cit.*, 529.

sfere giuridiche, che consente di operare una selezione nella trama delle relazioni intersoggettive, così da distinguere nella massa indeterminata dei fatti giuridici alcuni accadimenti storici, specialmente qualificati dalla loro inerenza al rapporto di vicinato»⁽⁸¹⁾).

⁽⁸¹⁾ V. MOTTO, *op. cit.*, 529, nt. 29, che riporta le osservazioni di un autore tedesco, MÜNCH, § 1029, in *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, a cura di G. Lüke e P. Wax, 2° ed., Monaco, 2001, 1012 ss., spec. 1030, il quale molto efficacemente osserva che «un rapporto giuridico è determinato, quando al momento della stipula della convenzione arbitrale, può essere ricondotto ad una fattispecie costitutiva individualizzata o individualizzabile, ad esempio ad un determinato contratto o ad un determinato fatto, che può avere per effetto un rapporto giuridico». Deve conseguirsene la insufficiente determinatezza di locuzioni facenti generico riferimento a tutte le future controversie, o a tutte le controversie che sorgono in una particolare sfera delle relazioni sociali ed economiche dei soggetti.

CAPITOLO III

I POSSIBILI IMPIEGHI DELLA CONVENZIONE DI ARBITRATO IN MATERIA NON CONTRATTUALE.

SOMMARIO: -1. Controversie in materia di diritti reali e tutela possessoria. -2. Le controversie in materia di condominio. -3. Controversie derivanti da una relazione socialmente tipica (o rapporti contrattuali di fatto). -4. Controversie aventi ad oggetto il risarcimento del danno derivante da prodotto difettoso (art. 114 codice del consumo). 5. La convenzione arbitrale non contrattuale nel diritto successorio. -5.1. La stipula della convenzione non contrattuale tra i partecipanti alla successione. -5.2. La partecipazione alla successione dell'esecutore testamentario o del curatore dell'eredità giacente. -6. Le controversie tra i privati e la pubblica amministrazione. -7. Le controversie relative alla responsabilità dell'appaltatore *ex art. 1669 c.c.* -8. Le controversie in materia di concorrenza sleale e di segni distintivi. -9. Le controversie di ripetizione dell'indebito e di ingiustificato arricchimento per prestazioni eseguite a fronte di un contratto nullo, invalido o inefficace.

1. *Controversie in materia di diritti reali e tutela possessoria.*

I rilievi svolti nel capitolo precedente ci consentono di offrire un quadro delle fattispecie nelle quali la convenzione di arbitrato in materia non contrattuale può trovare utile impiego.

Un primo ambito di operatività della convenzione arbitrale non contrattuale è costituito dalle controversie in materia di diritti reali. Naturalmente, perché tale convenzione possa essere utilizzata, è necessario che i diritti reali non siano costituiti per contratto; se così fosse, la devoluzione ad arbitri delle relative controversie potrebbe avvenire soltanto per il tramite della clausola compromissoria o del compromesso.

Tra le fattispecie che possono essere prospettate, si pensi ad una convenzione stipulata tra proprietario del fondo dominante e proprietario del fondo servente con la quale vengano devolute ad arbitri tutte le controversie relative al rapporto (extracontrattuale) di servitù⁽⁸²⁾.

Più in generale, sono arbitrabili in base alla convenzione *de qua* tutte le controversie che insorgono tra proprietario e titolare di un diritto reale minore (usufrutto, uso, abitazione) non costituito per contratto⁽⁸³⁾.

⁽⁸²⁾ Oltre che per contratto, le servitù possono infatti essere costituite per testamento (art. 1058 c.c.) e, se apparenti, anche per usucapione e per destinazione del padre di famiglia (art. 1061 c.c.).

⁽⁸³⁾ Per la compromettibilità in arbitri 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*

Un ulteriore nucleo di controversie che potrebbero essere devolute ad arbitri mediante la stipula di una convenzione arbitrale non contrattuale sono le controversie tra proprietari di fondi confinanti relative ai rispettivi diritti di proprietà: azione di rivendica, negatoria, di regolamento dei confini, per apposizione di termini. In modo non dissimile, agli arbitri può essere demandata la decisione di ogni altra azione che può scaturire dal rapporto di vicinato, come le domande relative al rispetto delle distanze legali, gli atti di emulazione e le immissioni. Va pure aggiunto che la convenzione arbitrale stipulata in una delle fattispecie poste in rilievo -dunque, in materia di rapporti di vicinato e tra proprietario e titolare di un diritto reale minore- può estendersi ai rapporti obbligatori -in specie, di risarcimento del danno- che sorgono dalla violazione del diritto reale⁽⁸⁴⁾. Le controversie appena descritte rientrano nella categoria dei rapporti autodeterminati: dunque il rispetto del requisito di determinatezza del rapporto imposto dall'art. 808-bis viene assicurato nei singoli casi mediante l'indicazione nel patto compromissorio dei soggetti titolari del diritto reale e del bene che ne è oggetto.

Sempre nell'ambito dei diritti reali, un'interessante prospettiva è costituita dalla possibilità di compromettere in arbitri le liti possessorie. Tradizionalmente, la compromettibilità di questo genere di controversie è stata negata sul presupposto che le parti non possono devolvere a giudici privati tutto ciò che non può formare oggetto di processo ordinario⁽⁸⁵⁾. La novella dell'art. 703, 2° comma, operata dalla legge n. 353/1990, aveva infatti creato un tipo di processo speciale-sommario, diverso da quello ordinario e in rapporto di alternatività-esclusione con quest'ultimo⁽⁸⁶⁾. Da allora, però, le novità che si sono succedute nel panorama normativo sono state numerose e alcune di queste hanno incrociato anche l'ambito della tutela possessoria e di quella arbitrale. In primo luogo, il

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. ⁽⁸⁴⁾ MOTTO, *op. cit.*, 532; CAVALLINI, *L'arbitrato rituale. Clausola compromissoria e processo arbitrale*, Milano, 2009, 58-59.

⁽⁸⁵⁾ In argomento, v. DELLA PIETRA, *La compromettibilità delle liti possessorie*, in *Sull'arbitrato-Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 343 ss., consultato in dattiloscritto per la cortesia dell'A.

⁽⁸⁶⁾ DELLA PIETRA, *Il procedimento possessorio - Contributo allo studio della tutela del possesso*, Torino, 2003, 345. Secondo VERDE, *La convenzione di arbitrato*, in *Diritto dell'arbitrato rituale*, a cura di Verde, Torino, 2000, 67, «l'alternativa arbitrato-giurisdizione si pone soltanto in relazione al processo ordinario. Se la legge prevede procedimenti speciali o sommari, questi ultimi sono utilizzabili soltanto con il ricorso al giudice ordinario».

procedimento possessorio ha subito una profonda ristrutturazione: il legislatore ha confermato la tradizionale struttura bifase, ma ne ha modellato l'andamento su quello dei provvedimenti cautelari anticipatori: ad una prima fase sommaria, fa seguito soltanto se richiesto da una delle parti un procedimento a cognizione piena. L'assimilazione sul piano strutturale, tuttavia, non produce equivalenza sul piano funzionale: la tutela possessoria non ha finalità cautelari e dunque non potrebbe essere questa la strada per negare alle azioni possessorie l'accesso alla giustizia privata⁽⁸⁷⁾. La compatibilità di questo tipo di tutela speciale con il procedimento arbitrale deve essere invece valutata sulla base di criteri diversi. Una recente dottrina, prendendo spunto dalle riflessioni intorno all'ambito di applicazione del nuovo procedimento sommario di cognizione (art. 702-*bis* c.p.c.) -l'oggetto di questa riflessione è se il procedimento sommario si presti alla trattazione di liti che, pur svolgendosi dinanzi al tribunale in composizione monocratica, seguono forme diverse da quelle del rito ordinario (cause di lavoro, opposizioni a ordinanza-ingiunzione, opposizioni esecutive, liti possessorie, opposizioni a decreto ingiuntivo)- ha individuato un possibile criterio-guida per la soluzione dei singoli casi, utilizzabile probabilmente anche per vagliare la compatibilità del procedimento possessorio con quello arbitrale. Il criterio è il seguente: «quando il rito diverso da quello ordinario è essenzialmente dettato per esigenze di rapidità, di semplificazione o anche di mero raccordo con altre procedure, va ammessa la sua sostituzione con il procedimento sommario. Va invece esclusa la praticabilità del *référé* nostrano le volte in cui il rito alternativo sia ricco di strumenti volti a dotare la posizione spesa in giudizio di una più incisiva e ponderata protezione»⁽⁸⁸⁾. Detto in altri termini, se il rito speciale è ispirato ad esigenze di *tecnica*, non vi sono ragioni ostative alla via degli artt. 702-*bis* ss.; se è dettato da ragioni di *tutela*, il ricorso al procedimento sommario è impedito dall'esigenza di salvaguardare le istanze che hanno indotto l'adozione del rito diverso. Ciò implica che non sempre il tipo speciale di procedimento impedisce di devolvere una posizione soggettiva ad altra e meno articolata forma di giudizio: la devoluzione sarà impedita soltanto quando essa determini la perdita

⁽⁸⁷⁾ La finalità cautelare che un tempo si riteneva fosse propria della prima fase del procedimento possessorio avrebbe avuto il suo fondamento nell'art. 1168, 4° comma, c.c., secondo il quale «la reintegrazione deve ordinarsi dal giudice sulla semplice notorietà del fatto, senza dilazione». Per la negazione di tale finalità, v. DELLA PIETRA, *Il procedimento possessorio*, cit., 261 ss.; *contra*, nel senso dell'attribuzione di una finalità cautelare alla prima fase sommaria, ZUCCONI GALLI FONSECA, *Commento all'art. 806*, cit., 39 ss.

⁽⁸⁸⁾ DELLA PIETRA, *La compromettibilità*, cit., 347.

di quei poteri e di quelle garanzie in vista delle quali il sistema ha congegnato quel particolare schema⁽⁸⁹⁾. Questa regola, astratta dal rapporto procedimento sommario-riti speciali, può essere ora volta a governare l'alternativa tra questi ultimi e il procedimento arbitrale. Il problema diventa pertanto quello di verificare in vista di quali scopi il legislatore ha deciso di apprestare per questo tipo di controversie il particolare procedimento a due fasi, e, in special modo, perché ha deciso di conservare la fase a cognizione sommaria, dato che è soprattutto in questa prima fase che si palesa il carattere speciale del procedimento, dato che la seconda fase di prosecuzione è un normale procedimento a cognizione piena. Se, infatti, tali finalità dovessero rivelarsi intrinseche alla tutela possessoria, il procedimento bifase non potrebbe essere soppresso; ma ove, al contrario, se ne appurasse la natura contingente, allora della fase sommaria potrebbe anche farsi a meno. Muovendo alla ricerca di tali ragioni, questa dottrina nega che esse possano ricercarsi nel *peso* attribuito alla situazione di possesso nel nostro ordinamento, perché anzi l'ordine costituzionale imporrebbe di largire la tutela possessoria mediante rimedi più agili ed economici rispetto al rito ordinario. Né tali ragioni vanno ricercate nella dimensione pubblica del possesso -necessità di ripristinare quanto prima la situazione di possesso violata per non alterare la funzione di primo indice della titolarità svolta dallo stesso-, posto che nell'attuale società informatizzata sarebbe difficile sostenere che il possesso continui a svolgere quel ruolo dispensatore di certezza che gli veniva attribuito in passato⁽⁹⁰⁾. Allora, deve probabilmente ammettersi che le ragioni che inducono il legislatore a conservare la doppia fase per la tutela delle situazioni possessorie siano squisitamente contingenti, cioè non ispirate da esigenze di tutela della particolare situazione soggettiva che è il possesso, ma da fattori estrinseci e transeunti. Se così è, se ne potrebbe probabilmente lasciarsene conseguire che la sede sommaria è eliminabile senza pregiudizio per la tutela possessoria. Trasferendo questa acquisizione sul piano dei rapporti tra procedimento possessorio e arbitrato, ciò comporta che le parti possono finanche rinunciare ad avvalersi della fase sommaria: l'abdicazione del momento interdittale sarebbe l'effetto di una libera scelta delle parti e non creerebbe dunque particolari problemi sul piano della

⁽⁸⁹⁾ DELLA PIETRA, *op. cit.*, 348.

⁽⁹⁰⁾ DELLA PIETRA, *op. cit.*, 349.

tutela. Precipitato della inessenzialità della fase sommaria è la compromettibilità in arbitri delle controversie possessorie⁽⁹¹⁾.

Ammessa dunque la compromettibilità di questo genere di controversie, resta da stabilire mediante quale tipo di convenzione arbitrale può avvenire in concreto la loro devoluzione agli arbitri. Prima del 2006, dice questa stessa dottrina, «era difficilmente concepibile che una controversia possessoria pervenisse agli arbitri in forza di clausola compromissoria. La matrice tipicamente contrattuale delle liti oggetto della clausola, da un canto, e la vicenda essenzialmente fattuale che integra gli estremi dello spoglio e della molestia, dall'altro, restringevano al solo compromesso la via per deferire agli arbitri le liti possessorie»⁽⁹²⁾. Tuttavia, la possibilità che le parti stipulassero l'accordo arbitrale dopo l'insorgenza della lite restava di difficile realizzazione pratica, data l'animosità che normalmente caratterizza i protagonisti di queste vicende, cosicché finiva che le liti possessorie non venissero mai decise nelle forme del procedimento arbitrale. Questo scenario potrebbe cambiare proprio adesso, per effetto della introduzione nel nostro sistema normativo della nuova convenzione di arbitrato in materia non contrattuale. La possibilità riconosciuta alle parti attraverso questo tipo di convenzione di sottomettere ad arbitri le controversie in materia di diritti reali implica che le stesse parti possano altresì convenire di devolvere ad arbitri anche le liti possessorie.

2. *Le controversie in materia di condominio.*

Un ulteriore ambito nel quale può essere utilmente adoperata la convenzione di arbitrato non contrattuale è quello delle controversie in materia di condominio⁽⁹³⁾. Poiché l'uso che si può fare in concreto di tale convenzione dipende anche dal tipo di regolamento adottato dai condomini, bisogna prima definire rapidamente la funzione e la struttura dei regolamenti condominiali.

Il regolamento, ai sensi dell'art. 1138 c.c., è il documento -la cui adozione, da parte dell'assemblea, è obbligatoria in quegli edifici condominiali con più di dieci

⁽⁹¹⁾ DELLA PIETRA, *op. cit.*, 350.

⁽⁹²⁾ DELLA PIETRA, *op. cit.*, 346.

⁽⁹³⁾ Favorevoli all'utilizzo della convenzione di arbitrato non contrattuale nell'ambito delle liti condominiali sono DELLA PIETRA, *op. cit.*, 345; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Riforma del diritto arbitrale (d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40)*, commentario a cura di Menchini, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2007, sub art. 808-bis, 1177 ss.; RICCI, *La convenzione di arbitrato e le materie arbitrabili nella riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 769 ss.; MOTTO, *op. cit.*, 530.

partecipanti- che deve contenere le norme circa l'uso delle cose comuni e la ripartizione delle spese, nonché le norme per la tutela del decoro dell'edificio e quelle relative all'amministrazione (c.d. regolamento assembleare). Oltre a questo tipo di regolamento, esiste anche un regolamento c.d. contrattuale, che è quello predisposto dall'originario proprietario e inserito nei contratti di acquisto delle singole unità immobiliari, ovvero quello adottato dai condomini all'unanimità. La peculiarità di questo tipo di documento, rispetto a quello approvato dall'assemblea, è che, essendo un vero e proprio contratto⁽⁹⁴⁾ -e non, come il secondo, una deliberazione finalizzata alla disciplina della conservazione, dell'uso e dell'amministrazione delle cose comuni- esso può contenere limitazioni ai diritti dei singoli condomini sulle unità immobiliari di rispettiva proprietà esclusiva (così, ad es., esso può vietare un determinato uso delle singole porzioni immobiliari)⁽⁹⁵⁾.

Orbene, se i condomini adottano un regolamento condominiale di tipo contrattuale, a venire in considerazione è, oggi come ieri, la stipula di una clausola compromissoria a norma dell'art. 808⁽⁹⁶⁾. Se, invece, un regolamento contrattuale manca, allora può trovare utile applicazione la convenzione di arbitrato regolata dall'art. 808-bis⁽⁹⁷⁾. Più precisamente, con la convenzione di arbitrato non contrattuale possono essere devolute ad arbitri le controversie insorgenti tra i condomini e tra singolo condomino e condominio, vuoi che abbiano ad oggetto il rapporto reale in comunione, vuoi che siano relative ai diritti di proprietà esclusiva dei singoli condomini. In particolare, possono essere deferite alla decisione degli arbitri: *a)* le controversie aventi ad oggetto il diritto comune, comprese quelle relative alla *quota* dei singoli condomini; *b)* le controversie relative all'uso delle cose comuni; *c)* le controversie relative ai diritti

⁽⁹⁴⁾ Secondo Cass., 21 maggio 2008, n. 12850, il regolamento di condominio cosiddetto contrattuale, quali ne siano il meccanismo di produzione ed il momento della sua efficacia, si configura, dal punto di vista strutturale, come un contratto plurilaterale, avente cioè pluralità di parti e scopo comune.

⁽⁹⁵⁾ Il regolamento contrattuale può anche contenere la disciplina delle parti comuni dell'edificio ai sensi dell'art. 1138 c.c. Sulla natura dei regolamenti condominiali, v. CORONA, *I regolamenti di condominio*, Torino, 2005; GALLUCCI, *Regolamento di condominio: i divieti ed i limiti d'uso della proprietà esclusiva devono essere chiari*, in *Diritto e giustizia*, 2010, 76. In giurisprudenza, v. Cass., 14 agosto 2007, n. 17694.

⁽⁹⁶⁾ MOTTO, *La convenzione di arbitrato*, cit. 534; Cass., 30 ottobre 2007, n. 22841; App. Milano, 27 settembre 1991, in *Arch. loc.*, 1992, 50; Trib. Milano, 14 marzo 1991. Trib. Milano, 14 luglio 1969, in *Mon. trib.*, 1969, 1144 ss. Nello stesso senso App. Torino, 4 maggio 1984, in *Giur. it.*, 1985, I, 2, 6 ss., con nota di RAMELLA, *Clausola compromissoria nel regolamento condominiale*; Cass., 21 maggio 1964, n. 1251, in *Foro it.*, 1964, 2008 ss.; Trib. Torino, 15 giugno 1951, con nota contraria di PUCCI, *Clausola compromissoria nel regolamento condominiale*.

⁽⁹⁷⁾ Così ZUCCONI GALLI FONSECA, *Riforma del diritto arbitrale*, cit., 1178; MOTTO, *op. cit.*, 534.

di obbligazione concernenti le spese e gli oneri condominiali; *d*) le controversie concernenti le parti di edificio di proprietà esclusiva, relative vuoi all'esistenza ed all'estensione del diritto reale, vuoi alle modalità di godimento (per es., controvezie relative all'uso che si può fare della singola porzione immobiliare); *e*) infine, le controversie su diritti di obbligazione (specie risarcitori) il cui fatto storico si realizza nel contesto fattuale e giuridico della situazione reale in contitolarità⁽⁹⁸⁾. Trattandosi di controversie aventi ad oggetto un diritto reale, l'osservanza del requisito di determinatezza del rapporto imposto dall'art. 808-*bis* è assicurato dall'indicazione nella convenzione arbitrale dei soggetti che ne sono i titolari e del bene che ne costituisce l'oggetto; quanto invece alle pretese dipendenti dal diritto reale (per es.: azione di risarcimento danni), il rispetto del principio di determinatezza è assicurato dalla circostanza che il fatto storico che ne è all'origine si realizza nel contesto fattuale e giuridico della situazione reale in contitolarità.

3. *Controversie derivanti da una relazione socialmente tipica (o rapporti contrattuali di fatto).*

Più incerta è l'utilizzazione della convenzione arbitrale non contrattuale nell'ambito delle controversie derivanti da *rapporti contrattuali di fatto*. Si indicano con questa locuzione talune fattispecie nelle quali tra due o più soggetti è dato riscontrare una relazione sociale dotata di un adeguato grado di tipicità, che assume giuridica rilevanza a prescindere da un atto formale di consenso dei soggetti tra cui intercorre; più precisamente, la prestazione viene eseguita da un soggetto in favore di un altro senza che vi sia stata una preventiva proposta. In tal senso si tratta di una situazione analoga, ma nello stesso tempo diversa da quella prevista nell'art. 1327 c.c. Analoga perché è pur sempre presente un comportamento esecutivo che surroga una dichiarazione, ma diversa perché la misura della esecuzione non è fissata da una preventiva proposta, cosicché è difficile ravvisare ugualmente, pur a prescindere da qualsiasi dichiarazione, un contratto. Si parla da taluni, al riguardo, di *contratto di fatto* o *contratto irregolare*, ma in realtà la stessa natura contrattuale di queste vicende è oggetto di discussione. Non a caso, del resto, più attendibilmente si preferisce utilizzare

⁽⁹⁸⁾ MOTTO, *op. cit.*, 535.

l'espressione rapporti contrattuali di fatto, a sottolineare che si tratta di rapporti giuridici la cui fonte non è ravvisabile in un accordo contrattuale tra le parti⁽⁹⁹⁾. La dottrina ha tipizzato tre possibili circostanze in cui detta vicenda di fatto può realizzarsi; ai nostri fini, rilevano, in particolare, le seguenti ipotesi: *a)* rapporti derivanti da contatto sociale; *b)* rapporti derivanti dall'inserzione in un'organizzazione comunitaria.

Nei rapporti da contatto sociale, alla ingerenza nell'altrui sfera giuridica deve far riscontro la nascita di un vincolo che va al di là del semplice dovere di *neminem ledere*, dovendosi collaborare al fine di realizzare le aspettative ingenerate nella controparte dall'avvenuta ingerenza⁽¹⁰⁰⁾. Non a caso tali rapporti vengono generalmente qualificati dalla giurisprudenza come rapporti aventi natura contrattuale⁽¹⁰¹⁾, il che fa supporre che, diversamente da quanto sostenuto da una recente dottrina, l'accordo stipulato dalle parti prima dell'insorgenza della lite debba qualificarsi come clausola compromissoria piuttosto che come convenzione arbitrale non contrattuale⁽¹⁰²⁾. Nel dubbio, esempi di rapporti da contatto sociale sono il rapporto che si instaura tra medico del servizio sanitario nazionale e paziente⁽¹⁰³⁾; il rapporto tra le parti dell'affare e il mediatore, di cui all'art. 1754 c.c.⁽¹⁰⁴⁾, il rapporto tra precettore e soggetti sottoposti alla sua vigilanza⁽¹⁰⁵⁾, il rapporto tra la società di capitali e l'amministratore di fatto⁽¹⁰⁶⁾.

Altra tipologia di rapporti non contrattuali di fatto è quella dei rapporti derivanti dall'inserzione in un'organizzazione comunitaria socialmente tipica cui la legge ricollega il sorgere di uno o più rapporti giuridici tra i componenti la comunità,

⁽⁹⁹⁾ GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, 857 ss. utilizza l'espressione rapporti contrattuali di fatto, ove il riferimento alla vicenda contrattuale designa la disciplina applicabile a tali rapporti giuridici e non anche la fonte da cui traggono origine, la quale, come detto, non è ravvisabile in un accordo contrattuale, che, nella specie, manca.

⁽¹⁰⁰⁾ GAZZONI, *op. cit.*, 858. Sull'argomento, v. FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004.

⁽¹⁰¹⁾ Cass., 3 marzo 2010, n. 5067; Trib. Napoli, 20 luglio 2009.

⁽¹⁰²⁾ MOTTO, *La convenzione*, cit., 536, ritiene utilizzabile per questo tipo di controversie proprio la convenzione di arbitrato regolata dall'art. 808-bis. Aggiungiamo noi che la circostanza che il rapporto contrattuale di fatto prescinda dall'esistenza di un atto formale non costituisce un impedimento alla stipula della clausola compromissoria, la quale potrebbe comunque essere contenuta in un «atto separato» che rinvia appunto al predetto rapporto.

⁽¹⁰³⁾ Per la natura contrattuale del rapporto, v. Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577; Cass., 13 aprile 2007, n. 8826. Un'ampia rassegna delle soluzioni date al problema nella giurisprudenza si trova in Cass., 22 gennaio 1999, n. 589.

⁽¹⁰⁴⁾ Cass., 14 luglio 2009, n. 16382.

⁽¹⁰⁵⁾ Cass., 27 giugno 2002, n. 9346, in *Foro it.*, 2002, 10, 2636 ss., con nota di DI CIOMMO, *La responsabilità contrattuale della scuola (pubblica) per il danno che il minore si procura da sé: verso il ridimensionamento dell'art. 2048 c.c. (Nota a Cass. 27 giugno 2002, n. 9346)*; Trib. Milano, 28 maggio 2009, n. 7205.

⁽¹⁰⁶⁾ Trib. Cassino, 5 aprile 2002.

quantunque essi non siano (o, più correttamente, nella misura in cui essi non siano) legati da un vincolo di natura contrattuale. Si pensi, per fare un esempio, alla disciplina dell'impresa familiare (art. 230-*bis* c.c.), nella quale l'attività lavorativa e di assistenza svolta all'interno di un contesto familiare «trova la sua causa nei vincoli di fatto e di solidarietà ed affettività esistenti, alternativi rispetto ai vincoli tipici di un rapporto a prestazioni corrispettive, qual è il rapporto di lavoro subordinato»⁽¹⁰⁷⁾. In questo caso, i componenti dell'organizzazione familiare potrebbero stipulare la convenzione arbitrale *ex* art. 808-*bis* per il deferimento ad arbitri delle controversie attinenti al rapporto giuridico derivante dal loro inserimento nell'organizzazione familiare; il requisito della determinatezza del rapporto sarà soddisfatto proprio dal riferimento a tale relazione sociale⁽¹⁰⁸⁾.

4. *Le controversie aventi ad oggetto il risarcimento del danno derivante da prodotto difettoso (art. 114 Codice del Consumo).*

Altra fattispecie in rapporto alla quale può trovare utile applicazione la convenzione di arbitrato in materia non contrattuale è quella del c.d. «danno da prodotto difettoso», regolata dagli art. 114 ss. d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (c.d. «codice del consumo»). Trattasi di una particolare ipotesi di responsabilità extracontrattuale del produttore per i danni cagionati al consumatore dall'utilizzazione di un «prodotto difettoso». Si precisa che «produttore», ai sensi dell'art. 115, è il fabbricante del prodotto finito o di una sua componente, ma anche il produttore della materia prima; in linea di principio, infatti, la responsabilità si estende a tutti gli operatori della catena di produzione, salve le eventuali cause di esclusione previste dal codice (art. 121 cod. cons.). I soggetti appena indicati sono anche coloro che sono legittimati a stipulare la convenzione di arbitrato non contrattuale con il consumatore, dato che ognuno di questi è responsabile in solido del danno e dunque è legato al consumatore da un rapporto di natura extracontrattuale che trova la sua fonte nella legge.

Nell'ambito di questa fattispecie, l'osservanza dovuta al principio di determinatezza del rapporto previsto dall'art. 808-*bis* impone alle parti di

⁽¹⁰⁷⁾ Cass., 15 marzo 2006, n. 5632.

⁽¹⁰⁸⁾ MOTTO, *op. cit.*, 536.

individuare l'obbligazione risarcitoria, che non è ancora sorta, mediante l'indicazione del bene dal quale potrà derivare il danno.

Riguardo alle modalità attraverso le quali si può pervenire alla conclusione della convenzione arbitrale tra produttore e consumatore, la dottrina ha osservato che si può prospettare una fattispecie a formazione differita dell'accordo compromissorio, per la quale il produttore effettua la proposta, cui il consumatore può aderire, accettandola, al momento dell'acquisto del prodotto, secondo lo schema ordinario degli artt. 1326 ss. c.c. La soluzione è senz'altro condivisibile, anche alla luce dell'orientamento giurisprudenziale da sempre favorevole alla formazione per gradi della volontà compromissoria, fermo restando la necessità che la convenzione arbitrale sia in ogni caso stipulata per iscritto. Più problematica, almeno in concreto, ci appare invece la possibilità di utilizzare la convenzione non contrattuale con riguardo allo scambio di beni mobili di modico valore o di largo consumo, stante la difficoltà di assicurare in questi casi il rispetto del requisito della forma scritta.

5. *La convenzione arbitrale non contrattuale nel diritto successorio.*

La norma dell'art. 808-*bis* può altresì venire in rilievo con riguardo all'uso dell'arbitrato nell'ambito dei rapporti successori disponibili. Negli ultimi anni la dottrina ha dedicato a questo tema un'attenzione sempre crescente, probabilmente perché la possibilità di gestire il contenzioso ereditario su un piano diverso da quello giurisdizionale potrebbe far apprezzare i noti vantaggi che normalmente l'alternatività dell'arbitrato offre rispetto alla giurisdizione civile ordinaria. Dall'analisi dei contributi specifici che si possono apprezzare su questo tema⁽¹⁰⁹⁾, emerge una diversificazione delle fattispecie coinvolte, le quali, pur essendo contrassegnate da una certa eterogeneità, possono, però, essere agevolmente sussunte sotto due ampie categorie: da un lato, vi sono le disposizioni inserite all'interno del testamento con le quali il testatore stabilisce che le controversie relative alla sua eredità siano risolte da arbitri (c.d. clausola arbitrale

⁽¹⁰⁹⁾ I contributi più recenti sul tema della convenzione arbitrale nel diritto successorio si devono a ZUCCONI GALLI FONSECA, *Note sulla convenzione arbitrale nel diritto successorio*, in *Riv. arb.*, 2006, 281 ss.; ID., *Ancora su successione ed arbitrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 1363 ss.; FESTI, *Testamento e devoluzione ad arbitri delle liti tra i successori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, 809 ss. Per la dottrina più risalente, v. CUGUSI, *La clausola arbitrale nel testamento*, in *Il Filangieri*, 1906, 422 ss. e 514 ss.; LOMBARDI, *La clausola compromissoria nei testamenti*, in *Rolandino*, 1925, 305 ss.; COGLIOLO, *Scritti vari di diritto privato*, Milano, 1940, 483.

testamentaria); dall'altro lato, vi sono le controversie che sorgono dopo l'apertura della successione tra i soggetti che partecipano a vario titolo alla stessa (eredi, legatari, esecutore testamentario, etc.)⁽¹¹⁰⁾. Ai fini del presente lavoro, la questione relativa all'ammissibilità della clausola arbitrale testamentaria non è di alcun interesse. Infatti, quand'anche se ne ammettesse la legittimità, non sarebbe certo attraverso una convenzione di arbitrato non contrattuale che il testatore potrebbe imporre ai suoi successori il vincolo arbitrale sui beni oggetto della successione. Una recente dottrina ritiene però che sia proprio l'art. 808-*bis* a eliminare ogni impedimento formale all'inserimento di una convenzione arbitrale in un atto unilaterale⁽¹¹¹⁾. Sennonché questa stessa dottrina poi precisa: «non è chi non veda la peculiarità della fattispecie, visto che si prescinde totalmente dall'esistenza di un accordo contrattuale, ipotesi tipica tenuta presente dal legislatore della clausola compromissoria, come si legge dal congiunto tenore degli artt. 808 e 808-*bis*: ogni allargamento, dunque, esige uno sforzo ermeneutico *borderline* rispetto al principio del consenso»⁽¹¹²⁾. Il problema, dunque, è che manca un accordo diretto a sottomettere agli arbitri la decisione delle controversie future e questo costituisce un limite che ci sembra insormontabile. Peraltro, pur ammettendo che il vincolo compromissorio si trasferisca in modo automatico al legatario e senza bisogno di alcuna accettazione, similmente a quanto accade per il terzo beneficiario nel contratto a favore di terzo, va ricordato che è pur sempre fatta salva la possibilità per costui di rinunciare al vantaggio, il che dimostra a nostro avviso che è la prestazione di consenso proveniente dal legatario che determina (unitamente a quella proveniente dall'altro compromittente) la formazione dell'accordo compromissorio, e non l'indicazione proveniente dal testatore.

Ciò detto, allora, l'unica occasione per utilizzare nel contesto successorio la convenzione di arbitrato non contrattuale ci sembra essere quella delle liti che possono insorgere tra i partecipanti ad una successione già aperta, fattispecie della quale andiamo subito a parlare.

⁽¹¹⁰⁾ Per un elenco delle opzioni in concreto configurabili, si rinvia a PARDINI, *La clausola arbitrale testamentaria*, in *Arbitrato e circolazione stradale*, Milano, 1998, 267 ss. e a FESTI, *Testamento e devoluzione ad arbitri*, cit., 812 ss.

⁽¹¹¹⁾ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Ancora su successione*, cit., 1368.

⁽¹¹²⁾ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Note sulla convenzione*, cit., 288. L'A. richiama REDENTI, *Compromesso (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1959, 789, il quale faceva leva proprio su questo punto per escludere la previsione arbitrale tramite testamento.

5.1. *La stipula della convenzione arbitrale non contrattuale tra i partecipanti alla successione.*

La convenzione arbitrale non contrattuale può essere utilizzata nelle controversie che sorgono in sede ereditaria, per l'amministrazione e la distribuzione del patrimonio del *de cuius* (petizione di eredità, tutela della legittima, impugnazione del testamento, ecc.). Si tratta delle liti che coinvolgono, in maniera diretta e reciproca, gli eredi, i chiamati all'eredità, i legatari e tutti i soggetti che partecipano a vario titolo alla successione, e non vanno confuse con le liti che possono derivare dalla successione nella convenzione arbitrale stipulata dal testatore, ove invece la lite insorge tra l'erede ed un terzo con il quale il *de cuius* stipulò in vita la convenzione.

Ora, poiché quello successorio è un ambito tipicamente non contrattuale, si possono immaginare due strumenti per ricorrere all'arbitrato: il compromesso, nel caso di liti già insorte; la convenzione arbitrale non contrattuale, se i partecipanti alla successione intendano prevenire una volta per tutte il ricorso al giudice statale, devolvendo ad arbitri le eventuali, future, liti.

La possibilità di ricorrere alla convenzione non contrattuale può essere presa in considerazione in vari momenti della successione: secondo una recente dottrina, potrebbe essere suggerita dal notaio all'atto della dichiarazione di successione⁽¹¹³⁾. Il punto, però, è chiedersi se questo genere di controversie siano tutte compromettibili in arbitrato. In linea di principio, la dottrina ritiene che non vi siano ragioni ostative alla generalizzata arbitrabilità delle liti relative ai diritti successori, che coprono un ambito patrimoniale⁽¹¹⁴⁾; occorre pertanto procedere ad una valutazione caso per caso delle singole fattispecie.

Nessun dubbio ci pare possa sorgere con riguardo all'azione di riduzione per legittima: la sua arbitrabilità si ricava *a contrario* dall'art. 557, 2° comma, c.c., il quale, concedendo ai legittimari la facoltà di rinunciare al diritto di domandare la riduzione delle disposizioni lesive della legittima dopo che questo sia venuto ad esistenza, ne sancisce implicitamente la disponibilità e, dunque, la compromettibilità in arbitri⁽¹¹⁵⁾.

⁽¹¹³⁾ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Ancora su successione e arbitrato*, cit., 1364.

⁽¹¹⁴⁾ BALESTRA, *Accertamento della filiazione naturale e transigibilità dei diritti successori*, cit., 811 ss.

⁽¹¹⁵⁾ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Ancora su successione e arbitrato*, cit., 1365.

Parimenti compromettibile sembra essere l'azione di petizione di eredità (*hereditatis petitio*), regolata dall'art. 533 c.c. Le ragioni sono due: la prima è che non basta l'indisponibilità relativa del diritto di azione, ricavabile dalla previsione di imprescrittibilità di cui al secondo comma della norma, per negarsi la compromettibilità in arbitrato della materia. Ai fini arbitrali, infatti, l'indisponibilità relativa equivale a disponibilità. La seconda ragione, invece, è che, allorquando l'azione dovesse porre in gioco questioni di *status* parentale, «rimane fermo che l'oggetto della lite riguarda i diritti successori, pienamente disponibili, di cui lo *status* costituisce la mera fonte»⁽¹¹⁶⁾.

Compromettibile è pure l'azione di annullamento del testamento, di cui all'art. 606, 2° comma, c.c., nonché l'azione di nullità di cui al primo comma della medesima disposizione. Con riguardo a quest'ultima, valgono le considerazioni svolte dalla dottrina più recente con riferimento alla nullità del contratto e delle delibere assembleari societarie: in coerenza con l'art. 1972 c.c., secondo l'opinione tradizionale, una simile controversia almeno in teoria non dovrebbe essere compromettibile, giacché su di essa non è possibile alcuna transazione. Ma il problema non è identico. Nel caso dell'art. 1972 c.c., l'illiceità è data per supposta e la si vuole eliminare con un sistema che il diritto non consente. Nel caso dell'arbitrabilità non si sa ancora se l'illiceità sussista, giacché se ne chiede l'accertamento, che può anche risolversi in senso negativo, attestando cioè che il contratto non è illecito e quindi non è nullo. E' errato porre pertanto limiti a tale accertamento, giacché non si vede per esempio in nome di che cosa dovrebbe potersi impedire agli arbitri di dichiarare che il contratto è valido. Quindi non ha senso ritenere che la cognizione sull'illiceità di un contratto sia preclusa all'arbitro e neppure che sia preclusa la pronuncia su di essa, sia che sia negativa nel senso visto, sia che sia positiva: giacché la *ratio* dell'arbitrato non è quella dell'art. 1972 c.c., poichè, si ripete, con il primo non si elimina l'illiceità, ma la si dichiara e la si sanziona. Questo ragionamento potrebbe rischiare di non essere seguito solo se si rimane aderenti all'anacronistico collegamento con l'art. 1972 c.c. Tale collegamento, se mai fu sostenibile, oggi non lo è comunque più: il parametro della "transigibilità" presente nel vecchio testo dell'art. 806 ha lasciato il posto a quello della "disponibilità" del diritto, per cui viene meno anche il

⁽¹¹⁶⁾ ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, 1366.

fondamento dell'opinione tradizionale secondo cui una controversia non sarebbe compromettibile perché su di essa non è possibile alcuna transazione⁽¹¹⁷⁾.

Da un'altra e diversa prospettiva, si è pure osservato che gli artt. 590 e 799 c.c., laddove acconsentono alla conferma di disposizioni testamentarie e donazioni nulle, introducono un'eccezione al divieto di convalida dell'azione di nullità, corroborando così la tesi dell'appartenenza dell'azione di nullità del testamento al campo della disponibilità⁽¹¹⁸⁾.

Qualche problema pone invece la questione della falsità del testamento. Secondo la prevalente giurisprudenza, la falsità deve essere fatta valere con la querela di falso: si osserva, infatti, che mentre la procedura di disconoscimento e di verifica di scrittura privata, *ex* artt. 214 e 216 c.p.c., riguarda unicamente le scritture provenienti dai soggetti del processo e presuppone che sia negata la propria firma o la propria scrittura dal soggetto contro il quale il documento è prodotto, per le scritture provenienti da terzi, come nel caso del testamento, la contestazione non può essere sollevata secondo la disciplina dettata dalle predette norme, bensì nelle forme degli artt. 221 ss. c.p.c., giacché si risolve in un'eccezione di falso⁽¹¹⁹⁾. Se si aderisce a questa impostazione, deve conseguentemente negarsi la possibilità di proporre in via principale l'azione di falso all'interno del procedimento arbitrale, per via del necessario intervento del pubblico ministero⁽¹²⁰⁾.

5.2. *La partecipazione alla successione dell'esecutore testamentario o del curatore dell'eredità giacente.*

La convenzione di arbitrato in materia non contrattuale può essere utilizzata anche quando sia stato nominato un esecutore testamentario. Qui la lite è sempre disponibile, né l'intervento di questo soggetto ne muta la natura, ma si pone il problema di stabilire quale sia il ruolo che egli assume ai fini del consenso arbitrale. Nel caso dell'esecutore testamentario, infatti, si assiste ad un fenomeno di disgiunzione tra la titolarità del patrimonio e la sua amministrazione, per cui

⁽¹¹⁷⁾ RICCI, *Dalla «transigibilità» alla «disponibilità» del diritto. I nuovi orizzonti dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2006, 277.

⁽¹¹⁸⁾ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Ancora su successione ed arbitrato*, cit., 1365.

⁽¹¹⁹⁾ In questo senso, Cass., 30 ottobre 2003, n. 13362; Cass., 16 ottobre 2001, n. 12598; contra, Cass., 12 aprile 2005, n. 7475.

⁽¹²⁰⁾ V. per tutti AULETTA, *Lo stato presente delle questioni incidentali nell'arbitrato: ipotesi ricostruttive*, in *Riv. arb.*, 2005, 261 ss.

diviene necessario stabilire se costui sia legittimato a compromettere in arbitrato le situazioni sostanziali che amministra.

La dottrina sostiene a questo proposito che poiché il fine dell'esecutore testamentario non è meramente conservativo, ma è diretto ad eseguire o a far eseguire le prestazioni di ultima volontà del *de cuius*, questi è titolare di una vera e propria situazione sostanziale autonoma e in certa misura indipendente da quella degli altri soggetti coinvolti. L'esecutore, infatti, acquista il possesso dei beni ed è legittimato anche ad alienarli, benché la proprietà degli stessi permanga in capo agli eredi. Conseguentemente, egli è anche legittimato a stipulare patti compromissori, che riguardino le liti relative ai beni dei quali ha la gestione⁽¹²¹⁾. Qualora invece si volesse aderire alla tesi, accolta dalla giurisprudenza⁽¹²²⁾, secondo cui l'esecutore testamentario assume la veste di semplice sostituto processuale, andrebbe escluso, in contrasto con quanto fin qui sostenuto, il potere di stipulare patti compromissori e andrebbe coerentemente riconosciuto il vincolo nei suoi confronti della convenzione stipulata dagli eredi⁽¹²³⁾.

Analogo discorso può essere fatto per il curatore dell'eredità giacente, nominato a norma dell'art. 528 c.c. Anche in questo caso, infatti, vi è uno scollegamento tra proprietà dei beni, che spetta agli eredi e ai legatari, e disponibilità dei relativi diritti, che è del curatore. Si tratta, più precisamente, di un'attività gestoria che è data non per la tutela di un proprio diritto, oppure nel mero interesse del titolare del diritto, ma si inquadra nella gestione di affari altrui, caratterizzata da una disgiunzione tra disponibilità e titolarità dei beni. Perciò, anche in questo caso, si dovrà ritenere che il curatore sia in grado di stipulare patti compromissori riguardanti i rapporti che rientrano nella sua gestione. Tali patti potranno avere naturalmente anche la forma della convenzione di arbitrato non contrattuale⁽¹²⁴⁾.

6. *Le controversie tra i privati e la pubblica amministrazione.*

La possibilità di compromettere in arbitri le controversie tra privati e pubblica amministrazione è stata e continua ad essere una questione molto

⁽¹²¹⁾ ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, 1366.

⁽¹²²⁾ Cass., 18 agosto 1982, n. 4663, ha optato per questa ricostruzione con riguardo alle azioni di cui all'art. 704, 1° comma, c.c.

⁽¹²³⁾ Riguardo al tema della legittimazione a compromettere e alla negazione al sostituto processuale di tale legittimazione, v. Cap. IV, sez. III, § 3.

⁽¹²⁴⁾ ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, 1366-1367.

dibattuta. La risposta generalmente negativa al problema era dettata, per un verso, dalla considerazione che tali controversie riguardano interessi legittimi, i quali per loro natura sarebbero indisponibili; per altro verso, dall'idea che la devoluzione della lite ad un tipo speciale di giurisdizione è di per sé indice di incompromettibilità del diritto⁽¹²⁵⁾. Dietro questa impostazione concettuale, si celava però un altro problema: l'ammissione dell'arbitrato nelle controversie che appartengono alla giurisdizione del giudice amministrativo comporta l'attribuzione al giudice ordinario della competenza a decidere sull'impugnazione del lodo, con conseguente sottrazione della materia al giudice naturalmente competente; possibilità, questa, che i giudici amministrativi hanno sempre considerato con scarso entusiasmo⁽¹²⁶⁾. Nel corso degli ultimi anni, però, la concezione dei rapporti tra arbitrato e amministrazione è in parte mutata. Un primo passo in avanti è stato compiuto dalla Corte di cassazione, che con la nota sentenza n. 500 del 22 luglio 1999 ha infranto la barriera dell'immunità goduta fino a quel momento dalla pubblica amministrazione e, facendo applicazione per la prima volta dei criteri della responsabilità aquiliana, ha sancito la piena risarcibilità degli interessi legittimi. Poi è stata la volta della l. 21 luglio, 2000, n. 205, che, accogliendo gli auspici di una parte consistente della dottrina, ha stabilito all'art. 6 che «le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato

⁽¹²⁵⁾ Per l'insegnamento tradizionale, v. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, 1982, 65 ss.; CARLEO, *Dizionario dell'arbitrato*, 1997, 265 ss.; AMORTH, *Annotazioni sull'arbitrato nelle controversie amministrative*, in *Scritti giuridici*, IV, Milano 1999, 2157 ss., spec. 2170 ss.; CAIA, *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo*, Milano 1989, 199-200; DE LISE-DELFINO, *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Arch. giur. oo. pp.*, 2000, 2035 ss., specie 2051 ss.; GRECO, *Modelli arbitrali e potestà amministrative*, in *Arbitrato e Pubblica Amministrazione, Atti del convegno dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo amministrativo*, Milano 1999, 157 ss., spec. 165 ss.; ANTONIOLI, *Arbitrato e giurisdizione esclusiva*, Milano 2004, 69 ss.; DELSIGNORE, *La compromettibilità in arbitrato nel diritto amministrativo*, Milano 2007, 119 ss. Per la dottrina favorevole alla compromettibilità delle controversie sull'esercizio del potere della pubblica amministrazione, v. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione d'arbitrato*, sub art. 806, cit., 85 ss.; VERDE, *Nuove riflessioni su arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Riv. Arb.*, 2007, 1 ss.; ID., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Riv. arb.*, 2001, 407 ss., spec. 416-417; ID., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 215 ss.; PUGLIESE, *Poteri del collegio arbitrale e provvedimenti amministrativi*, in *Arbitrato e Pubblica Amministrazione: brevi cenni sulla problematica inerente la compromettibilità delle controversie in cui è parte una p.a.*, in *Riv. trim. app.*, 2001, 65 ss.; ROMANO TASSONE, *Giurisdizione amministrativa e arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2000, 249 ss., specie 259 ss.; DI MARTINO, *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit., 99 ss., spec. 114 ss.; ZITO, *La compromettibilità per arbitri con la pubblica amministrazione dopo la l. n. 205 del 2000: problemi e prospettive*, in *Dir. amm.*, 2001, 343 ss.; AMADEI, *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, in *Riv. dir. proc.* 2004, 855 ss., spec. 869 ss.; DOMENICHELLI, *Giurisdizione amministrativa e arbitrato: riflessioni e interrogativi*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 227 ss., spec. 241 ss.

⁽¹²⁶⁾ Cfr. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2006, 6.

rituale di diritto». In tempi più recenti, la nuova perimetrazione delle controversie arbitrabili derivante dalle modifiche apportate al testo dell'art. 806 sembrerebbe aver fugato anche i residui dubbi in ordine alla compromettibilità delle controversie relative a interessi legittimi.

Finora, in questo contesto, l'esperienza dell'arbitrato si è svolta prevalentemente nel settore delle opere pubbliche, e quindi ha avuto come presupposto il contratto (di appalto), nel quale era inserita o richiamata la clausola arbitrale. La possibilità oggi riconosciuta alle parti di stipulare un patto compromissorio per il deferimento ad arbitri delle controversie future non aventi origine nel contratto importa dunque un ampliamento delle possibilità di ricorso all'arbitrato.

Probabilmente, un potenziale ambito di applicazione della convenzione regolata dall'art. 808-*bis* può essere costituito dalla materia dei diritti soggettivi attribuita alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Alcuni recenti interventi della Corte Costituzionale (sentenze n. 204/2004 e n. 191/2006) hanno riaffermato il principio per cui 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. Di conseguenza, tali diritti, almeno di regola, non hanno fondamento in un contratto, e dunque 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⁽¹²⁷⁾.

In questa prospettiva è stato sostenuto che si potrebbe immaginare una convenzione relativa ad una lottizzazione, nella quale siano inseriti oneri ed obblighi a carico di coloro che hanno chiesto e ottenuto la lottizzazione. Se nascessero controversie in ordine all'interpretazione di tali obblighi o oneri e, soprattutto, se le controversie riguardassero la fase esecutiva e, quindi, il rispetto delle prescrizioni dettate dall'amministrazione, si potrebbero anche immaginare clausole che deferiscono la cognizione di tali controversie ad arbitri; e ciò a prescindere dal fatto che siano o meno ricollegabili alla convenzione⁽¹²⁸⁾.

⁽¹²⁷⁾ LUISSO-SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, 2006, 260-261; LUISSO, *Diritto processuale civile. IV. I processi speciali*, IV, Milano, 2007, 377; MOTTO, *La convenzione di arbitrato*, cit., 535.

⁽¹²⁸⁾ VERDE, *Nuove riflessioni*, cit., 12.

Non riteniamo, invece, che un ulteriore ambito di applicazione della convenzione arbitrale non contrattuale possa essere costituito dalle controversie che potrebbero derivare dagli accordi tra privato e pubblica amministrazione sostitutivi del provvedimento o determinativi del suo contenuto di cui all'art. 11 della l. 241/1990⁽¹²⁹⁾. Tale norma prevede che «l'amministrazione procedente può concludere, senza pregiudizio dei diritti dei terzi, e in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse, accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo». La disposizione però aggiunge che a tali «accordi [...] si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili». La conseguenza, a nostro parere, è che in tali casi è utilizzabile la sola clausola compromissoria.

7. *Controversie relative alla responsabilità dell'appaltatore ex art. 1669 c.c.*

In passato si era posto il problema se la clausola compromissoria contenuta nel contratto di appalto potesse estendersi anche alle controversie relative alla responsabilità dell'appaltatore per gravi difetti costruttivi *ex art. 1669 c.c.* La giurisprudenza, nell'unico caso noto, aveva ritenuto che sulla base della clausola apposta al contratto gli arbitri possono estendere la loro competenza anche a questo particolare tipo di azione, benché essa non abbia propriamente titolo nel contratto⁽¹³⁰⁾. I dubbi erano originati dall'incertezza esistente in ordine alla natura contrattuale o extracontrattuale di questa azione. Su questo punto, la dottrina ancora oggi è attestata su una posizione sostanzialmente opposta a quella della giurisprudenza. Secondo quest'ultima, l'azione avrebbe natura extracontrattuale, giacché tende a realizzare una finalità di pubblico interesse, andando ad aggiungersi alla specifica fattispecie prevista dall'art. 2053 c.c. per la

⁽¹²⁹⁾ MOTTO, *op. cit.*, 536; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Commento all'art. 808-bis*, in *Riforma del diritto arbitrale*, cit., 1179.

⁽¹³⁰⁾ In App. Torino, 15 aprile 2003, i giudici affermano che la clausola compromissoria, stipulata nel contesto di un contratto di appalto per la costruzione di un edificio, diretta a devolvere al giudizio di arbitri irrituali la definizione di tutte le controversie insorgenti dall'esecuzione del contratto, è applicabile anche all'azione di cui all'art. 1669 c.c., per gravi difetti costruttivi, quantomeno nell'ipotesi di azione proposta dall'originario committente nei confronti dell'appaltatore costruttore.

responsabilità da rovina di edificio⁽¹³¹⁾. Per la dottrina, invece, essa costituirebbe una manifestazione particolare e tipica della generale ordinaria responsabilità dell'appaltatore per la buona riuscita dell'opera, e in quanto tale avrebbe natura contrattuale⁽¹³²⁾. Nell'attuale quadro normativo, tale disputa acquista un significato affatto diverso rispetto al passato. Un tempo, infatti, il problema era stabilire se gli arbitri aditi con una clausola compromissoria avessero competenza anche su questa domanda; oggi che questo problema è risolto per effetto del nuovo art. 808-*quater*, il quale estende la clausola compromissoria all'intero rapporto, il problema è diventato quello di stabilire se, in mancanza della clausola compromissoria, gli arbitri possano essere investiti di tale controversia mediante la nuova convenzione di arbitrato in materia non contrattuale.

La risposta è senz'altro positiva. Ove infatti il committente e l'appaltatore non abbiano apposto al contratto di appalto la clausola compromissoria, la quale radicherebbe la competenza degli arbitri *anche* sulla lite non contrattuale, non pare dubbio che essi possano compromettere in arbitri l'azione di responsabilità *ex art. 1669 c.c.* stipulando un'*apposita* convenzione non contrattuale⁽¹³³⁾. In questo caso il rapporto giuridico fonte della pretesa risarcitoria si considera determinato mediante l'indicazione del pregresso (almeno sul piano logico) legame contrattuale esistente tra le parti. Naturalmente, questa soluzione è praticabile soltanto ove si accolga la tesi della natura aquiliana della responsabilità *ex art. 1669 c.c.*

⁽¹³¹⁾ Cass., 6 febbraio 2009, n. 3040 e Cass., 6 novembre 2008, n. 26609. Per ulteriori riferimenti si rinvia a DE RENZIS, *Rovina-perimento dell'opera. Garanzie per opere di lunga durata*, in *L'appalto privato*, a cura di Costanza, Torino, 2005, 139 ss.

⁽¹³²⁾ MUSOLINO, *Appalto e contratto d'opera*, 2008, 144 ss. Non sono mancate posizioni intermedie: PAGLIARA, *La responsabilità per rovina e difetti di cose immobili*, in *Dir. prat. assicuraz.*, 1980, 221 sostiene che l'art. 1669 c.c. stabilisca, da un lato, una responsabilità *ex contractu* verso l'appaltatore e, dall'altro, una fattispecie di colpa aquiliana nei confronti degli altri legittimati passivi individuati dalla giurisprudenza.

⁽¹³³⁾ Questa soluzione presuppone risolto in senso positivo il problema della sua compromettibilità in arbitri. Secondo una giurisprudenza di merito rimasta minoritaria (Trib. Milano, 24 settembre 1990, in *Arch. civ.*, 1991, 323), la disciplina di questo tipo di responsabilità sarebbe inderogabile e in quanto tale sfuggirebbe alla competenza degli arbitri. Da molto tempo, però, la dottrina ribadisce la necessità di tenere distinte la indisponibilità del diritto, che costituisce un limite del patto compromissorio, dalla inderogabilità delle norme applicabili al rapporto giuridico controverso, che costituisce invece un limite per il giudizio degli arbitri e il regime impugnatorio del lodo: tali disposizioni non rendono la materia non compromettibile, ma costituiscono un limite alla decisione, dovendo essere necessariamente applicate dagli arbitri. Favorevole alla compromettibilità dell'azione, Coll. arb., Bologna, 28 maggio 1997, con nota adesiva di CARUSI, *Responsabilità dell'appaltatore per gravi difetti delle cose immobili, errori di progettazione, obbligo di cooperazione del direttore dei lavori*, in *Riv. arb.*, 1998, 781 ss.

8. *Le controversie in materia di concorrenza sleale e di segni distintivi.*

Oggetto della nuova convenzione di arbitrato in materia non contrattuale possono essere anche le controversie relative all'utilizzo dei segni distintivi (artt. 2563 ss. c.c. e Codice della proprietà industriale) e quelle relative al compimento di atti di concorrenza sleale (2598 ss. c.c. e c.p.i.)⁽¹³⁴⁾. E' noto che l'imprenditore ha diritto all'uso esclusivo dei propri segni distintivi (ditta, insegna e marchio) e, conseguentemente, ha diritto di opporsi all'uso che altri ne faccia, quando possa derivarne il rischio che il mercato sia indotto in errore nell'identificazione dell'impresa e/o dei suoi prodotti (c.d. sviamento di clientela). Nella fattispecie di concorrenza sleale, invece, l'imprenditore agisce a tutela della sua azienda per impedire qualunque uso, diretto o indiretto, di mezzi non conformi ai principi della correttezza professionale ed idonei a danneggiare l'azienda medesima.

Per il passato, la difficoltà maggiore era rappresentata dal fatto che tali azioni venivano considerate estranee alla *causa petendi* del contratto, con conseguente impossibilità per gli arbitri di pronunciare sulla controversia⁽¹³⁵⁾. Oggi, come abbiamo più volte ripetuto, questo problema è superato dall'art. 808-*quater*, che estende la clausola compromissoria all'intero rapporto giuridico.

Dunque anche in questo caso il quesito è stabilire se, in mancanza di una clausola compromissoria, tali controversie possano essere devolute in arbitri mediante la stipula di un'apposita convenzione di arbitrato in materia non contrattuale. Riteniamo che la risposta debba essere positiva. Naturalmente, per garantire l'osservanza del requisito di determinatezza del rapporto, e per evitare la stipula di un patto generico, quale sarebbe quello che individui le controversie solo attraverso la loro qualificazione giuridica (tutti gli atti di concorrenza sleale), i compromettenti devono indicare la preesistente relazione esistente tra di loro. Per

⁽¹³⁴⁾ CARPI, *Libertà e vincoli nella recente evoluzione dell'arbitrato*, cit., 13 ss.; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Commento all'art. 808-bis*, in *Riforma del diritto arbitrale*, cit., 1178; MOTTO, *La convenzione*, cit., .

⁽¹³⁵⁾ Cfr. Trib. Napoli, 5 maggio 2001, cit., 32, nella massima secondo cui «se un contratto riguarda unicamente la produzione di capi di abbigliamento, la clausola compromissoria concernente le controversie che possono essere originate da tale contratto non si applica per le questioni relative al marchio e all'uso del medesimo anche sotto il profilo della concorrenza sleale, poiché tali questioni fuoriescono completamente dal contratto». Nel senso che l'atto di concorrenza sleale rappresenti una *species* del *genus* dell'illecito civile, v. VANZETTI, *La concorrenza sleale*, in Vanzetti-Di Cataldo, *Manuale di diritto industriale*, Milano, 1993, 15; AUTERI, *La concorrenza sleale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, 18, 4, Torino, 1983, 344-345. Per le differenze tra l'azione di contraffazione e l'azione di concorrenza sleale, vedi invece Cass., 22 febbraio 2008, n. 4531; Cass., 25 settembre 1998, n. 9617. In dottrina, v. COMASTRI, *Sui rapporti tra azione di contraffazione e azione di concorrenza sleale*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 481; AUTERI, in AA.VV., *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Torino, 2005, 639-640.

un esempio di questo tipo, si pensi al caso di due imprenditori, legati da un rapporto contrattuale concernente la produzione di un determinato prodotto, i quali stipulano una convenzione arbitrale mediante la quale deferiscono ad arbitri la decisione delle controversie, aventi natura extracontrattuale, relative al marchio, il suo uso e, in generale, gli atti di concorrenza sleale concernenti il bene oggetto dell'accordo commerciale. In questo caso, come si vede, la preesistente relazione giuridica tra le parti, avente titolo nel contratto, consente di selezionare un particolare compendio di fatti generatori di obbligazioni, e di validamente operare, pertanto, la scelta a favore della giustizia privata riguardo ai rapporti obbligatori che da tali fatti derivano⁽¹³⁶⁾.

9. *Le controversie di ripetizione dell'indebito e di ingiustificato arricchimento per prestazioni eseguite a fronte di un contratto nullo, invalido o inefficace.*

Tradizionalmente si è posto il quesito se gli arbitri, in forza della clausola compromissoria apposta al contratto, potessero decidere anche le domande aventi ad oggetto le pretese consequenziali alla declaratoria di nullità o di inefficacia del contratto, come la domanda di ingiustificato arricchimento *ex art.* 2041 c.c. o la domanda di ripetizione dell'indebito di cui all'art. 2033 c.c.⁽¹³⁷⁾.

Secondo l'interpretazione prevalente, tali controversie dovevano considerarsi escluse dall'oggetto tipico della clausola compromissoria, la quale, a norma dell'art. 808, 1° comma, ricomprenderebbe (soltanto) «le controversie nascenti dal contratto» cui essa è collegata. La norma non sarebbe suscettibile di interpretazione estensiva: la limitazione *ex lege* delle controversie deferibili in arbitri mediante clausola compromissoria a quelle che hanno *causa petendi* nel contratto risiederebbe, infatti, nell'esigenza di non realizzare una rinuncia eccessivamente ampia alla giurisdizione statale, e nella necessità di rispettare il precetto di cui all'art. 1346 c.c., a norma del quale l'oggetto del contratto deve essere, quantomeno, determinabile⁽¹³⁸⁾. In dottrina, non mancavano posizioni più

⁽¹³⁶⁾ Contrario alla compromettibilità in arbitrato di questo genere di controversie è NELA, *Commento all'art. 808*, in *Le recenti riforme del processo civile*, a cura di Chiarloni, II, Bologna, 2007, 1600, nota 38.

⁽¹³⁷⁾ Cfr. MOTTO, *In tema di clausola compromissoria: forma, oggetto, rilevanza del comportamento delle parti*, in *Riv. arb.*, 2006, 88 ss., spec. 92-93.

⁽¹³⁸⁾ Cfr. Coll. arb., Genova, 25 febbraio 2009, in *Annuario del contratto*, a cura di Roppo, 2009, 330; Cass., 22 gennaio 1999, n. 565. In dottrina, nello stesso senso, CECHELLA, *Il contratto di arbitrato*, in *L'arbitrato*, cit., 63. Analogamente, anche Coll. Arb. Ferrara, 30 ottobre 1998, in *Riv.*

articolate: si sosteneva, per esempio, che se gli arbitri accertano che un contratto non ha mai avuto efficacia perché la condizione cui era sospensivamente condizionato non si è verificata, non possono poi giudicare della domanda di indebito arricchimento proposta da chi ha malamente dato esecuzione al contratto, giacché tale domanda non “nasce” da un contratto inefficace *ab origine*. Diversa, invece, sarebbe la soluzione nel caso di contratto risolutivamente condizionato o, in caso di contratto nullo, se fosse proposta domanda di restituzione della prestazione eseguita⁽¹³⁹⁾. Altra dottrina, invece, si mostrava favorevole all'estensione della clausola compromissoria a questo genere di controversie, sul presupposto che l'unico limite riconosciuto alla volontà compromissoria è la indisponibilità dei diritti controversi e che il requisito della determinabilità dell'oggetto del negozio compromissorio -ossia la determinabilità *a priori* delle liti che, ove insorgeranno, saranno sottratte al giudice dello Stato e decise da arbitri- non diversamente che per le controversie *ex contractu*, può essere soddisfatto dalla clausola compromissoria anche in relazione a liti non contrattuali: allo scopo è sufficiente che la scelta per la via arbitrale in essa contenuta avvenga con riferimento ad un determinato rapporto non contrattuale⁽¹⁴⁰⁾.

Oggi giorno, tutte queste questioni assumono un significato affatto diverso. Non v'è dubbio, infatti, che l'azione di ingiustificato arricchimento e quella di ripetizione dell'indebito siano ricomprese nell'ambito oggettivo della clausola compromissoria alla luce del nuovo art. 808-*quater*, il quale, come abbiamo visto, estende il vincolo compromissorio a tutte le liti derivanti «dal rapporto cui la convenzione si riferisce», e dunque anche a quelle che non hanno propriamente la loro fonte nel contratto.

Il quesito che bisogna porsi, invece, è se in mancanza di una clausola compromissoria, tali controversie possano essere deferite ad arbitri per il tramite della nuova convenzione di arbitrato in materia non contrattuale.

Abbiamo sostenuto in altra parte del nostro lavoro⁽¹⁴¹⁾ che in questi casi l'obbligazione non deriva da un rapporto complesso, ma rappresenta l'unico effetto di un rapporto giuridico semplice, con il quale si identifica; in tali ipotesi

arb., 2002, 375, con nota adesiva di LONGO, *Osservazioni in tema di efficacia della clausola compromissoria*, in *Riv. arb.*, 2002, 377.

⁽¹³⁹⁾ VERDE, *La convenzione di arbitrato*, in AA.VV., *Diritto dell'arbitrato*, a cura di Verde, Torino, 2005, 105-106.

⁽¹⁴⁰⁾ MOTTO, *op. cit.*, 93.

⁽¹⁴¹⁾ V. cap. II.

non è quindi possibile isolare un rapporto giuridico autonomo rispetto alla coppia diritto-obbligo in cui l'obbligazione consiste: il perfezionamento della fattispecie costitutiva del rapporto -composta da meri fatti storici o da fatti-diritti, tecnicamente pregiudiziali rispetto all'effetto obbligatorio- coincide con la nascita dell'obbligazione. La circostanza per cui al sorgere del rapporto si genera anche la coppia pretesa-obbligo comporta che anteriormente al verificarsi del fatto generatore -ossia il pagamento indebito, l'arricchimento ingiustificato, il fatto illecito dannoso- è arduo per le parti del (futuro ed eventuale) rapporto obbligatorio procedere alla sua individuazione, al fine di devolvere in arbitri le controversie ad esso relative. In questi casi, allora, la determinatezza del rapporto voluta dall'art. 808-*bis* viene assicurata mediante il riferimento alla preesistente (se non sul piano cronologico, sicuramente sul piano logico) relazione giuridica tra le parti, avente titolo nel contratto, la quale consente di selezionare un particolare compendio di fatti generatori di obbligazioni, e di validamente operare, pertanto, la scelta a favore della giustizia privata riguardo ai rapporti obbligatori che da tali fatti derivano⁽¹⁴²⁾. Va detto, però, che è difficile immaginare che le parti, le quali non abbiano stipulato una clausola compromissoria, sottomettano agli arbitri questo tipo di controversie mediante una convenzione non contrattuale.

⁽¹⁴²⁾ MOTTO, *La convenzione*, cit., 535.

CAPITOLO IV

FORMA, CAPACITÀ E LIMITI SOGGETTIVI

DELLA CONVENZIONE DI ARBITRATO IN MATERIA NON CONTRATTUALE.

SEZIONE I

LA FORMA DELLA CONVENZIONE NON CONTRATTUALE.

SOMMARIO: **1.** Il requisito della forma scritta della convenzione di arbitrato in materia non contrattuale: forma *ad substantiam* o forma *ad probationem*? **-2.** Le modalità atte a soddisfare il requisito di forma. **-3.** Gli strumenti tecnologici di formazione e trasmissione dei documenti. **-4.** Il messaggio telematico. **-5.** La formazione della convenzione per *facta concludentia*: la soluzione del problema alla luce del nuovo art. 817, 3° comma, c.p.c.

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 rapporto alla convenzione di arbitrato non contrattuale, la mai sopita *querelle* circa la forma richiesta per la stipula della clausola compromissoria, se cioè sia necessaria l'adozione della forma scritta *ad substantiam* o sia sufficiente la forma scritta *ad probationem*⁽¹⁴³⁾. La disputa, come si ricorderà, era stata occasionata *sub Julio* dall'introduzione, nel corpo del vecchio testo dell'art. 808, 1° comma, dell'espressione «deve risultare»⁽¹⁴⁴⁾, che per alcuni commentatori poteva considerarsi 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»⁽¹⁴⁵⁾.

⁽¹⁴³⁾ Sulla distinzione tra forma *ad substantiam* e forma *ad probationem* v. GIORGIANNI, voce *Forma degli atti (dir. priv.)*, cit., 992; IRTI, *Il contratto tra faciendum e factum*, in *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985, 64 ss; ORMANNI, *Forma del negozio giuridico*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1961.

⁽¹⁴⁴⁾ 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.

⁽¹⁴⁵⁾ Tale rilievo, a quanto consta, è fatto per la prima volta da PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, 2000, I, 192. Secondo l'A., la formula adoperata nella norma deve indurre la

Sennonché, dagli stessi sostenitori della tesi si è rilevato come questa interpretazione della norma introdurrebbe un'irragionevole disparità di trattamento tra i soggetti che intendano sottoporre ad arbitrato le controversie tra di essi *già insorte* in relazione ad un determinato rapporto non contrattuale e i soggetti che intendano invece sottoporre al giudizio di arbitri la decisione delle controversie *future* relative al medesimo rapporto¹⁴⁶). Sarebbe, cioè, 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 Stato la decisione di controversie di cui, al tempo della stipula, non sono in grado di apprezzare la gravità¹⁴⁷).

conclusione che «l'atto scritto possa rappresentare la mera documentazione di una stipulazione già intervenuta, cioè un atto ricognitivo di una volontà già manifestata, da cui tale volontà risulti». L'A. ribadisce questa affermazione in ID., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, III, cit., 169. Alla tesi hanno aderito di recente RUFFINI, *Patto compromissorio*, in *Riv. arb.*, 2005, 716 ss.; ID., *Sub art. 808 c.p.c.*, in *Codice di procedura civile commentato*, III, a cura di Consolo-Luiso, 5697 ss.; NELA-CATALANO, *Commento all'art. 808-bis*, in *Le recenti riforme del processo civile*, a cura di Chiarloni, II, Bologna, 2007, 1625 ss.; VESSIA, *Gli effetti del fallimento sulle clausole arbitrali e sui giudizi arbitrali pendenti*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 6, 2008, 773 ss., spec. 793. Più aderente alla lettera della norma è la posizione assunta da BOVE, *Aspetti problematici nella nuova disciplina della convenzione d'arbitrato rituale*, in *Il giusto processo civile*, 2006, 57 ss., spec. 65, il quale, pur ritenendo che fossero «*maturi i tempi per superare il principio della forma scritta ad substantiam in riferimento alla convenzione d'arbitrato*, [e che] *il legislatore non [abbia] avuto il coraggio di fare il passo decisivo*», conclude tuttavia che il dato testuale impone la forma scritta *ad substantiam* della convenzione per liti future non contrattuali. Nel sistema dell'abrogato codice del 1865 la necessità della forma scritta *ad substantiam* per entrambe le *species* di patto compromissorio era sostenuta dalla dottrina maggioritaria: vedi, per tutti, BARBARESCHI, *Gli arbitrati*, Milano, 1937, 111; CODOVILLA, *Del compromesso e del giudizio arbitrale*, Torino, 1899, 289 ss., spec. 292; MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, Milano, III, 89 ss., spec. 98. In senso contrario: AMAR, *Dei giudizi arbitrali*, Torino, 1879; MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile*, Torino, I, 1886, 763. Sotto il vigore del codice attuale, la necessità della forma scritta *ad substantiam* è sostenuta da FERRO, *La clausola compromissoria*, in AA.VV., *L'arbitrato. Profili sostanziali*, rassegna coordinata da Alpa, Torino, 1999, II, 609 ss., spec. 643; BOVE, *Il patto compromissorio rituale*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 403 ss., spec. 422 ss.; ID., *La giustizia privata*, Padova, 2009, 38; CECHELLA, *Il contratto di arbitrato*, in *L'arbitrato* (a cura di), Milano, 2005, 51 ss.; FESTI, *La clausola compromissoria*, cit., 205 ss.; PONTECORVO, in *Dizionario dell'arbitrato a cura di Natalino Irti*, Torino, 1997, 198 ss.; TIZI, *La forma dell'accordo arbitrale rituale*, in *Riv. arb.*, 2004, 629 ss., spec. 635 ss.; SIROTTI GAUDENZI, *Apertura sui diritti indisponibili*, in *Guida dir.*, 2006, 8, 86; VERDE, *La convenzione di arbitrato*, in AA.VV., *Diritto dell'arbitrato*, a cura di Verde, Torino, 2005, 75. In giurisprudenza v. Cass., 24 settembre 1996, n. 8407; Cass., 4 novembre 2004, n. 21139; Cass., 15 marzo 2004, n. 5540; Cass., 15 novembre 1997, n. 11318; Cass., 23 febbraio 1999, n. 1541; Cass., 14 luglio 1962, n. 2082.

¹⁴⁶) RUFFINI, *Patto compromissorio*, cit., 719.

¹⁴⁷) Cfr. RUFFINI, *op. cit.*, 719, che intravede nella suddetta aporia una violazione dell'art. 3 della Costituzione. *Contra* FESTI, *La clausola compromissoria*, cit., 210, 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

Allo stesso modo, non sembra potersi condividere l'opinione di chi, rilevando l'eccezionalità dell'arbitrato rispetto alla giurisdizione statale, sostiene che il legislatore abbia voluto accentuare il rigore formale della dichiarazione di volontà richiesta per la stipula della clausola compromissoria, la quale dovrebbe essere «chiara, univoca o indubitabile»⁽¹⁴⁸⁾. L'opinione va disattesa non soltanto perché manca qualsiasi elemento testuale che consenta di ritenere che il legislatore abbia voluto imporre una forma “accentuata” per la clausola compromissoria -e, stante l'analogia strutturale, anche per la convenzione di arbitrato non contrattuale-⁽¹⁴⁹⁾, ma soprattutto perché, com'è stato rilevato già prima dell'ultima novella, «non sembra potersi individuare un rapporto regola-eccezione tra convenzione arbitrale e giurisdizione ordinaria che sia rilevante sul piano ermeneutico»⁽¹⁵⁰⁾. Nell'attuale contesto normativo, infatti, non sarebbe sostenibile una presupposta eccezionalità dell'arbitrato nei confronti della giurisdizione ordinaria: le novità introdotte dalla recente riforma in punto di intervento di terzi, di soluzione delle questioni pregiudiziali o di efficacia del lodo rivelano piuttosto il tentativo del legislatore di operare un progressivo accostamento della tutela privata a quella togata. Inoltre, si è pure detto, è raro che i contraenti si esprimano in modo da suscitare dubbi, in sede di esegesi della convenzione, circa la scelta della via arbitrale⁽¹⁵¹⁾. I dubbi interpretativi riguardano più spesso il tipo di giudizio -di diritto o d'equità- che le parti chiedono agli arbitri di svolgere, ovvero altre questioni consimili⁽¹⁵²⁾.

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, co. 1, c.c.

⁽¹⁴⁸⁾ In tal senso SACCO, in SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Torino, 1993, I, 617, richiamato criticamente da FESTI, *La clausola compromissoria*, cit., 211.

⁽¹⁴⁹⁾ Il rilievo è ancora di FESTI, *op. ult. cit.*, 211. Va anche osservato che «l'ordinamento, di regola, non impone rigidi formalismi per riconoscere effetti giuridici agli atti dei privati (c.d. principio della “libertà della forma”)» (TORRENTE-SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2007, 201). Vedi anche DE NOVA, *Disciplina legale dell'arbitrato e autonomia privata*, in *Riv. arb.*, 2006, 423 ss., spec. 424, per il quale «le norme sulla forma della convenzione di arbitrato (art. 807, comma 1, richiamato dall'808, comma 1 e dall'808-bis) non sono derogabili, né pare probabile che le parti abbiano interesse ad adottare più rigorose forme convenzionali».

⁽¹⁵⁰⁾ FESTI, *op. cit.*, 211-212.

⁽¹⁵¹⁾ Secondo FESTI, *op. cit.*, 211-212, il ricorso a espressioni come “arbitrato”, “arbitri” o derivati non dovrebbe lasciare dubbi circa l'intenzione delle parti di voler compromettere in arbitri la controversia. Sono pochi i casi in cui i giudici si trovano al cospetto di clausole arbitrali che non consentono di capire se le parti hanno voluto ricorrere all'arbitrato o chiedono l'intervento del giudice dello Stato. In argomento, v. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Commento all'art. 808-quater c.p.c.*, in *Riforma del diritto arbitrale*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2007, 1199.

⁽¹⁵²⁾ Neppure la questione della natura rituale o irrituale dell'arbitrato pone più dubbi interpretativi. Oggi, infatti, per effetto dell'entrata in vigore dell'art. 808-ter c.p.c., la scelta per l'arbitrato irrituale deve risultare, per usare le parole del codice, da «*disposizione espressa per iscritto*». In

Per concludere, si potrebbe poi sostenere che la scelta di adottare la forma *ad substantiam* per la stipula della convenzione *de qua* sia coerente con i principi generali, sulla base dei quali è quantomeno inopportuno prevedere che negozi produttivi di medesimi effetti giuridici (da un lato, il compromesso; dall'altro, la clausola compromissoria e la convenzione di arbitrato non contrattuale) vengano sottoposti ad un diverso regime di forma. L'insegnamento tradizionale, infatti, è che, a parità di effetti, i negozi giuridici hanno i medesimi requisiti di forma⁽¹⁵³⁾. In definitiva, dunque, la conclusione che a noi appare preferibile è che la stipula della convenzione di arbitrato in materia non contrattuale esiga sempre l'adozione della forma scritta *ad substantiam*⁽¹⁵⁴⁾.

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

Atteso che la convenzione di arbitrato non contrattuale è un contratto, essa esige una valida e consapevole manifestazione del consenso da parte di tutti coloro che sono titolari del rapporto giuridico. La forma in cui tale consenso può esprimersi è quella «scritta» *tout court*, per cui è concessa l'alternativa tra la stipula di un atto scritto documentalmente autonomo e quella di una clausola inserita in «atti diversi dal contratto, come accordi o convenzioni o bandi o atti unilaterali»⁽¹⁵⁵⁾. 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.),

concreto ciò significa, precisa TOTA, *Appunti sul nuovo arbitrato irrituale*, in *Riv. arb.*, 2007, 555 ss., che «l'opzione per l'arbitrato irrituale non potrà [...] più desumersi dall'impiego di formule quali «amichevoli compositori», «senza formalità di procedura» o «accettare il lodo come da esse [le parti] voluto»; ovvero dal mancato richiamo a locuzioni proprie del processo civile («giudizio», «rito», «processo», «controversia», ecc.), come tali asseritamente incompatibili con l'informalità del procedimento; o, ancora, dalla previsione di inappellabilità (o di esonero dal deposito) del lodo». La menzionata inversione di tendenza rispetto alla passata normativa è messa in luce anche da OCCHIPINTI, *E' nulla, per indeterminatezza dell'oggetto, la convenzione arbitrale che non consente di stabilire se le parti abbiano voluto un arbitrato rituale o un arbitrato irrituale*, in *Riv. arb.*, 2008, 376.

⁽¹⁵³⁾ MOTTO, *La convenzione*, cit., 525.

⁽¹⁵⁴⁾ Cfr. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Commento all'art. 806 c.p.c.*, in Carpi (commentario diretto da), *Arbitrato. Commento al titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile. Artt. 806-840*, 2008, 1 ss., spec. 4, che invece opina che il pur condivisibile sforzo del novellatore di semplificare la disciplina del patto compromissorio non rende ancora oggi possibile una perfetta integrazione tra le diverse *species* di convenzione. Permangono infatti disparità di disciplina in tema di forma e di criteri soggettivi. Per un panorama delle soluzioni accolte nell'ordinamento tedesco, v. SANGIOVANNI, *La forma della convenzione arbitrale nel diritto tedesco*, in *Riv. arb.*, 2002, 591 ss.; per le soluzioni accolte nell'ordinamento austriaco, vedi invece ASCHAUER, *Il nuovo diritto dell'arbitrato austriaco*, in *Riv. arb.*, 2006, 237 ss., spec. 245 ss.

⁽¹⁵⁵⁾ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Commento all'art. 808-bis c.p.c. (Convenzione di arbitrato in materia non contrattuale)*, in Carpi (Commentario diretto da), cit., 155.

oppure attraverso lo scambio di documenti separati, sottoscritti rispettivamente da ciascuna parte⁽¹⁵⁶⁾. La soluzione è conforme alla disciplina generale dei contratti - secondo la quale anche i contratti aventi forma scritta *ad substantiam* possono perfezionarsi attraverso la conclusione di separate scritture- e non si rinvencono ragioni per derogarvi nel caso che ci occupa⁽¹⁵⁷⁾.

E' altresì ammissibile una convenzione arbitrale contenuta in un atto diverso da quello dal quale risulti il rapporto giuridico devoluto in arbitri: anche in questo caso, naturalmente, le parti dovranno osservare il vincolo di determinatezza del rapporto imposto dall'art. 808-*bis* c.p.c. Su questo punto dobbiamo fermare per qualche momento la nostra attenzione. Come si è già accennato in precedenza⁽¹⁵⁸⁾, l'art. 808-*bis* richiede che il rapporto sia determinato, ma non impone che questo sia già esistente al tempo della stipula del patto compromissorio, per cui non è escluso che la convenzione possa essere formata anche prima della venuta ad esistenza del rapporto; in questo caso, l'accordo arbitrale conterrà soltanto la specificazione dei criteri da utilizzare per la determinazione dei rapporti giuridici devoluti in arbitrato.

Per venire al punto, la circostanza che possa non esserci contestualità cronologica tra la stipula della convenzione e la nascita del rapporto giuridico dimostra che per la convenzione arbitrale non contrattuale l'affermazione del rapporto prescinde dalla sua esistenza, per cui non è da escludere che, come per la clausola

⁽¹⁵⁶⁾ Deve considerarsi oramai superata la soluzione proposta in tempi lontani da VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del diritto civile*, Milano, 1971, 295, il quale escludeva che la convenzione arbitrale potesse formarsi per atti separati. Il definitivo superamento della tesi, rimasta isolata nel panorama dottrinario italiano fino ai giorni nostri, si deve all'entrata in vigore della legge di riforma dell'arbitrato n. 25 del 5 gennaio 1994, la quale, recependo una giurisprudenza già favorevole a questa soluzione, ha sancito che la forma scritta si intende rispettata «anche quando la volontà delle parti è espressa per telegrafo o telescrivente». Il d.lgs. n. 40 del 2 febbraio 2006 ha ulteriormente ampliato l'elenco delle forme di manifestazione della volontà compromissoria equipollenti a quella scritta, includendo nel suddetto elenco anche la volontà espressa per telefacsimile e messaggio telematico. Contro la tesi di Vecchione si erano già espressi MORTARA, *Commentario*, cit., 79; BIAMONTI, voce *Arbitrato*, cit., 907; D'ONOFRIO, *Commento al nuovo codice di procedura civile*, Padova, 1941, 282. In giurisprudenza, la stipula della convenzione di arbitrato mediante la sottoscrizione di due scritture separate è ammessa, sia pur con riguardo al compromesso e alla clausola compromissoria, da Cass., 4 maggio 1995, n. 4856, per la quale «il requisito della forma scritta *ad substantiam* non richiede che la volontà negoziale sia espressa con un unico documento che rechi la sottoscrizione dell'una e dell'altra parte, ma deve ritenersi osservato anche quando la seconda sottoscrizione sia contenuta in un documento separato, purché inescindibilmente collegato al primo». Nello stesso senso, vedi anche Cass., 24 luglio 2007, n. 16332, in *Guida al diritto*, 2007, 39, 64; Cass., 2 febbraio 2007, n. 2256; Cass., 19 dicembre 2000, n. 15941; Cass., 22 febbraio 2000, n. 1989; Cass., 3 gennaio 1986, n. 22; Cass., 23 ottobre 1959, n. 3039.

⁽¹⁵⁷⁾ Nel senso indicato nel testo si esprime la dottrina unanime. Oltre agli autori già citati nella nota precedente, v. FERRO, *La clausola compromissoria*, cit., 644 ss; FESTI, *La clausola compromissoria*, cit., 217.

⁽¹⁵⁸⁾ Cfr. cap. II, § 5.

compromissoria, anche per la convenzione di arbitrato non contrattuale possa ammettersi la determinazione del rapporto *per relationem*, attraverso cioè il rinvio ad un documento esterno alla convenzione dal quale risulti il rapporto giuridico devoluto in arbitri⁽¹⁵⁹⁾. Il richiamo, però, deve essere consapevole, in modo che la volontà di compromettere in arbitri la controversia sia chiara ed inequivoca, ciò che si suole esprimere nel linguaggio della giurisprudenza con l'esigenza di una *relatio perfecta*⁽¹⁶⁰⁾. Deve avvertirsi, però, che almeno fino al momento in cui scriviamo, non constano decisioni giurisdizionali su questo specifico punto, sicché non siamo in grado di offrire un quadro delle situazioni rispetto alle quali la giurisprudenza ritiene possibile la determinazione del rapporto non contrattuale *per relationem*⁽¹⁶¹⁾.

⁽¹⁵⁹⁾ In generale, si parla di *relatio* allorché all'interno di uno specifico regolamento negoziale si faccia riferimento, per la determinazione di un elemento del contenuto dello stesso, di un dato esterno al negozio, che viene recepito all'interno di esso tramite il rinvio all'elemento medesimo. Nel senso che nei contratti solenni il rinvio ad altro documento non può essere operato per gli elementi essenziali del negozio, ma solo per quelli accidentali, v. DI PACE, *Il negozio per relationem*, Torino, 1940, 33; *contra*, FERRI, *In tema di formazione progressiva del contratto e di negozio formale per relationem*, nota a Cass., 27 novembre 1963, n. 3044, in *Riv. dir. comm.*, 1964, II, 211 ss. Escludono categoricamente la *relatio* per i contratti con forma scritta *ad substantiam* BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 286-287; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989, 208.

⁽¹⁶⁰⁾ E' nota l'opinione tradizionale espressa in relazione alla clausola compromissoria, secondo cui le parti di un rapporto contrattuale possono vincolarsi alla via arbitrale anche attraverso il rinvio contenuto nel contratto ad un diverso documento contenente il patto compromissorio. Il problema che generalmente si pone è se sia necessario che le parti scelgano consapevolmente la via arbitrale (c.d. *relatio perfecta*) o se invece si possa considerare sufficiente ad integrare la forma scritta un consenso soltanto "indiretto" alla clausola arbitrale, come sarebbe quello prestato dalla parte che, pur essendo a conoscenza del contenuto del contratto, ignori però l'esistenza di una clausola compromissoria apposta ad esso (c.d. *relatio imperfecta*). La maggior parte degli interpreti richiede che la *relatio* sia *perfecta*. In questo senso, tra gli altri, FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, 1997, 40; NICOLÒ, *La relatio nei negozi formali*, cit., 117 ss. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., 196. In giurisprudenza, v. Cass. 16 febbraio 1993, n. 1930, in *Casi scelti in tema di arbitrato nel diritto italiano e comparato*, Padova, 1994, 116 ss., con nota di LEPRI; Cass. 26 aprile 1976, n. 1439, in *Foro it.*, 1976, I, 1495 ss; Cass., 14 novembre 1981, n. 6035, in *Foro it.*, 1982, I, 1640 ss. Nel senso opposto della legittimità di una *relatio* solo generica, vedi, in giurisprudenza, Cass., 13 maggio 1989, n. 2198; in dottrina, v. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2006, 54, che con riguardo alla validità delle clausole collegate all'acquisto dello *status* di socio, afferma che «se l'acquisto dello *status* ha avuto luogo per iscritto, è da ritenere che il riferimento alla clausola compromissoria contenuta nell'atto costitutivo, statuto o regolamento sia implicito e che la forma sia stata rispettata».

⁽¹⁶¹⁾ In termini generali, v. Cass., 6 settembre 2006, 19130, nella massima secondo cui «il richiamo della disciplina fissata in un distinto documento, che sia effettuato dalle parti contraenti sulla premessa della piena conoscenza di tale documento ed al fine dell'integrazione del rapporto negoziale nella parte in cui difetti di una diversa regolamentazione, assegna alle previsioni di quella disciplina, per il tramite di *relatio perfecta*, il valore di clausole concordate, e, quindi, le sottrae all'esigenza della specifica approvazione per iscritto di cui all'art. 1341 c.c., mentre non rileva in proposito l'eventuale unilateralità della predisposizione del suddetto documento, la quale resta superata dalla circostanza che entrambi i contraenti si siano accordati per farne proprio il contenuto». In senso conforme, Cass., 22 ottobre 2003, n. 15783; Cass., 21 aprile 1999, n. 3929, in *Giust. civ.*, 1999, I, 2987, con nota di GRISOSTOMI TRAVAGLINI, *Negozio per relationem, condizioni generali di contratto ed arbitrato obbligatorio*.

3. *Gli strumenti tecnologici di formazione e trasmissione dei documenti.*

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 II, della Convenzione di Ginevra del 1961⁽¹⁶²⁾, 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 compromesso, per dizione espressa, ma anche alla clausola compromissoria e alla convenzione di arbitrato in materia non contrattuale. Prima della novella, gli unici equipollenti della forma scritta previsti dalla norma erano il telegrafo e la telescrivente⁽¹⁶³⁾. In quel contesto si era sostenuto che, in mancanza di una disposizione del codice civile che definisse i requisiti strutturali della scrittura-documento, e in presenza di una norma, l'art. 2705 c.c., che estende invece l'efficacia probatoria della scrittura privata al telegramma, la forma degli atti negoziali sarebbe stata rispettata anche mediante la mera *riferibilità* dell'atto al suo autore⁽¹⁶⁴⁾. Sviluppando tale considerazione in relazione alla convenzione arbitrale, questa dottrina era pervenuta alla conclusione che tra i mezzi di trasmissione della volontà compromissoria potesse annoverarsi anche il *fax*, nonostante l'art. 807, 2° comma, non stabilisse nulla al riguardo⁽¹⁶⁵⁾. Sennonché, si era opportunamente replicato che «non è esatto dire che il codice civile nulla dispone in tema di requisiti formali minimi della scrittura privata»⁽¹⁶⁶⁾, perché l'art. 2702 c.c. definisce la scrittura come l'atto *sottoscritto* dal suo autore e l'art. 2705 c.c. è una norma di carattere eccezionale che deroga alla regola generale

⁽¹⁶²⁾ Dove si prevede, tra l'altro, che può essere utilizzato «ogni altro mezzo di comunicazione che consente di conservare la prova dell'accordo».

⁽¹⁶³⁾ La riforma dell'art. 807 c.p.c. era quanto mai opportuna. Per rendersene conto, basta rileggersi il commento alla riforma del 1994 della SALVANESCHI, in TARZIA, LUZZATTO, RICCI, *L. 25 gennaio 1994, n. 25*, Padova, 1995, 17-18, dove l'A. spiegava come l'art. 807 fosse una norma nata già vecchia, giacché faceva riferimento a mezzi di trasmissione della volontà compromissoria ormai superati dalle più moderne tecnologie.

⁽¹⁶⁴⁾ E' la tesi di IRTI, *Compromesso e clausola compromissoria*, cit., 651 ss. Favorevoli allo scambio via *fax* della volontà compromissoria prima dell'ultima novella erano altresì SALVANESCHI, *op. ult. cit.*, 18; ORICCHIO, *L'arbitrato*, Napoli, 1994, 26; PATTI, *I presupposti dell'arbitrato internazionale e la forma della convenzione arbitrale*, in *Nuova giur. comm.*, 1999, II, 233. La tesi che considera integrata la forma scritta anche mediante la mera riferibilità dell'atto al suo autore è ribadita, dopo l'ultima novella dell'arbitrato, da ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 807*, in *Nuove leggi civ. comm.*, cit., 1171.

⁽¹⁶⁵⁾ Per ulteriori informazioni, v. VERDE, *Diritto dell'arbitrato rituale*, cit., 76 ss.

⁽¹⁶⁶⁾ VERDE, *op. cit.*, 77.

della forma scritta, con la conseguenza che un ampliamento del novero dei mezzi di trasmissione della volontà compromissoria diventa possibile solo sulla base di una disposizione espressa⁽¹⁶⁷⁾.

Tali osservazioni si sono rivelate giuste alla prova dell'ultima riforma dell'arbitrato. La decisione del legislatore di introdurre nuovi strumenti di trasmissione della volontà compromissoria dimostra infatti che un ampliamento del loro numero imponeva necessariamente l'adozione di una disposizione *ad hoc*. L'art. 2702 c.c., come si era sostenuto, è una norma tassativa e ciò comporta che le deroghe al principio della forma scritta debbano essere espressamente contemplate dalla legge.

Ciò detto, conviene adesso affrontare il tema della validità della convenzione trasmessa via telefax. Secondo una prima ricostruzione, a questo tipo di documento si deve attribuire la medesima efficacia della scrittura che riproduce, a condizione che gli originali della proposta e dell'accettazione abbiano i requisiti richiesti per la scrittura privata e contengano la sottoscrizione autografa delle parti. Si è tuttavia osservato che nell'art. 807 non si fa riferimento alla regolarità della sottoscrizione, bensì alla regolarità della trasmissione e della ricezione del documento teletrasmesso⁽¹⁶⁸⁾, mentre il problema della forma del documento attiene ad un momento logicamente diverso rispetto alla trasmissione via telefax, tant'è che ove l'originale non abbia la forma scritta, non potrebbe essere il *fax* ad attribuirgli tale forma⁽¹⁶⁹⁾.

La questione della validità della convenzione via *fax* va poi esaminata anche alla luce delle novità introdotte dal codice dell'amministrazione digitale (d.lgs. n. 82 del 2005 e successivo d.lgs. n. 159 del 2006), che all'art. 45 include il *fax* tra i mezzi telematici o informatici che soddisfano il requisito della forma scritta, con la precisazione che «la loro trasmissione non deve essere seguita da quella del documento originale». Poiché la norma si applica anche ai privati (art. 2, comma terzo), la conclusione che se ne dovrebbe trarre è che il *fax* soddisfa pienamente il requisito della forma scritta, senza necessità che sia scambiato l'originale. Tuttavia è noto che questo strumento pone un fondamentale problema, che è dato dalla necessità di accertare di volta in volta se c'è corrispondenza tra colui che è

⁽¹⁶⁷⁾ VERDE, *op. cit.*, 77.

⁽¹⁶⁸⁾ ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione*, cit., 124.

⁽¹⁶⁹⁾ ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, 125, che riprende le osservazioni svolte da VERDE, *Diritto dell'arbitrato rituale*, cit., 76, nota 14.

intestataro della macchina e colui che in concreto trasmette il documento⁽¹⁷⁰⁾. E' ben possibile, infatti, che questi soggetti non coincidano, nel qual caso la prova della corrispondenza non può certo essere affidata al rapporto di conferma. Non potendosi accordare a questo strumento un'efficacia probatoria analoga a quella accordata all'originale⁽¹⁷¹⁾, riteniamo, conformemente alla giurisprudenza più recente, che allo scambio dei documenti via *fax* debba essere attribuita piuttosto l'efficacia probatoria delle riproduzioni meccaniche (art. 2712 c.c.), che fanno «piena prova dei fatti e delle cose rappresentate, se colui contro il quale sono prodotte non ne disconosce la conformità ai fatti o alle cose medesime»⁽¹⁷²⁾.

4. *Il messaggio telematico.*

Secondo l'art. 807, 2° comma, la forma scritta si intende rispettata anche quando la volontà dei compromettenti è espressa per messaggio telematico⁽¹⁷³⁾.

⁽¹⁷⁰⁾ Già CARNELUTTI, *Studi sulla sottoscrizione*, in *Studi di diritto processuale*, Padova, 1939, 233, metteva in guardia dai problemi posti dall'accertamento della paternità dell'atto e proponeva di sostituire la sottoscrizione con l'attività con cui si attribuisce la paternità del documento.

⁽¹⁷¹⁾ Su questo punto, v. FESTI, *La clausola compromissoria*, cit., 231, spec. nota 90, ove l'A. spiega le ragioni per cui nessuna delle obiezioni mosse rispetto all'idoneità del *fax* ad integrare la forma scritta appare convincente.

⁽¹⁷²⁾ Nel senso indicato nel testo v. Cass., 20 marzo 2009, n. 6911, nella massima per cui «La riproduzione di un atto mediante telefax rientra tra le riproduzioni meccaniche indicate con elencazione non tassativa dall'art. 2712 c.c. che formano piena prova dei fatti o delle cose rappresentati, ove la parte contro cui le riproduzioni sono prodotte non ne disconosca la conformità ai fatti o alle cose medesime, costituendo detta modalità di trasmissione un sistema di posta elettronica volto ad accelerare il trasferimento della corrispondenza mediante la riproduzione a distanza - con l'utilizzazione di reti telefoniche e terminali facsimile - del contenuto di documenti». In senso conforme, v. Cass. 14 giugno 2007, n. 13916, in *Giust. civ.*, 2008, 1768 ss., che ha riconosciuto efficace un lodo emesso sulla base di una clausola compromissoria contenuta in un contratto concluso mediante scambio della proposta e dell'accettazione avvenute via telefax, sul presupposto che detto scambio è idoneo a integrare la «convenzione scritta» di cui all'art. 2 della Convenzione di New York del 10 giugno 1958 sull'arbitrato.

⁽¹⁷³⁾ I concetti di documento informatico e di firma digitale sono stati introdotti nell'ordinamento con il d.p.r. 513 del 1997, che costituisce la prima normativa organica in materia. Successivamente, è stata la volta del d.p.r. n. 445 del 28 dicembre 2000, che ha espressamente abrogato il d.p.r. 513/1997, e poi ancora del d.lgs. 23 gennaio 2002, n. 10. Al momento, la normativa di riferimento è costituita dal c.d. codice dell'amministrazione digitale, approvato con d.lgs. n. 82 del 2005, successivamente modificato con d.lgs. n. 159 del 2006. La letteratura sull'argomento è vastissima. Senza pretese di esaustività, si rimanda a PATTI, *La sottoscrizione del documento informatico: la firma digitale*, consultabile su www.notariato.it; GUADALUPI, *L'arbitrato telematico*, in *Riv. arb.*, 2007, 691 ss; GRAZIOSI, *Premessa ad una teoria probatoria del documento informatico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 481; ID., *La nuova efficacia probatoria del documento informatico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 53; RICCI, *Valore probatorio del documento informatico ed errori duri a morire*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, 1423 ss; MONTESANO, *Sul documento informatico come rappresentazione meccanica nella prova civile e nella forma negoziale*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, 25 ss.; FERRARI, *La nuova disciplina del documento informatico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1999, 129 ss.; DE SANTIS, *Valore probatorio del documento informatico nel processo civile*, in *Doc. giust.*, 1990, 55 ss.; FEDELI, *Documento informatico e firma digitale: valore giuridico ed efficacia probatoria alla luce del decreto del Presidente della Repubblica 10 novembre 1997, n. 513*, in *Riv.*

Una prima precisazione da fare è di ordine terminologico: il concetto di “messaggio telematico” è più ristretto di quello di “documento informatico”: questo viene definito dall’art. 1 del codice dell’amministrazione digitale (d’ora in avanti: c.a.d.) come «la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti»; quello come il documento informatico trasmesso via rete, attraverso le *e-mail* o mezzi di trasmissione analoghi.

Orbene, volendo stabilire i presupposti di validità del patto compromissorio contenuto in un documento informatico, bisogna evidenziare che il c.a.d. ha ora espressamente sancito che «il documento informatico sottoscritto con firma elettronica qualificata o con firma digitale», se formato in conformità alle regole tecniche di cui all’art. 71, «si presume riconducibile al titolare del dispositivo di firma ai sensi dell’art. 21, comma 2». Svolgendo il rinvio, l’art. 21, comma 2, citato dispone che «il documento informatico, sottoscritto con firma digitale o con un altro tipo di firma elettronica qualificata, ha l’efficacia prevista dall’art. 2702 del codice civile». Secondo un diffuso orientamento dottrinale, il c.a.d. avrebbe confermato l’equipollenza tra l’efficacia probatoria delle scritture sottoscritte e quella dei documenti muniti di firma digitale o di altre firme elettroniche qualificate, ribadendo la necessità che la firma sia riconosciuta dal soggetto contro il quale la scrittura è prodotta, oppure vi sia un equipollente di tale riconoscimento, o ancora si acquisisca la prova della paternità del documento come presupposto per la prova della provenienza della dichiarazione⁽¹⁷⁴⁾.

Nel caso di documento sprovvisto della firma elettronica, la soluzione prevista dal c.a.d. è che «l’idoneità del documento informatico a soddisfare il requisito della forma scritta è liberamente valutabile in giudizio, tenuto conto delle sue caratteristiche oggettive di qualità, sicurezza, integrità ed immodificabilità» (art. 20, comma 1-*bis*)⁽¹⁷⁵⁾. Ne consegue che il giudice valuterà il documento secondo

dir. comm., 1998, 815 ss.; PICCOLI-ZANOLINI, *Il documento elettronico e la “firma digitale”*, in *Riv. not.*, 2000, 879; VALERINI, *L’accordo compromissorio alla prova delle nuove tecnologie*, in *Riv. arb.*, 2004, 172.

⁽¹⁷⁴⁾ Cfr. TOSI, *Diritto privato dell’informatica e dell’internet*, Milano, 2006, 273ss; GUADALUPI, che richiama la pronuncia del Consiglio di Stato, n. 31 del 30 gennaio 2006, nella parte in cui precisa che «l’uso dello strumento di firma digitale all’interno di un documento informatico fa presumere riconducibile al titolare della firma il documento stesso, il quale a sua volta soddisfa comunque il requisito della forma scritta, anche nei casi previsti, sotto pena di nullità dall’art. 1350 c.c., equivale, in sostanza, ad introdurre nell’ordinamento una presunzione di riconoscimento della provenienza del documento simile a quella prevista dall’art. 2703 c.c. per gli atti formati dal pubblico ufficiale e, pertanto, l’efficacia probatoria del documento informatico è addirittura maggiore di quella riconosciuta al documento cartaceo sottoscritto».

⁽¹⁷⁵⁾ Al documento informatico sprovvisto della firma digitale è attribuita l’efficacia probatoria prevista dall’art. 2712 c.c. da Cass. 6 settembre 2001, n. 11445, in *Giur. it.*, 2002, 1365, con nota di

il suo prudente apprezzamento (*ex art. 116 c.p.c.*), tenuto conto delle modalità di formazione dello stesso, della suscettibilità di alterazioni e delle sue eventuali modificazioni nel tempo.

Va infine ricordato che per il citato art. 45 del c.a.d. «i documenti trasmessi da chiunque ad una pubblica amministrazione con qualsiasi mezzo telematico o informatico, ivi compreso il *fax*, idoneo ad accertare la fonte di provenienza, soddisfano il requisito della forma scritta e la loro trasmissione non deve essere seguita da quella del documento originale». Poiché questa norma, come si è già rilevato⁽¹⁷⁶⁾, è applicabile anche ai privati (art. 2, comma 3), se ne può inferire, per quanto qui interessa, che anche le *e-mail* inviate attraverso il sistema di posta elettronica certificata soddisfano il requisito della forma scritta⁽¹⁷⁷⁾.

Sempre in tema di documenti sprovvisti della firma digitale o elettronica qualificata, va segnalato da ultimo che una Corte degli Stati Uniti ha ritenuto idonea ad integrare il requisito della forma scritta la clausola compromissoria contenuta in contratti elettronici «scaricati» da un utente sul proprio *personal computer* tramite *Internet*⁽¹⁷⁸⁾. I giudici hanno spiegato che in tal caso la validità ed efficacia dell'accordo arbitrale scaturiscono direttamente dalla possibilità concessa all'utente di memorizzare il documento che contiene la convenzione sull'*hard disk* o su altro supporto magnetico e di poterne conseguentemente riprodurre il testo su supporto cartaceo.

5. *La formazione della convenzione per facta concludentia: la soluzione del problema alla luce del nuovo art. 817, 3° comma, c.p.c.*

Una delle questioni che hanno tenuto e continuano a tenere banco in dottrina e in giurisprudenza è se sia ammissibile la formazione di una convenzione di

RANA, *La disciplina del documento informatico arriva in Cassazione (ma nel frattempo è già vecchia)*. In argomento, vedi anche Cass. 11 maggio 2005, n. 9884, con nota di FINOCCHIARO, *Ancora sull'efficacia probatoria del documento informatico non sottoscritto*, in *Dir. dell'internet*, 2005, 563.

⁽¹⁷⁶⁾ Vedi il § precedente.

⁽¹⁷⁷⁾ In questo senso anche ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 807, cit.*, 128, dove è contenuto il riferimento a VALERINI, *L'accordo compromissorio alla prova delle nuove tecnologie*, cit., 171, secondo il quale il requisito della forma scritta sarebbe soddisfatto anche dalla posta elettronica semplice, dai messaggi inviati via telefono cellulare e dallo scambio di consensi nelle c.d. *chat line*. Prova di tanto sarebbe data, spiega l'A., dalla lettera dell'art. 2, comma 1 della Legge 18 giugno 1998, n. 192 che, nel prevedere che il rapporto di subfornitura si instaura con un contratto concluso in forma scritta a pena di nullità, chiarisce che «costituiscono forma scritta le comunicazioni degli atti di consenso alla conclusione o alla modificazione dei contratti effettuate per telefax o altra via telematica».

⁽¹⁷⁸⁾ La sentenza della Corte distrettuale statunitense è commentata da PERRINI, *Validità di clausola compromissoria espressa in forma elettronica e conclusa per via telematica*, cit., 261 ss.

arbitrato per comportamento concludente delle parti¹⁷⁹). La questione è particolarmente problematica perché l'introduzione di forme di manifestazione della volontà compromissoria alternative ed equipollenti a quella scritta potrebbe condurre surrettiziamente all'obliterazione del carattere *ad substantiam* della forma dell'accordo arbitrale, e perciò del principio per cui, in fattispecie come questa, la volontà delle parti deve risultare dal contenuto dell'atto, e solo da questo. Di recente la questione ha riacquisito interesse perché l'art. 817, nella nuova formulazione risultante dalla novella del 2006, contiene una norma la quale prevede 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 d'arbitrato, non può per questo motivo impugnare il lodo, salvo il caso di controversia non arbitrale»(art. 817, 3° comma). Nella prospettiva dalla quale ci siamo posti, il problema diventa allora quello di stabilire quale valore possa essere assegnato alla mancata proposizione dell'eccezione suddetta e, segnatamente, se essa possa valere a formare una convenzione di arbitrato per *facta concludentia*.

Per il passato, sia pure con riferimento al diverso caso dell'esorbitanza dai limiti del patto compromissorio¹⁸⁰), la dottrina ha in prevalenza ricostruito l'istituto in termini di preclusione con effetti meramente endoprocessuali¹⁸¹), oppure, secondo l'orientamento apparso nettamente minoritario, ha ravvisato nel comportamento omissivo delle parti una sorta di accordo arbitrale tacito con

¹⁷⁹) Sulla formazione del patto compromissorio per *facta concludentia*, v. D'ALESSANDRO, *Conclusioni dell'accordo compromissorio mediante atti di mera nomina degli arbitri?*, in *Riv. arb.*, 2007, 237 ss., nota a Cass., 2 febbraio 2007, n. 2256; ID., *Sui rapporti tra la sentenza Mostaza Claro e gli artt. 817, secondo comma, e 829, n. 1, c.p.c.*, in *Riv. arb.*, 2006, 679 ss.; POLINARI, *Pluralità di parti e pluralità di convenzioni d'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2006, 531 ss., nota a Coll. arb.(Roma), 17 maggio 2006; AMADEI, *Note in tema di inesistenza di accordo compromissorio per arbitrato rituale e impugnazione per nullità del lodo*, in *Riv. arb.*, 2002, 305 ss.; ID., *Lo scambio degli atti di nomina come stipulazione del compromesso*, in *Riv. arb.*, 2001, 37. Contrario alla formazione progressiva del patto arbitrale è BOVE, *La giustizia privata*, cit., 2009, 40.

¹⁸⁰) Prima dell'entrata in vigore della novella vi era chi riteneva che la fattispecie relativa all'esorbitanza delle conclusioni dal patto compromissorio non fosse dissimile dall'ipotesi di mancanza assoluta di questo, per cui sarebbe stato possibile estendere l'art. 817 c.p.c. ad ogni ipotesi in cui le parti ritenessero incompetenti gli arbitri (MARENCO, *Commento all'art. 806 c.p.c.*, in Briguglio, Fazzalari e Marengo, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1994, 8; *contra*, RICCI, *Eccezione di incompetenza*, in AA.VV., *Arbitrato*, a cura di Carpi, Bologna, 2001, 330 ss., spec. 334.

¹⁸¹) RICCI, *Eccezione di incompetenza*, cit., 332; PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., I, 541 ss.; DANOVÌ, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, Padova, 1999, 308; RUFFINI, *Il giudizio arbitrale con pluralità di parti*, in *Studi in onore di L. Montesano*, I, Padova, 1997, 682; REDENTI, voce *Compromesso* (dir. proc. civ.), in *Noviss. Digesto it.*, III, Torino, 1959, 800 ss.; CARNACINI, voce *Arbitrato rituale*, in *Noviss. Digesto it.*, I, 2, Torino, 1958, 888 ss.

valenza extraprocessuale⁽¹⁸²⁾). In base alla prima ricostruzione, la mancata proposizione dell'eccezione viene ricondotta ad un meccanismo squisitamente processuale di preclusione: ne deriva, in primo luogo, che a tal fine è sufficiente valutare il comportamento dei difensori, senza alcuna necessità di indagare la volontà delle parti; in secondo luogo, che la mancata eccezione non produce effetti al di fuori del giudizio arbitrale, ad esempio in caso di chiusura in rito del processo o di annullamento del lodo, cosicché non sarà possibile riproporre la medesima domanda davanti agli arbitri, a meno che non si stipuli una nuova convenzione arbitrale. Viceversa, se si condivide la tesi che riconduce la mancata eccezione ad una sorta di accordo arbitrale per *facta concludentia*, la mancata proposizione dell'eccezione ha rilevanza anche al di fuori del processo, per cui l'accordo così raggiunto dispiega inevitabilmente la sua efficacia anche nel caso in cui il giudizio arbitrale non giunga a conclusioni o qualora il lodo venga annullato in sede di gravame⁽¹⁸³⁾. La tesi appena richiamata riesce a spiegare perché il processo instaurato in mancanza di convenzione d'arbitrato ovvero sulla base di una convenzione nulla possa condurre alla formazione di un lodo produttivo degli stessi effetti di una sentenza del giudice statale: semplicemente perché nel corso del giudizio arbitrale si è formato un valido patto compromissorio, ovvero è stato recuperato il vizio di forma da cui era affetta l'originaria convenzione.

Ora, all'interno della nostra dottrina, questa seconda ricostruzione del fenomeno in commento viene sottoposta a critiche. Gli si imputa la contrarietà agli artt. 807 ed 808 c.p.c., i quali prescrivono per la stipula di una valida convenzione arbitrale

⁽¹⁸²⁾ ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, Napoli, 1964, 833; MOTTO, *In tema di clausola compromissoria: forma, oggetto, rilevanza del comportamento delle parti*, in *Riv. arb.*, 2006, 99 ss.

⁽¹⁸³⁾ Peraltro, anche tra i sostenitori della tesi del «compromesso tacito», c'è chi ritiene che vada fatta una distinzione tra l'ipotesi della radicale mancanza e quella della mera insufficienza di una originaria volontà compromissoria. La notazione parte dalla seguente constatazione: il compromesso che, ai sensi degli artt. 817 e 829, comma 1, n. 4, c.p.c., determina l'estensione del giudizio arbitrale ad una domanda esorbitante, è concluso mediante comportamenti concludenti, in deroga alla previsione che impone la forma scritta per la stipula dei contratti di arbitrato. Venendo ora a considerare le possibili ragioni che giustificano tale deroga, sembra che esse possano essere individuate nel fatto che quell'accordo compromissorio si perfeziona all'interno di un procedimento arbitrale già instaurato, vale a dire sul presupposto di una già manifestata volontà delle parti diretta a sottrarre alla giurisdizione statale le controversie tra esse insorte. Se si condivide questa considerazione, la conclusione è la seguente: il meccanismo di estensione *ex art.* 817 e 829, comma 1, n. 4, c.p.c., anche nell'ottica del «compromesso tacito», presuppone l'esistenza di un patto compromissorio «a monte», e quindi, non può validamente operare in una situazione di radicale mancanza dello stesso. In questo senso, v. MOTTO, *In tema di clausola compromissoria*, cit., 106, nt. 37.

l'adozione della forma scritta a pena di nullità. A nostro avviso, questa obiezione non è decisiva.

Per spiegare il nostro pensiero, bisogna distinguere l'ipotesi in cui la convenzione sia nulla per mancanza di forma, dall'ipotesi in cui la convenzione sia del tutto mancante. Nel primo caso, il legislatore, mediante la previsione di cui all'art. 817, terzo comma, non fa altro che attribuire rilevanza giuridica al contegno del convenuto che compare di fronte agli arbitri e si difende solo nel merito, dando così spontanea esecuzione al patto compromissorio (di cui conosceva il difetto di forma). Tale contegno vale come convalida del negozio nullo per difetto di forma. Insomma, l'art. 817, terzo comma, non è altro che una disposizione eccezionale, la quale consente la convalida del negozio nullo, conformemente a quanto previsto dall'art. 1423 c.c.⁽¹⁸⁴⁾.

Nel secondo caso, la norma contenuta nell'art. 817, terzo comma, assume un altro significato: essa si pone come norma speciale rispetto agli artt. 807 e 808 c.p.c., in quanto destinata ad operare solo ad arbitrato già attivato. La previsione consente (eccezionalmente) di concludere la convenzione d'arbitrato tramite comportamento concludente: al contegno del convenuto che compare di fronte agli arbitri difendendosi solo nel merito è attribuito valore di consenso tacito alla proposta di arbitrato formulata dall'attore mediante la proposizione della domanda introduttiva⁽¹⁸⁵⁾.

Vi è poi un ulteriore argomento a sostegno della tesi favorevole alla formazione della convenzione per *facta concludentia*. Se fosse vero che si produce soltanto una decadenza processuale, 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. Se non lo facesse, non potrebbe poi impugnare il lodo.

Dunque è necessario interpretare l'art. 817 come norma che si applica quando la parte ha partecipato al processo arbitrale e in quella sede non ha contestato la decidibilità nel merito della domanda proposta; e che non si applica, viceversa, quando la parte in quella sede è rimasta assente. Ma se è così, è evidente che «non è possibile considerare la mancata, tempestiva proposizione dell'eccezione come

⁽¹⁸⁴⁾ D'ALESSANDRO, *Conclusione dell'accordo compromissorio*, cit., 692.

⁽¹⁸⁵⁾ D'ALESSANDRO, *op. cit.*, 693.

un fenomeno di mera decadenza processuale, perché il comportamento omissivo della parte assume rilevanza solo quando si abbia la sua partecipazione attiva al processo arbitrale: se si trattasse di decadenza processuale, essa opererebbe anche nei confronti della parte assente»⁽¹⁸⁶⁾.

Questa lettura dell'art. 817, terzo comma, ha una serie di implicazioni: in primo luogo, poiché la comparizione del convenuto di fronte agli arbitri determina la formazione di un valido accordo, a questi ultimi sarà impedito di rilevare d'ufficio la mancanza di un patto compromissorio ormai sussistente; in secondo luogo, la nuova convenzione d'arbitrato ovvero la convalida di quella originariamente affetta da nullità non hanno luogo in caso di mancata comparizione del convenuto nel processo arbitrale poichè, in questa ipotesi, egli non pone in essere alcun comportamento concludente; ne consegue che l'arbitro potrà rilevare anche d'ufficio la carenza del patto compromissorio⁽¹⁸⁷⁾; in terzo luogo, in caso di estinzione o chiusura in rito del processo, l'accordo arbitrale convalidato ovvero formatosi *ex novo* rimarrà salvo e sarà, quindi, possibile ricorrere all'arbitrato in un secondo momento, sulla base di quello stesso patto compromissorio; infine, in sede di impugnazione non sarà possibile invocare la mancanza della convenzione d'arbitrato *ex art.* 829, n. 1, per il semplice fatto che il patto compromissorio, in realtà, esiste⁽¹⁸⁸⁾.

In conclusione, va soltanto detto che da un punto di vista operativo, sarà dal momento in cui il convenuto deposita la sua prima difesa (priva di riferimenti alla invalidità ovvero alla mancanza della convenzione) che quest'ultima potrà dirsi conclusa o sanata (limitatamente all'ipotesi di convenzione arbitrale originariamente nulla per difetto di forma)⁽¹⁸⁹⁾.

⁽¹⁸⁶⁾ LUISEO, *Diritto proc. civ.*, IV, *I processi speciali*, Milano, 2007, 402-403, il quale peraltro fa osservare che prendendo parte attiva al processo arbitrale, l'interessato diventerebbe coobbligato solidale per il pagamento degli onorari degli arbitri.

⁽¹⁸⁷⁾ LUISEO, *Rapporti tra arbitro e giudice*, in *Riv. arb.*, 2005, 779.

⁽¹⁸⁸⁾ D'ALESSANDRO, *op. cit.*, 693; *contra*, LUISEO, *Diritto proc. civ.*, IV, cit., 403, secondo il quale l'accordo arbitrale così formato non ha rilevanza esterna a quel processo; se quest'ultimo, per una qualunque ragione, non arriva ad un lodo di merito, l'efficacia dell'accordo viene meno, e la domanda non potrebbe essere riproposta in un altro processo arbitrale.

⁽¹⁸⁹⁾ D'ALESSANDRO, *Conclusione dell'accordo arbitrale mediante meri atti di nomina degli arbitri?*, in *Riv. arb.*, 2007, 241.

SEZIONE II

LA CAPACITÀ RICHIESTA PER LA STIPULA DELLA CONVENZIONE

SOMMARIO: **1.** La capacità richiesta per la stipula della convenzione non contrattuale: il silenzio del legislatore e le opzioni possibili. **-2.** I requisiti di capacità tradizionalmente richiesti per la stipula del compromesso e della clausola compromissoria. **-3.** L'inesistenza di una correlazione tra la capacità a compromettere e la capacità di disporre del rapporto sostanziale oggetto della convenzione. **-4.** La capacità richiesta per la stipula della convenzione non contrattuale è quella necessaria per la conclusione degli atti di ordinaria amministrazione.

1. *La capacità richiesta per la stipula della convenzione non contrattuale: il silenzio del legislatore e le opzioni possibili.*

L'art. 808-*bis* non contiene alcun riferimento alla capacità prevista per la stipula della convenzione di arbitrato in materia non contrattuale. La lacuna deve pertanto essere colmata in via interpretativa, mediante il riferimento alla disciplina dettata per il compromesso e per la clausola compromissoria. A questo proposito, va evidenziato che la novella del 2006 ha decretato la scomparsa della disposizione contenuta nel vecchio terzo comma dell'art. 807, la quale stabiliva che al compromesso dovessero applicarsi «le disposizioni che regolano la validità dei contratti eccedenti l'ordinaria amministrazione», mentre ha mantenuto ferma la disposizione -oggi contenuta però nel secondo comma dell'art. 808- secondo la quale «il potere di stipulare il contratto comprende il potere di convenire la clausola compromissoria». Le opzioni possibili sono pertanto due: l'una, è di fare riferimento alla disciplina dettata per il compromesso; l'altra, è di ritenere estensibile la disciplina dettata per la clausola compromissoria. Le differenze, anche a seguito della riforma, non sono di poco momento: se si opta per il primo capo dell'alternativa, devono ritenersi applicabili le disposizioni dettate in materia di compromesso; pertanto, venuto meno il terzo comma dell'art. 807, che disponeva l'applicazione al compromesso delle norme regolanti la validità dei contratti eccedenti l'ordinaria amministrazione, per la stipula della convenzione arbitrale *ex art. 808-bis*, devono, di regola, ritenersi sufficienti i requisiti di capacità richiesti per il compimento degli atti rientranti nell'ordinaria amministrazione, fatte salve le specifiche norme che assoggettano il compromesso

a speciali requisiti di capacità¹⁹⁰). Se, al contrario, si opta per la seconda alternativa, il requisito di capacità richiesto per la conclusione della convenzione arbitrale *ex art. 808-bis* è quello previsto per conclusione della clausola compromissoria dall'art. 808, secondo comma, a norma del quale i requisiti di capacità richiesti per la stipula della clausola sono i medesimi previsti per la conclusione del contratto cui accede e, dunque, variano a seconda dell'operazione negoziale posta in essere¹⁹¹). Nella soluzione di questo quesito, è stato giustamente osservato che nessun ruolo può essere attribuito alla legge delega approvata dal Parlamento. Questa, infatti, non contiene alcun riferimento alla convenzione di arbitrato in materia non contrattuale, che resta com'è noto una creazione del legislatore delegato, per cui si deve ipotizzare che quando fa riferimento alla necessità di «un unico criterio di capacità, riferito al potere di disporre in relazione al rapporto controverso», essa vuole in realtà riferirsi unicamente al compromesso e alla clausola compromissoria¹⁹²).

2. *I requisiti di capacità tradizionalmente richiesti per la stipula del compromesso e della clausola compromissoria.*

Nel sistema anteriore alla novella del 2006 il compromesso era sempre atto di straordinaria amministrazione, a prescindere dalla natura del rapporto devoluto in arbitri¹⁹³). Il vecchio testo dell'art. 807, terzo comma, oggi abrogato, non lasciava margini di apprezzamento, perché stabiliva espressamente che, in materia di capacità, la disciplina applicabile era quella degli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione. Qualche problema in più poneva la disciplina della clausola compromissoria. La legge 5 gennaio 1994, n. 25 aveva infatti modificato il testo dell'originario art. 808 c.p.c., introducendovi un ultimo comma secondo cui «il potere di stipulare il contratto comprende il potere di convenire la clausola compromissoria». La modifica era stata accolta come una vera novità nel

¹⁹⁰) 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.).

¹⁹¹) Nello stesso senso, MOTTO, *La convenzione di arbitrato*, cit., 530.

¹⁹²) MOTTO, cit., 530.

¹⁹³) Per la distinzione tra atti di ordinaria amministrazione e atti che eccedono l'ordinaria amministrazione, v. FERRARA, voce *Amministrazione (atti di)*, in *Nuovo Dig. it.*, I, Torino, 1937, 394 ss.; TRABUCCHI, voce *Amministrazione (atti di)*, in *Noviss. Dig. it.*, I, 1, Torino, 1957, 546.

panorama dottrinale dell'arbitrato, perché nessuno fino a quel momento aveva mai dubitato che la disciplina dettata per il compromesso in tema di capacità si applicasse direttamente anche alla clausola compromissoria⁽¹⁹⁴⁾. Le ragioni di questa convinzione erano almeno due: da una parte, il principio di autonomia della clausola compromissoria, per il quale la clausola è un contratto a sé stante⁽¹⁹⁵⁾ e tutti i suoi requisiti, compresa la capacità, devono essere valutati indipendentemente dalla validità del contratto cui la clausola accede; dall'altra parte, la considerazione che se l'apposizione della clausola compromissoria alle condizioni generali di contratto avesse richiesto la doppia sottoscrizione della clausola ai sensi dell'art. 1341, secondo comma, c.c., a maggior ragione si sarebbe dovuto richiedere nel soggetto stipulante una capacità speciale per la tutela del patrimonio al quale il rapporto contrattuale si riferiva⁽¹⁹⁶⁾.

Con la riforma del '94, questa prospettiva veniva completamente capovolta, sulla base del rilievo che l'abilitazione a concludere un contratto doveva necessariamente includere anche l'abilitazione a deferire agli arbitri le controversie che sarebbero sorte da quel contratto. Questo significava che la clausola avrebbe dovuto considerarsi atto di ordinaria o straordinaria amministrazione a seconda che il rapporto che dà luogo alla controversia rientrasse nell'una o nell'altra categoria di atti⁽¹⁹⁷⁾.

La soluzione appena richiamata è rimasta la stessa anche dopo l'entrata in vigore dell'ultima novella dell'arbitrato, mentre, come si è detto, è stata espunta dal corpo dell'art. 807 la norma che imponeva per la stipula del compromesso la capacità richiesta per il compimento degli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione. Allo stato, dunque, nessuna disciplina della capacità viene

⁽¹⁹⁴⁾ Cfr. REDENTI, voce *Compromesso*, cit., 793 ss.; VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, 1971, 204; RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, cit., 155; SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 143.

⁽¹⁹⁵⁾ RESCIGNO, *Arbitrato e autonomia contrattuale*, cit., 13 ss. In argomento, vedi anche MIRABELLI, *La capacità*, cit., 216, nota 1, che riporta le parole di CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile*, Roma, 1951, 63, il quale insegnava che «la convenzione per deferire la lite agli arbitri prende carattere di convenzione accessoria rispetto ad una convenzione principale e perciò si chiama clausola; la clausola compromissoria, malgrado questo nome, ha, però, un valore giuridico a sé stante; in particolare, la nullità della convenzione principale non trascina con sé la nullità della clausola, se il vizio della prima non sia comune alla seconda».

⁽¹⁹⁶⁾ MIRABELLI, *op. cit.*, 217.

⁽¹⁹⁷⁾ Secondo BARTOLOMUCCI, *Clausola compromissoria-Capacità*, in *Dizionario dell'arbitrato*, Torino, 1997, 208, la discriminazione introdotta dalla riforma del '94 tra clausola compromissoria e compromesso avrebbe dovuto essere limitata mediante l'applicazione del comma terzo dell'art. 808 alle sole ipotesi di clausola compromissoria stipulata contestualmente al contratto. Nel senso della necessità della unificazione delle due discipline si esprimeva anche MARENGO, in BRIGUGLIO, FAZZALARI, MARENGO, *La riforma dell'arbitrato*, Milano, 1994, 18.

dettata per il compromesso e nulla viene detto altresì della capacità richiesta per la stipula di una convenzione arbitrale non contrattuale. In questo quadro, il problema diventa allora quello di capire se i requisiti di capacità richiesti per la stipula della convenzione di arbitrato *ex art. 808-bis* possano essere gli stessi requisiti di capacità prescritti per la stipula della clausola compromissoria dall'art. 808, secondo comma, c.p.c. Per stabilirlo, occorre accertare se la correlazione imposta da quest'ultima norma tra capacità a compromettere e capacità a disporre del rapporto sostanziale oggetto della pattuizione compromissoria sia espressione di un principio generale valido anche per la convenzione di arbitrato regolata dall'art. 808-*bis*.

3. *L'inesistenza di una correlazione tra la capacità a compromettere e la capacità di disporre del rapporto sostanziale oggetto della convenzione.*

Tradizionalmente si sostiene che il requisito di capacità prescritto per la clausola compromissoria sia strettamente dipendente dalla relazione esistente tra questa e il contratto: il potere di stipulare il contratto comporta anche il potere di scegliere il mezzo di risoluzione delle controversie relative al rapporto giuridico costituito, modificato o estinto mediante il contratto⁽¹⁹⁸⁾. Anticipando in parte i risultati del nostro ragionamento, riteniamo che questa correlazione non sia stata istituita dalla legge di riforma anche in relazione alla convenzione arbitrale non contrattuale, «che per definizione non si riferisce ad un rapporto già oggetto del potere di disposizione delle parti»⁽¹⁹⁹⁾. La nostra convinzione, infatti, è che per definire i requisiti di capacità richiesti per la convenzione arbitrale non contrattuale occorra 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; allo stesso modo il lodo che decide la controversia, a differenza del negozio, non attua alcuna disposizione della situazione giuridica oggetto del giudizio arbitrale⁽²⁰⁰⁾: la lite viene risolta

⁽¹⁹⁸⁾ In questo senso, MOTTO, *La convenzione di arbitrato*, cit., 541; nella vigenza della passata disciplina, MIRABELLI, *La capacità a compromettere*, cit., 239.

⁽¹⁹⁹⁾ In questo senso, MOTTO, *op. cit.*, 542.

⁽²⁰⁰⁾ Si aderisce alle considerazioni svolte da MOTTO, *La convenzione*, cit., 543.

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, esattamente come la sentenza, dichiara la regola di condotta delle parti intorno ad un bene della vita, e tale dichiarazione assume i caratteri della stabilità ed incontestabilità propri del giudicato sostanziale⁽²⁰¹⁾. Ciò è confermato dall'art. 824-*bis*, per il quale il lodo ha, dalla data della sua ultima sottoscrizione, gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria, nonché da numerosi altri dati di diritto positivo dai quali è possibile inferire l'omologazione tra lodo e sentenza sotto il profilo degli effetti.

Orbene, premesso 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, la conseguenza è che, al fine di deferire in arbitrato una o più controversie, non sono necessari i medesimi requisiti di capacità richiesti per l'operazione negoziale oggetto della pattuizione arbitrale⁽²⁰²⁾. Questo significa che 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 compromissoria e il contratto, relazione che naturalmente non sussiste tra la convenzione non contrattuale e il rapporto che ne è oggetto⁽²⁰³⁾. La regola generale, allora, è che, nel silenzio della legge, la stipula del patto compromissorio richiede il possesso di requisiti di capacità autonomi e distinti rispetto a quelli richiesti per la conclusione dell'operazione negoziale. Per contro,

⁽²⁰¹⁾ 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.

⁽²⁰²⁾ 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, cit., 463 ss.

⁽²⁰³⁾ Nel senso che le parti addivengono alla conclusione di una clausola arbitrale in occasione della regolamentazione mediante contratto di un loro rapporto giuridico. Questa correlazione -che, ovviamente, non impedisce di ribadire l'autonomia della clausola compromissoria rispetto al contratto cui accede- è presente anche nel caso in cui la clausola sia contenuta in un atto separato dal contratto, posto che, com'è noto, tra i due atti non vi è alcun legame strutturale (v. VERDE, *Lineamenti*, 2, cit., 57). Ritiene invece sussistente una correlazione tra capacità di disposizione del rapporto e capacità a compromettere in arbitri ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 807*, cit., 130 ss. L'A. non condivide la tesi secondo la quale il silenzio serbato dal legislatore della novella sulla capacità richiesta per la stipula del compromesso valga ad attribuire allo stesso la natura di atto di ordinaria amministrazione a prescindere dalla situazione soggettiva cui si riferisce. E' persuasa, al contrario, che la regola di capacità stabilita per la clausola compromissoria dall'art. 808, secondo comma, in virtù della quale la capacità va determinata in relazione al rapporto giuridico devoluto in arbitri, è una regola di carattere generale che può trovare applicazione anche in relazione al compromesso e alla convenzione di arbitrato in materia non contrattuale.

costituisce una norma di diritto singolare la disposizione per la quale la capacità richiesta per la clausola arbitrale è la medesima necessaria per la produzione in via contrattuale di determinati effetti giuridici in ordine al rapporto compromesso.

4. *La capacità richiesta per la stipula della convenzione non contrattuale è quella necessaria per la stipula degli atti di ordinaria amministrazione.*

Premesso, dunque, che la correlazione stabilita dall'art. 808, secondo comma, tra capacità a compromettere e capacità dispositiva non è espressione di un principio generale; che essa, al contrario, rappresenta un'eccezione, in quanto tale non estensibile, neppure in via analogica, a situazioni diverse da quella espressamente disciplinata; che anzi costituisce una norma di diritto singolare la disposizione per la quale la capacità richiesta per la clausola arbitrale è la medesima necessaria per la produzione in via contrattuale di determinati effetti giuridici in ordine al rapporto compromesso, la conclusione che se ne deve presumibilmente trarre è che i requisiti di capacità richiesti per la stipula della convenzione di arbitrato in materia non contrattuale non sono quelli prescritti dall'art. 808 c.p.c. per la stipula della clausola compromissoria, ma quelli stabiliti per il compimento degli atti rientranti nella sfera della c.d. ordinaria amministrazione, come avviene per il compromesso⁽²⁰⁴⁾.

Il risultato deve considerarsi valido in linea generale, ma resta a questo punto da stabilire se anche per la conclusione della convenzione arbitrale non contrattuale debbano valere i medesimi requisiti di capacità speciali richiesti in taluni casi dalla legge per la stipula del compromesso. La risposta, a nostro avviso, deve essere affermativa. A favore di questa soluzione milita la considerazione che entrambe le convenzioni di arbitrato sono accomunate dal medesimo scopo, che è quello di sottrarre alla giurisdizione dello Stato la decisione di talune controversie in favore della competenza degli arbitri scelti dalle parti. Indubbiamente, sotto il profilo oggettivo, le due fattispecie sono differenti perché, in un caso, oggetto della pattuizione compromissoria sono le liti già insorte tra le parti; nell'altro, le liti che potranno eventualmente sorgere dal rapporto non contrattuale: tale circostanza, tuttavia, non ha alcuna rilevanza in ordine alla determinazione dei requisiti di capacità richiesta per la stipula del accordo arbitrale, dato che, come si

⁽²⁰⁴⁾ MOTTO, *op. cit.*, 544.

è detto, questa deve essere misurata sulla tipologia dell'effetto prodotto, che, in entrambi i casi, consiste nella produzione del vincolo compromissorio⁽²⁰⁵⁾.

⁽²⁰⁵⁾ In questo senso MOTTO, *La convenzione*, cit., 544. In tema di capacità, vedi anche BOVE, *Aspetti problematici*, cit., 67, il quale opina nel senso che, nulla avendo previsto il legislatore né per il compromesso né per la convenzione non contrattuale, «l'interprete deve ricavare il principio vigente essenzialmente ancorandosi alla delega più che al decreto delegato, principio che, si ripete, consiste nel collegare la capacità di stipulare il patto compromissorio, in ogni sua forma, alla capacità di disporre del diritto controverso in gioco». L'idea è ribadita in ID., *La giustizia privata*, cit., 42.

SEZIONE III

I LIMITI SOGGETTIVI DELLA CONVENZIONE ARBITRALE

NON CONTRATTUALE.

SOMMARIO: -1. Premessa. -2. La parte della convenzione arbitrale e la legittimazione a compromettere. -3. La cessione del credito non contrattuale. -4. Le ipotesi di successione *mortis causa* a titolo universale. -5. Gli eventi successivi che interessano le persone giuridiche.

1. *Premessa.*

Il problema 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? Si tratta di questioni particolarmente delicate, rispetto alle quali si rende necessario trovare un equilibrio tra l'esigenza di tutela del terzo che non ha prestato il suo consenso e la necessità di garantire l'osservanza del vincolo arbitrale. Purtroppo, l'art. 808-*bis*, disciplinante la convenzione arbitrale non contrattuale, non contiene nessuna precisazione circa i limiti soggettivi della convenzione. L'unico appiglio è offerto dalla previsione generale contenuta nell'art. 806 c.p.c., per la quale è consentito alle parti di far decidere da arbitri le controversie «tra di loro insorte»: ma si tratta di una disposizione troppo generica, che non è in grado di offrire un reale contributo alla soluzione del problema, cosicché, come per la clausola compromissoria e per il compromesso, l'unica strada percorribile resta quella di trovare una soluzione del problema sul piano interpretativo. Naturalmente non è questa la sede per ripercorrere la decennale riflessione dottrinale sul tema della legittimazione a disporre e della "circolazione" della convenzione arbitrale, per cui non ci soffermeremo sui pregi e sugli inconvenienti delle singole tesi elaborate fino a questo momento in ambito dottrinale e giurisprudenziale. Ci pare invece necessario e commisurato all'indagine in corso focalizzare l'attenzione sulle acquisizioni più recenti per

verificare se anche per la convenzione di arbitrato in materia non contrattuale possano valere le medesime conclusioni valide per il compromesso e per la clausola compromissoria.

Prima di intraprendere l'esame di tali questioni, ci sembra opportuno precisare che il nostro campo di indagine è circoscritto alle ipotesi di trasferimento del diritto controverso che si realizzano prima dell'inizio del giudizio arbitrale, e non riguarda invece i casi in cui il trasferimento avviene a giudizio arbitrale già pendente, rispetto ai quali trovano invece applicazione gli artt. 816-*quinquies* e *sexies* c.p.c.

2. *La parte della convenzione arbitrale e la legittimazione a compromettere.*

La definizione dell'ambito soggettivo della convenzione di arbitrato non può che partire dall'esatta comprensione del rapporto parti-terzi.

Vincolati alla convenzione sono innanzitutto coloro che hanno stipulato la convenzione di arbitrato. Ciò vale sia per la convenzione di arbitrato non contrattuale, sia per il compromesso e la clausola compromissoria. Per "parte" deve inoltre intendersi tanto il rappresentante, quanto il rappresentato: anche quest'ultimo è infatti parte a tutti gli effetti del rapporto compromissorio, perché manifesta la volontà contrattuale tramite la spendita del nome. Diversamente, in caso di difetto di poteri, il rappresentato deve ritenersi terzo e potranno scattare i meccanismi della ratifica.

Ancora, un soggetto originariamente terzo rispetto alla convenzione arbitrale può divenire parte della convenzione successivamente alla sua stipula: in tal caso, il consenso deve provenire tanto dal terzo, quanto dalle parti originarie, a meno che la singola convenzione arbitrale possa essere intesa alla stregua di un contratto aperto⁽²⁰⁶⁾.

I terzi, cioè coloro che non sono parte, né formale, né sostanziale, della convenzione arbitrale, non sono normalmente destinatari degli effetti di questa, giacché la convenzione è un contratto e dunque le si applica la regola di cui all'art. 1372 c.c., secondo la quale il contratto produce i suoi effetti soltanto tra le parti.

⁽²⁰⁶⁾ ZUCCONI GALLI FONSECA, *cit.*, 48-49. L'A. rileva che l'art. 34 d.lgs. n. 5 del 2003, laddove suggella il principio per cui l'ingresso nella compagine sociale importa il vincolo compromissorio contenuto nello statuto della società, conferma la natura necessariamente aperta della clausola compromissoria statutaria.

La normale carenza di effetti *ultra partes* implica che la convenzione stipulata da alcuni soltanto dei litisconsorti necessari non possa estendersi al contitolare rimasto estraneo, il quale, se vorrà, potrà aderirvi successivamente, anche «senza il consenso delle parti originarie, che sono tenute a consentire la sua entrata per il principio della buona fede contrattuale»⁽²⁰⁷⁾.

Ora, benché normalmente la convenzione non produca effetti *ultra partes*, vi sono dei casi eccezionali in cui si verifica una vera e propria estensione del vincolo compromissorio anche ai terzi. Decisiva in tal senso è l'enucleazione del concetto di legittimazione a compromettere, in base al quale può stipulare un patto compromissorio non soltanto colui che si afferma titolare del diritto, ma anche colui che, pur non affermandosi tale, è legittimato a disporne. Si dirà, dunque, che legittimato ordinario a compromettere è il titolare della situazione sostanziale dedotta in arbitrato; legittimato straordinario è invece colui che, pur non essendo titolare della situazione sostanziale, è fornito del potere di disporre⁽²⁰⁸⁾. 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»⁽²⁰⁹⁾, giacché per poter deferire ad arbitri una controversia non basta essere provvisti di un generico potere di interferire nella sfera altrui.

Per di più, la stipulazione della convenzione arbitrale ad opera del titolare del diritto comporta che anche il legittimato straordinario vi sia vincolato⁽²¹⁰⁾. Specularmente, al sostituto spettano i poteri che scaturiscono dalla convenzione arbitrale: questi avrà dunque il potere di iniziativa arbitrale e tutti gli altri poteri che il patto compromissorio garantisce alle parti.

In sintesi, anche per la convenzione di arbitrato in materia non contrattuale, come per le altre convenzioni arbitrali, vale 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⁽²¹¹⁾.

⁽²⁰⁷⁾ ZUCCONI GALLI FONSECA, *cit.*, 49.

⁽²⁰⁸⁾ ZUCCONI GALLI FONSECA, *cit.*, 50.

⁽²⁰⁹⁾ ZUCCONI GALLI FONSECA, *cit.*, 50.

⁽²¹⁰⁾ SALVANESCHI, *L'arbitrato con pluralità di parti*, Padova, 1999, 111.

⁽²¹¹⁾ Nello stesso senso, ZUCCONI GALLI FONSECA, *cit.*, 154.

3. *La cessione del credito non contrattuale.*

L'altro profilo che abbiamo detto essere rilevante ai fini della definizione dell'ambito soggettivo della convenzione arbitrale è quello della "circolazione" della situazione giuridica soggettiva⁽²¹²⁾. Si tratta di stabilire se colui che succede nella situazione giuridica soggettiva dedotta in arbitrato sia anche vincolato alla convenzione arbitrale stipulata dal titolare originario della situazione medesima. Naturalmente, nel caso della convenzione arbitrale di cui all'art. 808-*bis*, la situazione giuridica soggettiva oggetto del trasferimento ha natura non contrattuale, cosicché il quesito è se colui che acquista il credito non contrattuale subentra oppure no nel patto compromissorio stipulato dal titolare del credito⁽²¹³⁾. Per dare una soluzione a questo quesito, può essere utile recuperare le soluzioni che la giurisprudenza e la dottrina hanno elaborato in tema di cessione del credito nascente da un contratto al quale sia apposta la clausola compromissoria.

Dunque, la fattispecie è quella di una cessione per effetto della quale il cessionario non subentra nell'intera posizione contrattuale del cedente (situazione, quest'ultima, peraltro ipotizzabile con riguardo alla sola clausola compromissoria, non essendo configurabile la cessione di un rapporto non contrattuale), bensì si rende titolare di una posizione soggettiva sorta con il contratto: vi è, dunque, una sola coppia diritto-obbligo rappresentata dal diritto di credito.

Con riguardo a questa fattispecie, si è da tempo sostenuto -anche con pronunce a sezioni unite⁽²¹⁴⁾- che il cessionario di un credito nascente da un contratto nel quale sia inserita una clausola compromissoria non subentra nella titolarità di tale negozio, autonomo e distinto rispetto al contratto al quale aderisce, e non può pertanto avvalersi a suo favore della clausola stessa nei confronti del debitore ceduto. Più precisamente, la cassazione compie un ragionamento articolato,

⁽²¹²⁾ Sul tema della circolazione della clausola compromissoria, vedi, in dottrina, BENATTI, *Sulla circolazione della clausola compromissoria*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Milano, 1998, III, 93 ss.; CARLEO, *Le vicende soggettive della clausola compromissoria*, Torino, 1998, 83 ss.; SALVANESCHI, *L'arbitrato con pluralità di parti*, cit., 100 ss.; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, Padova, 2000, 547-563; ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rispetto ai terzi*, Milano, 2004, 440 ss.; FESTI, *La clausola compromissoria*, Milano, 2001, 272 ss.

⁽²¹³⁾ Con specifico riferimento alla convenzione di arbitrato in materia non contrattuale, v. NELA, *Commento all'art. 808-bis*, in *Le recenti riforme del processo civile*, a cura di Chiarloni, II, Bologna, 2007, 1625 ss., spec. 1628; CONSOLO-MARICONDA (a cura di), *Commento all'art. 808-bis*, in *Processo civile. Formulario commentato*, Vicenza, 2007, 1169.

⁽²¹⁴⁾ Cass., sez. un., 17 dicembre 1998, n. 12616, in *Foro it.*, 1999, I, 2979 ss. e in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2000, 456. In argomento, v. SALVANESCHI, *La cessione di credito trasferisce al cessionario anche la clausola compromissoria che accede al credito stesso*, in *Riv. arb.*, 2001, 524 ss., che stigmatizza la circolazione «a senso unico» voluta dai giudici di legittimità.

diversificando il regime della opponibilità del patto compromissorio a seconda della posizione dei rispettivi contraenti: la clausola non è opponibile *dal cessionario al debitore ceduto*, in ragione del principio di autonomia del detto negozio⁽²¹⁵⁾, mentre è pienamente opponibile *dal debitore ceduto al cessionario*, sulla base del principio, pacificamente emerso dall'interpretazione dottrinale dell'art. 1260 c.c., della trasferibilità delle eccezioni che il debitore ceduto avrebbe potuto opporre al cessionario, e tra le quali va senz'altro annoverata l'*exceptio compromissi* derivante dal negozio compromissorio stipulato con l'originario creditore e inserito nel contratto dal quale nasce il credito ceduto⁽²¹⁶⁾. Questa soluzione, che è maggioritaria in giurisprudenza, non convince sotto più profili. A parte infatti l'inconveniente che il debitore ceduto, eccependo l'esistenza della clausola compromissoria, può paralizzare temporaneamente l'azione proposta dal cessionario, con «spreco di tempo e di spese» per quest'ultimo⁽²¹⁷⁾, non può non rilevarsi che, contrariamente a quanto afferma la cassazione, «il principio di autonomia della clausola compromissoria inferisce esclusivamente alla valutazione della validità del patto arbitrale, a nulla rilevando invece in relazione al diverso tema della circolazione della clausola compromissoria, rispetto al quale la clausola stessa riprende la sua caratteristica accessorietà, connaturale al suo essere solo una parte del contratto»⁽²¹⁸⁾. Ma vi è di più. La norma che attribuisce al debitore ceduto il potere di opporre al

⁽²¹⁵⁾ La giurisprudenza afferma che l'autonomia della clausola compromissoria non comporta automaticamente la successione del cessionario nel connesso ma autonomo negozio compromissorio, «occorrendo a tal fine una specifica manifestazione di volontà da parte di tutti i soggetti che partecipano alla cessione».

⁽²¹⁶⁾ Cass., 19 settembre 2003, n. 13893, in *Giur. it.*, 2003, 285 ss.; in *Foro it.*, 2004, I, 638; in *Riv. arb.*, 2004, con nota di PETRILLO, *Circolazione della clausola compromissoria in ipotesi di cessione del credito*, in *Riv. arb.*, 2004, 471; in *Corr. giur.*, 2003, 1583 ss., con nota di MARICONDA, *Cessione del credito e clausola compromissoria: le inaccettabili conclusioni della Cassazione*; in *Giust. civ.*, 2004, 2032 ss., con nota di GRASSO, *La clausola compromissoria in caso di cessione del credito*; in *I contr.*, 2004, 566, BORRELLO; Cass., 21 novembre 2006, n. 24681; Cass., 21 marzo 2007, n. 6809. In argomento, vedi anche FESTI, *Cessione del credito e clausola compromissoria*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 241 ss.; GIORGETTA, *La Corte di cassazione torna a negare la legittimazione del cessionario del credito a far valere la clausola compromissoria per arbitrato rituale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005, 653. Isolata rimane Cass., 1 settembre 2004, n. 17531, in *Corr. giur.*, 2005, 1565 ss., con nota di MARICONDA, *Cessione del credito e clausola compromissoria: la cassazione «evidentemente» si contraddice*, nella quale i giudici hanno negato che la cessione del credito importi il trasferimento del vincolo arbitrale in favore del debitore ceduto, il quale dunque non può far valere la clausola nei confronti del cessionario. Nel senso invece che la cessione del credito importi il trasferimento del vincolo arbitrale, v. Cass., 21 giugno 1996, n. 5761, in *Riv. arb.*, 1996, 699 ss., con nota di CRISCUOLO, *Cessione del contratto e autonomia della clausola compromissoria* e Cass., 14 febbraio 1979, n. 965.

⁽²¹⁷⁾ PETRILLO, *Circolazione della clausola compromissoria in ipotesi di cessione del credito*, cit., 473 ss.

⁽²¹⁸⁾ SALVANESCHI, *La cessione di credito*, cit., 528.

cessionario le eccezioni riguardanti il credito trasferito costituisce il sinallagma di un corrispondente potere del cessionario di esercitare le facoltà scaturenti dal diritto in cui è subentrato, compresa quella di opporre la clausola compromissoria⁽²¹⁹⁾. Ci sembra, allora, che la prospettazione di una soluzione differenziata a seconda della posizione di ciascuno dei contraenti non rispecchi appieno la disciplina sostanziale dei rapporti tra le parti, e che probabilmente è preferibile ritenere corretta la soluzione secondo cui la cessione del credito comporta anche il trasferimento del vincolo arbitrale, con possibilità concessa tanto al cessionario quanto al debitore ceduto di far valere reciprocamente l'eccezione di patto compromissorio.

Venendo adesso al problema che ci eravamo posti all'inizio della nostra indagine, vale a dire se le stesse conclusioni possano valere anche per la convenzione di arbitrato in materia non contrattuale, la risposta, a nostro avviso, non può che essere positiva. La circolazione della convenzione di arbitrato in materia non contrattuale non pone infatti problemi diversi da quelli che abbiamo visto valere per la clausola compromissoria. Chi acquista un credito non contrattuale soggiace al vincolo compromissorio allo stesso modo di chi acquisti un credito contrattuale. Come è stato efficacemente detto, «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»⁽²²⁰⁾. Naturalmente, affinché la convenzione di arbitrato non contrattuale sia operante, occorre, come per la clausola compromissoria, che: *a*) l'acquisto del diritto avvenga a titolo derivativo; *b*) vi sia perfetta corrispondenza tra la situazione sostanziale oggetto della cessione e quella assistita dalla

⁽²¹⁹⁾ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Della convenzione d'arbitrato*, cit., 59.

⁽²²⁰⁾ ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione d'arbitrato*, cit., 155, che richiama BIGIAMI, *Note inutili sul c.d. trasferimento delle azioni civili*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1965, 142-143, il quale precisa che il diritto di azione non si trasferisce con il diritto sostanziale, ma nasce *ex novo* in capo a colui al quale il diritto è stato trasferito. Nel senso che il diritto di azione non si trasferisce senza la contemporanea alienazione del diritto sostanziale, v. PANUCCIO, "Cessione di diritti", in *Enc. giur.*, VI, Milano, 1960, 826 ss.; PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1982, sub art. 1263, 150-151. *Contra*, NELA, *Commento all'art. 808*, in *Le recenti riforme del processo civile*, a cura di Chiarloni, II, Bologna, 2007, 1629, nota 10, al quale sembra «che la trasmissione del vincolo compromissorio ad un terzo debba essere esclusa *a priori* nella peculiare situazione di convenzione *ex art.* 808-bis, a differenza che nella situazione originata dalla clausola compromissoria classica, perché il patto tra i compromettenti originari ha caratteristiche di eccezionalità e di imprevedibilità dagli esiti maggiori, e quindi sia meno estensibile ad un terzo». Ma contro questa obiezione si è già osservato in altra parte del nostro lavoro (cap. I, § 5.1.) che l'impegno dei compromettenti a devolvere ad arbitri le controversie derivanti da un determinato rapporto contrattuale (per es. rapporto societario) potrebbe in concreto rivelarsi più gravoso, sia sotto il profilo patrimoniale, sia sotto quello temporale, del vincolo assunto con un patto compromissorio per liti non contrattuali.

convenzione; c) 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⁽²²¹⁾).

4. *Le ipotesi di successione mortis causa a titolo universale.*

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 dare risposta al quesito, consideriamo utile anche in questo caso passare preliminarmente in rassegna le soluzioni proposte dalla dottrina e dalla giurisprudenza in relazione alla clausola compromissoria.

In linea generale, possiamo affermare che nel nostro ordinamento vige un principio generale di trasmissibilità all'erede dei rapporti giuridici derivanti da convenzioni -interamente o parzialmente- inesequite, ispirato all'esigenza di evitare la dispersione delle utilità che ne derivano e di non recare nocimento alla sicurezza dei traffici⁽²²²⁾. La regola non opera se ricorre un interesse pubblico contrario o qualora si possa prospettare un apprezzabile interesse della controparte alla intrasmissibilità del rapporto a soggetti diversi dal *de cuius*, come accade, ad esempio, nel mandato non avente per oggetto il compimento di atti di impresa (art. 1722, n. 4, c.c.)⁽²²³⁾.

Sul principio generale di trasmissibilità e sull'assenza di ragioni per derogarvi si fonda la convinzione prevalente in dottrina del subentro dell'erede nel rapporto originato da una clausola arbitrale pattuita dal defunto⁽²²⁴⁾. Tale effetto non è

⁽²²¹⁾ ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione d'arbitrato*, cit., 155.

⁽²²²⁾ FESTI, *La clausola compromissoria*, Milano, 2001, 248 ss; NELA, *Commento all'art. 808-bis*, cit., 1629. In argomento, vedi anche GALGANO, *Diritto privato*, VII, 1992, 806-807, il quale rileva l'esistenza di un evidente *favor* legislativo per la trasmissibilità dei rapporti, diretto ad assicurare l'interesse generale a che i contratti siano eseguiti.

⁽²²³⁾ FESTI, *op. cit.*, 250.

⁽²²⁴⁾ Nel senso che l'erede subentri nel patto compromissorio stipulato dal *de cuius*, vedi, nel vigore del vecchio codice di rito, AMAR, *Dei giudizi arbitrali*, Torino, 1879, 176; CODOVILLA, *Del compromesso e del giudizio arbitrale*, Torino, 1899, 252. Nel nuovo codice di rito, v. BENATTI, *Sulla circolazione della clausola compromissoria*, cit., 109; REDENTI, *Compromesso (diritto processuale civile)*, in *Noviss. dig. it.*, 3, Torino, 1959, 185 ss.; SALVANESCHI, *L'arbitrato con pluralità di parti*, cit., 136-137; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2000, I, 554; CARLEO, *Le vicende soggettive della clausola compromissoria*, Torino, 1998, 65 ss.; Cass., 27 luglio 1990, n. 7597, in *Riv. arb.*, 1991, 525 ss., con nota di RUFFINI, *Alcune questioni in tema di impugnazione per nullità del lodo arbitrale* e in *Riv. arb.*, 1992, 269 ss., con nota di FAZZALARI, *Osservanza dovuta al patto compromissorio: quando il suo vincolo perdura dopo la dichiarazione di nullità del lodo*; VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, 1971, 339.

impedito dalla mancanza di identità delle parti: la scelta di devolvere le future liti ad arbitri dipende, infatti, da valutazioni relative alla minore durata rispetto al processo ordinario oppure dalla natura delle controversie (per es., controversie che richiedono particolari cognizioni tecniche) e non viene normalmente influenzata dai requisiti personali delle parti⁽²²⁵⁾.

Un eventuale impedimento alla trasmissione potrebbe derivare dalla necessità che per la stipula della convenzione di arbitrato è richiesta la forma scritta. 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 (art. 475 c.c.), ma appare sufficiente l'accettazione tacita (art. 476 c.c.) o l'acquisto *ope legis* di cui all'art. 485, 3° comma, c.c.⁽²²⁶⁾. Peraltro, l'esigenza di certezza circa l'effettiva stipula del patto compromissorio, che rappresenta il fondamento del vincolo formale, viene già assicurata dalla manifestazione per iscritto da parte del *de cuius* del consenso alla convenzione arbitrale stessa, sicché non appare necessario far gravare anche sul successore l'onere di prestare il suo consenso nelle forme previste per la stipula della convenzione. Sempre con riguardo a questo specifico punto, la dottrina ha pure notato che, in un'ottica di continuità dei rapporti ed ai fini della tutela dei creditori del defunto, non vi è dubbio che l'erede possa subentrare tramite accettazione tacita o per effetto del prolungato possesso dei beni ereditari nell'universalità dei beni e dei rapporti facenti capo al *de cuius*, pure nell'ipotesi in cui di detta universalità facciano parte beni o rapporti la cui circolazione *inter vivos* sia condizionata all'uso di un particolare mezzo espressivo. Per fare un esempio, la deroga alle regole di forma si verifica anche nell'eventualità che l'eredità sia composta da beni immobili. In questo caso l'erede diviene titolare degli stessi senza necessità di esprimere il suo consenso all'acquisto in forma scritta, nonostante le norme sulla forma in materia di immobili non si limitino a perseguire esigenze di certezza, ma siano ispirate da ragioni di ponderatezza, di tutela dei terzi e fiscali. Probabilmente, allora, si potrebbe sostenere che la possibilità di subentrare in virtù di accettazione tacita debba valere *a fortiori* per il patto compromissorio⁽²²⁷⁾.

⁽²²⁵⁾ FESTI, *La clausola compromissoria*, cit., 251-252.

⁽²²⁶⁾ Cass., 28 marzo 1969, n. 1011, in *Giur. It.*, 1969, I, 1, 1694.

⁽²²⁷⁾ FESTI, *op. cit.*, 252-253.

Le considerazioni fin qui svolte, valide per la clausola compromissoria, valgono tal quali per la convenzione di arbitrato non contrattuale. Come si è detto anche nel caso della cessione del credito non contrattuale, non è l'origine contrattuale o non contrattuale del rapporto a 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.

Per finire, un accenno va fatto all'ipotesi di trasmissione del rapporto compromissorio nell'ipotesi di pluralità di eredi. La dottrina ha in questo caso osservato che la soluzione non può essere rinvenuta indagando se -in analogia con quanto previsto per le obbligazioni- il rapporto compromissorio debba considerarsi divisibile o indivisibile (cfr. artt. 1295 c.c. e 1318 c.c.). La situazione originata dalla convenzione arbitrale appare, invero, sottrarsi alla qualificazione alternativa nei termini di divisibilità o indivisibilità presupposta dall'art. 1314 ss. c.c.: l'efficacia del patto compromissorio, difatti, non è soggetta a riduzione a causa del suo esercizio da parte di alcuni soltanto dei contitolari. Questa caratteristica dovrebbe allora consentire di concludere nel senso che tutti i coeredi succedono integralmente nel rapporto compromissorio, indipendentemente dalla natura delle obbligazioni originate dal collegato rapporto sostanziale⁽²²⁸⁾.

5. *Gli eventi successivi che interessano le persone giuridiche.*

Analoghe considerazioni possono essere fatte per gli eventi successivi che colpiscono le persone giuridiche. Nell'ipotesi di fusione -sia che questa avvenga mediante la costituzione di una nuova società, sia che si realizzi tramite l'incorporazione in una società già esistente- la trasmissione del vincolo compromissorio può essere affermata sulla base dell'art. 2504-*bis*, primo comma, c.c., al quale non v'è motivo di derogare nel caso in cui i diritti e gli obblighi della società estinta discendano da una convenzione arbitrale⁽²²⁹⁾. Una norma analoga, in tema di trasformazione della società, è contenuta nell'art. 2498 c.c. e consente di affermare che la società trasformata non può sottrarsi al patto compromissorio stipulato prima della trasformazione della società⁽²³⁰⁾. Nell'ipotesi di scissione, i

⁽²²⁸⁾ FESTI, *op. cit.*, 253-254.

⁽²²⁹⁾ SALVANESCHI, *L'arbitrato con pluralità di parti*, cit., 146; BENATTI, *Sulla circolazione della clausola compromissoria*, cit., 116.

⁽²³⁰⁾ SALVANESCHI, *op. cit.*, 146.

soci devono indicare a quale società, preesistente o di nuova costituzione, debbano essere imputati i contratti di cui è parte la società scissa. In tal caso, l'imputazione del rapporto sostanziale determina automaticamente il subingresso nel rapporto processuale ad esso collegato⁽²³¹⁾. Nella cessione di azienda, allo stesso modo, l'acquirente che «subentra nei contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda stessa che non abbiano carattere personale» (art. 2558, primo comma, c.c.) subentra pure nei rapporti compromissori connessi a detti contratti. Non sembra, infatti, che la convenzione arbitrale possa essere qualificata come un “contratto a carattere personale” del quale deve essere escluso il trasferimento⁽²³²⁾. Orbene, in tutti i casi appena citati, il trasferimento del vincolo arbitrale si realizza anche laddove le parti abbiano stipulato una convenzione di arbitrato in materia non contrattuale. Anche con riguardo a queste fattispecie, infatti, vale quanto si è già osservato per le ipotesi di successione a titolo particolare nel diritto controverso: il trasferimento del vincolo arbitrale prescinde dall'origine contrattuale o extracontrattuale del credito, poiché dipende esclusivamente dal carattere strumentale della convenzione arbitrale, che attiene alla scelta del mezzo di tutela del diritto sostanziale ceduto⁽²³³⁾. Cedendo il credito non contrattuale si trasferisce automaticamente anche la convenzione arbitrale che lo riguarda.

⁽²³¹⁾ FESTI, *La clausola compromissoria*, cit., 262; SALVANESCHI, *L'arbitrato*, cit., 149.

⁽²³²⁾ FESTI, *La clausola compromissoria*, cit., 264.

⁽²³³⁾ NELA, *Commento all'art. 808-bis*, cit., 1629; ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione d'arbitrato*, cit., 53 e 155.