

Dottorato di Ricerca in Diritto dell'Arbitrato Interno ed Internazionale

XXVI ciclo

**CESSIONE DEL CONTRATTO, CESSIONE DEL CREDITO E CIRCOLAZIONE
DELLA CLAUSOLA COMPROMISSORIA**

Tutor:

Chiar.mo Prof. **Bruno Capponi**

Candidata:

Dott.ssa **Maddalena Vetta**

Anno accademico 2013/2014

INDICE

INTRODUZIONE.....	p.1
-------------------	-----

CAPITOLO I

LA CLAUSOLA COMPROMISSORIA

1. La convenzione d'arbitrato	p.3
2. La clausola compromissoria quale <i>species</i> di convenzione arbitrale	p.6
2.1 I tratti distintivi della clausola compromissoria rispetto al compromesso	p.7
2.2 I tratti distintivi della clausola compromissoria rispetto alla convenzione arbitrale non contrattuale	p.11
3. La natura della clausola compromissoria	
3.1. Le teorie formulate nella vigenza del codice del 1865	p.14
3.2 La clausola compromissoria quale preliminare di compromesso ...	p.20
3.3. La natura contrattuale della clausola compromissoria nel Codice di Procedura Civile del 1942	p.21
3.4 La clausola compromissoria quale convenzione vincolante a carattere negoziale: critiche alla teoria contrattuale	p.22
3.5 La clausola compromissoria quale contratto a contenuto o ad effetti processuali	p.25
3.6 La clausola compromissoria quale contratto che costituisce in capo ai contraenti un fascio di situazioni giuridiche procedurali ...	p.28
3.7 Conclusioni	p.30
4. L'oggetto della clausola compromissoria	p.31
4.1 La rilevanza del diritto sostanziale nell'ambito della determinazione dell'oggetto del patto compromissorio: una particolare ricostruzione.....	p.36
4.2 Le «controversie nascenti dal contratto»	p.38
5. Il collegamento della clausola compromissoria al contratto: il c.d. principio di autonomia della clausola compromissoria	p.42
5.1 Le diverse applicazioni del principio di autonomia	p.49

5.2 Il principio di autonomia e la <i>potestas judicandi</i> degli arbitri	p.54
5.3 Il principio di autonomia della clausola compromissoria nell'arbitrato irrituale	p.58
5.4 Il rapporto tra clausola compromissoria e contratto: conclusioni ..	p.59
6. I limiti soggettivi della clausola compromissoria	p.61
7. La capacità di convenire la clausola compromissoria	p.66
8. La forma della clausola compromissoria	p.68
9. L'interpretazione della clausola compromissoria.....	p.71

CAPITOLO II

LA SUCCESSIONE NEL RAPPORTO COMPROMISSORIO

1. Il concetto di successione nelle situazioni giuridiche	p.77
1.1. La successione nelle posizioni giuridiche correlate	p.78
1.2. Il fondamento consensuale del rapporto compromissorio	p.83
2. Le ipotesi di successione nel rapporto compromissorio	p.87
2.1. La successione <i>mortis causa</i> nel rapporto compromissorio	p.87
2.2. Fusione, trasformazione e scissione di società	p.89
2.3. Pagamento con surrogazione e azione surrogatoria.....	p.91
2.4. La successione a titolo particolare	p.93

CAPITOLO III

LA CIRCOLAZIONE DELLA CLAUSOLA COMPROMISSORIA NELLA CESSIONE DEL CONTRATTO

1. Premessa	p.96
2. La cessione del contratto	p.96
2.1. La natura della cessione e il consenso del contraente ceduto	p.100
2.2. L'oggetto della cessione	p.104
2.3. La causa	p.105
2.4. I rapporti tra contraente ceduto e cessionario	p.108
2.5. La cessione <i>ex lege</i> del contratto	p.110
3. La cessione del contratto cui accede una clausola compromissoria	p.111
3.1. Il trasferimento automatico della clausola compromissoria	p.113
3.2. La specifica accettazione della clausola compromissoria e il principio	

di autonomia	p.121
3.3. Il dibattito giurisprudenziale.....	p.125
4. La cessione d'azienda	p.128

CAPITOLO IV

LA CIRCOLAZIONE DELLA CLAUSOLA COMPROMISSORIA NELLA CESSIONE DEL CREDITO

1. Premessa	p.130
2. La cessione del credito	p.131
2.1. La natura giuridica	p.133
2.2. La natura dei crediti e i divieti di cessione	p.133
2.3. La causa della cessione	p.134
2.4. L'oggetto della cessione	p.135
2.5. La struttura della cessione	p.136
2.6. Le eccezioni	p.138
2.7. Il <i>factoring</i>	p.139
3. La cessione del credito derivante da un contratto in cui è inserita una clausola compromissoria	p.140
3.1. La tesi dell'inoperatività della clausola tra debitore ceduto e cessionario	p.141
3.2. La circolazione automatica della clausola compromissoria	p.143
3.3. La tesi giurisprudenziale della circolazione «a senso unico» della clausola arbitrale	p.150
3.3.1. Le critiche della dottrina	p.152
4. L'evoluzione giurisprudenziale	p.157
5. Ulteriori ipotesi di circolazione della clausola compromissoria: <i>factoring</i> , delegazione, espromissione, accollo, fideiussione e contratto a favore di terzi	p.159
CONCLUSIONI	p.162
BIBLIOGRAFIA	p.167

INTRODUZIONE

Il tema della circolazione della clausola compromissoria continua ad attirare l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza, come dimostrato dalla mole dei contributi dottrinari susseguitisi negli anni e dalle numerose pronunce dei giudici, sia di legittimità, che di merito.

Il dibattito è divenuto più acceso soprattutto in seguito alla modifica dell'art. 808 del codice di rito, operata dalla l. 5 gennaio 1994, n. 25, recante «*Nuove disposizioni in materia di arbitrato e disciplina dell'arbitrato internazionale*», che ha fornito una qualificazione normativa del concetto di autonomia della clausola compromissoria.

Al fine di inquadrare correttamente le problematiche sottese al tema che si intende affrontare nel presente studio, appare utile evidenziare che le fattispecie in relazione alle quali si è posto un problema di “circolazione” della clausola compromissoria sono le più disparate e vanno dalla successione *mortis causa* alla cessione d'azienda, dal contratto a favore di terzi al contratto per persona da nominare, sino alle ipotesi più frequenti di cessione del contratto e cessione del credito.

Data l'ampiezza del tema trattato, quindi, deve precisarsi che l'analisi si incentrerà su tali due ultime questioni, vale a dire cessione del contratto e cessione del credito, in quanto ci si interrogherà – nel tentativo di fornire una soluzione al problema – sul destino della clausola compromissoria nelle ipotesi in cui il contratto cui acceda, o un suo elemento, divengano oggetto di un trasferimento o di una particolare imputazione soggettiva degli effetti.

A tal fine, si partirà da un necessario inquadramento dogmatico della clausola compromissoria – cercando di definirne la natura e di determinarne l'oggetto, anche con riferimento alle altre *species* di convenzione arbitrale – e si illustrerà la disciplina riservata alla stessa dal codice di rito, soffermandosi, in particolare, sul principio di autonomia della clausola e sulle sue diverse applicazioni.

Tale analisi si rivelerà di particolare importanza ai fini del presente studio in quanto consentirà di evidenziare che le diverse teorie formulate in merito alla circolazione della clausola compromissoria partono proprio da una diversa concezione dei suddetti elementi.

Verranno, quindi, affrontati i problemi connessi alla circolazione della clausola compromissoria nelle ipotesi di cessione del contratto cui accede, evidenziando il

diverso atteggiamento adottato dalla dottrina – favorevole ad un’automatica successione nel patto arbitrale– e dalla giurisprudenza sul punto.

In particolare, si illustreranno le diverse tappe giurisprudenziali, sottolineando come proprio quando si stava consolidando un orientamento volto ad affermare in via generale la circolazione automatica della clausola compromissoria, una pronuncia a Sezioni Unite ha invertito la tendenza, dando inizio ad un nuovo orientamento che, salva l’ipotesi della cessione d’azienda, limita o del tutto (in caso di cessione del contratto) o solo per una parte (in caso di cessione del credito) l’automaticità del trasferimento della clausola in parola.

Per quanto riguarda la cessione del credito, invece, l’esame delle diverse opzioni interpretative consentirà di porre in luce le permanenti incertezze giurisprudenziali – e l’“originalità” delle soluzioni adottate – che, in assenza di una previsione normativa *ad hoc*, rendono l’ordinamento italiano “arretrato” rispetto al panorama europeo.

CAPITOLO I

LA CLAUSOLA COMPROMISSORIA

SOMMARIO: 1. La convenzione d'arbitrato; 2. La clausola compromissoria quale *species* di convenzione arbitrale; 2.1 I tratti distintivi della clausola compromissoria rispetto al compromesso; 2.2 I tratti distintivi della clausola compromissoria rispetto alla convenzione arbitrale non contrattuale; 3. La natura della clausola compromissoria: 3.1 Le teorie formulate nella vigenza del codice del 1865; 3.2 La clausola compromissoria quale preliminare di compromesso; 3.3 La natura contrattuale della clausola compromissoria nel Codice di Procedura Civile del 1942; 3.4 La clausola compromissoria quale convenzione vincolante a carattere negoziale: critiche alla teoria contrattuale; 3.5 La clausola compromissoria quale contratto a contenuto o ad effetti processuali; 3.6 La clausola compromissoria quale contratto che costituisce in capo ai contraenti un fascio di situazioni giuridiche procedurali; 3.7 Conclusioni; 4. L'oggetto della clausola compromissoria; 4.1 La rilevanza del diritto sostanziale nell'ambito della determinazione dell'oggetto del patto compromissorio: una particolare ricostruzione; 4.2 Le «controversie nascenti dal contratto»; 5. Il collegamento della clausola compromissoria al contratto: il c.d. principio di autonomia della clausola compromissoria; 5.1 Le diverse applicazioni del principio di autonomia; 5.2 Il principio di autonomia e la *potestas judicandi* degli arbitri; 5.3 Il principio di autonomia della clausola compromissoria nell'arbitrato irrituale; 5.4 Il rapporto tra clausola compromissoria e contratto: conclusioni; 6. I limiti soggettivi della clausola compromissoria; 7. La capacità di convenire la clausola compromissoria; 8. La forma della clausola compromissoria; 9. L'interpretazione della clausola compromissoria.

1. La convenzione d'arbitrato.

L'istituto arbitrale, all'esito della riforma degli artt. 806 ss. operata dal d.lgs. n. 40 del 2006, per quanto attiene la fase di scelta dell'arbitrato, si snoda attorno ad un *genus* unitario, denominato «convenzione d'arbitrato»¹.

Il patto compromissorio, o convenzione d'arbitrato, che le parti possono stipulare anche attraverso l'inserimento in un contratto di un'apposita clausola, può essere definito come il negozio privato attraverso il quale le parti deferiscono ad arbitri la decisione di una o più controversie che tra di esse siano insorte o possano insorgere in relazione ad un determinato rapporto giuridico sostanziale, di natura contrattuale o non contrattuale, e che già dalla sua sottoscrizione preclude loro la possibilità di adire il giudice dello Stato per la risoluzione delle controversie che ne sono oggetto².

¹ Cui è intitolato il Capo I del Titolo VIII del libro IV del Codice di Procedura Civile.

² CONSOLO C. (a cura di), *Codice di Procedura civile commentato*, Milano, 2012, p. 1502.

Come correttamente rilevato, nel caleidoscopio della convenzione arbitrale appare possibile studiare tutto il fenomeno dell'arbitrato, sia per ciò che attiene il procedimento, sia per ciò che riguarda la distinzione tra arbitrato rituale, irrituale e arbitraggio; arbitrato *ad hoc* e arbitrato amministrato; arbitrato volontario e arbitrato obbligatorio; arbitrato nazionale, internazionale ed estero, secondo diritto e secondo equità.

In questa sede, però, ci si limiterà a definire in termini generali l'istituto della convenzione arbitrale, per concentrare l'analisi sui profili attinenti alla clausola compromissoria.

Innanzitutto, la scelta di adottare l'espressione «convenzione d'arbitrato» è stata valutata con favore da parte della dottrina³: la mancata adozione del termine “contratto”, a patto che non se ne traggano condizionamenti qualificatori, indica la volontà di porre in luce le peculiarità dell'accordo arbitrale che, pur rientrando nel novero dell'atto negoziale tipico, se ne distacca per quanto riguarda la prospettiva processuale⁴.

Inoltre, l'etimologia del termine, prescindendo dal significato tecnico della *conventio* romana, indirizza l'interprete verso la confluenza – e non la divergenza – degli interessi delle parti, che si obbligano per uno scopo comune e non pongono in essere un tipico accordo di scambio.

Infine, l'adozione di un'espressione congiunta mette in luce l'unicità del patto arbitrale rispetto ai sottotipi previsti dalla legge quali *species* dello stesso *genus*.

Proprio con riferimento a tale ultimo profilo, occorre rilevare che l'adozione della nuova categoria «convenzione d'arbitrato» non appare di rilievo meramente terminologico⁵, ma inaugura un innovativo sistema dei contratti per l'opzione arbitrale.

³ ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, Milano, 2004, p. 3

⁴ ZUCCONI GALLI FONSECA, op. loc. ult. cit., sottolinea come «il patto compromissorio rappresenta un punto di giunzione tra diritto e processo, svolgendosi sul piano sostanziale dell'accordo e rappresentando al contempo la fonte di uno strumento tipicamente processuale quale è l'arbitrato».

⁵ Del resto, deve evidenziarsi che l'espressione «convenzione arbitrale» non è nuova: si rinviene nella convenzione di Ginevra del 21 aprile 1961, ratificata dall'Italia con legge 10 maggio 1970, n. 418, il cui art. I, comma 2, stabilisce che «*si intende per convenzione d'arbitrato sia una clausola compromissoria inserita in un contratto, sia un compromesso, 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*».

Infatti, prima della riforma, il codice di rito disciplinava separatamente due *species*, compromesso e clausola compromissoria, di cui la dottrina più attenta aveva messo in luce l'identità di funzione e di effetto⁶, anche se il primo ha ad oggetto la devoluzione ad arbitri di una controversia già insorta, mentre la seconda riguarda il più ampio e indeterminato spettro di controversie che possono insorgere dal contratto cui essa accede (sia nel caso in cui la clausola sia inserita in un contratto che la contiene formalmente, sia nel caso in cui la stessa sia contenuta in un atto separato).

In particolare, il codice di rito dedicava al compromesso – che poteva essere stipulato per ogni genere di lite già sorta, contrattuale o extracontrattuale, con il solo limite della compromettibilità – l'*incipit* della disciplina (artt. 806 e 807), attribuendogli un ruolo centrale e trainante.

La clausola compromissoria, invece, era l'opzione percorribile nell'ipotesi in cui le parti avessero voluto scegliere l'arbitrato in vista di future, eventuali, liti ed era limitata ai soli rapporti giuridici contrattuali; dunque, la clausola arbitrale era sempre, idealmente, seppur non necessariamente in via materiale, incorporata in un più ampio contratto di oggetto differente, pur conservando la sua autonomia (da qui l'espressione "clausola-contratto").

La riforma, invece, pone al centro del nuovo sistema la «convenzione d'arbitrato», delineando le linee fondamentali della sua disciplina nell'art. 806 c.p.c., le cui disposizioni, proprio in virtù della portata generale del modello "convenzione arbitrale", hanno capacità espansiva con riferimento ad ogni singola derivazione.

Vengono quindi individuate, quali tipologie specifiche di convenzione d'arbitrato, il compromesso - che trova la sua disciplina integrativa nell'art. 807 c.p.c. - la clausola compromissoria - regolata dall'art. 808 - e la convenzione di arbitrato in materia non contrattuale, di cui all'art. 808-*bis*.

Questa nuova impostazione del modello di scelta arbitrale trova il suo prodromo nella legge delega n. 80 del 2005 che prevede le linee programmatiche della riforma dell'arbitrato.

Del pari, la convenzione di New York del 10 giugno 1958, ratificata con legge 19 gennaio 1968, n. 62, sia pure in termini più generici, all'art. II, comma 2, considera per «convenzione scritta» con cui le parti si obbligano a sottomettere ad arbitrato tutte le controversie o alcune controversie, una clausola compromissoria inserita in un contratto o un compromesso sottoscritto dalle parti o contenuto in uno scambio di lettere o telegrammi.

⁶ PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, Padova, 2000, p. 177.

In particolare, l'art. 1, comma 3, lett. b, nel dedicare due punti alla convenzione d'arbitrato, stabilisce che il legislatore delegato debba prevedere «*la disponibilità dell'oggetto come unico e sufficiente presupposto dell'arbitrato, salva diversa disposizione di legge; che per la stipulazione di compromesso e di clausola compromissoria, vi sia un unico criterio di capacità, riferito al potere di disporre in relazione al rapporto controverso*».

Sulla base delle disposizioni appena richiamate appare possibile affermare che la legge delega ha fornito un criterio direttivo chiaro ed uniforme: la disponibilità, sotto il profilo oggettivo, e la capacità – e la legittimazione – a disporre, sotto il profilo soggettivo.

Emerge, quindi, la volontà del legislatore di semplificazione della disciplina del patto compromissorio, attraverso una progressiva unificazione delle *species* all'interno di un unico *genus* che consenta l'individuazione di comuni requisiti fondamentali soggettivi, oggettivi e di forma.

2. La clausola compromissoria quale *species* di convenzione arbitrale.

Dopo aver delineato i tratti distintivi del *genus* convenzione d'arbitrato, appare utile definire le tre distinte *species* previste dalla legge, soprattutto al fine di individuare i confini delle stesse, con particolare riferimento alla clausola compromissoria che, nell'ambito dei tre tipi di convenzione arbitrale, riveste principale importanza per la frequenza nella prassi.

Se, da un lato, la scelta di avvalersi dell'attività arbitrale anziché del “servizio-
giustizia” pubblico è sostenuta da ragioni che possono essere e che sono le più disparate - dalla speranza di una maggiore efficienza e rapidità rispetto alla giustizia statale, alla scelta del giudice con le caratteristiche specifiche, e le competenze tecniche, più rispondenti alla singola controversia⁷ - dall'altro lato, i motivi del largo utilizzo della clausola compromissoria sono stati individuati, da parte della dottrina, non tanto nelle ragioni di maggiore praticità rispetto al compromesso, quanto in ragioni “psicologiche”.

E' stato osservato, infatti, che quando sorge una controversia, gli animi sono, in genere, inaspriti dalle discussioni sul diritto conteso. Difficilmente, allora, o non molto

⁷ ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale: il sistema*, in CARPI F. (a cura di), *Arbitrato*, Bologna, 2008, p. 2.

frequentemente, le parti, esagitata dalle discussioni, si inducono ad affidare la risoluzione delle loro controversie agli arbitri, preferendo, invece, ricorrere al giudice ordinario che è sempre considerato l'organo più adatto e che offre maggiori garanzie nella decisione di una lite. Alla clausola compromissoria, al contrario, le parti addivengono nella piena tranquillità d'animo e proprio nell'intento di evitare, in futuro, contese giudiziali che valgano a turbare la bontà dei rapporti e la tranquilla esecuzione del negozio concluso. Ciò spiega come, in pratica, la grande maggioranza dei giudizi arbitrali traggano origine proprio da una clausola compromissoria inserita dalle parti in un contratto⁸.

In termini generali, la clausola compromissoria per arbitrato rituale è definita dalla legge come quella figura giuridica attraverso la quale «le parti, nel contratto che stipulano o in un atto separato» stabiliscono «che le controversie nascenti dal contratto medesimo siano decise da arbitri» (art. 808, primo comma, prima parte, c.p.c.).

Nell'attuale impostazione del codice di rito la clausola compromissoria si distingue dal compromesso per il fatto che le liti cui essa si riferisce non sono ancora sorte e dalla convenzione arbitrale non contrattuale perché riguarda diritti nascenti da un contratto.

Ai fini di un corretto inquadramento dogmatico dell'istituto occorre, quindi, prendere le mosse dalla differenza intercorrente tra clausola compromissoria e compromesso, sulla quale si sono maggiormente confrontate diverse interpretazioni dottrinarie, anche in considerazione della “novità” della convenzione arbitrale non contrattuale.

2.1 I tratti distintivi della clausola compromissoria rispetto al compromesso.

E' affermazione pressoché incontrastata, in dottrina e giurisprudenza, quella secondo cui la differenza tra compromesso e clausola compromissoria consiste in ciò, che mentre il primo ha ad oggetto una o più controversie determinate, già insorte tra le parti, la seconda potrebbe invece avere esclusivamente ad oggetto le controversie,

⁸ SCHIZZEROTTO, op. cit., p. 123.

future ed eventuali, che tra le parti possano insorgere in relazione ad un determinato rapporto giuridico che l'art. 808 vuole contrattuale⁹.

E' stata, infatti, chiarita¹⁰ l'identità di funzioni ed effetti tra compromesso e clausola compromissoria: il compromesso può essere definito come un contratto di diritto privato attraverso il quale le parti convengono di affidare ad uno o più terzi (arbitri) l'incarico di decidere determinate controversie tra di esse insorte, sottraendo le stesse alla cognizione del giudice ordinario. Al medesimo scopo tendono le parti con la stipulazione della clausola compromissoria, perseguendo l'effetto processuale di sottrarre la cognizione di una controversia alla giurisdizione ordinaria e di rimetterla, conseguentemente, al giudizio di un tribunale privato, eletto dai soggetti che addiventano alla stipulazione: soltanto in questo caso la lite non è ancora sorta¹¹.

Al fine di individuare i criteri di differenziazione è stato inoltre riconosciuto che la delimitazione dell'ambito oggettivo della clausola compromissoria è rimessa alla volontà delle parti, è stato ribadito che la clausola compromissoria può anche essere contenuta in un atto diverso dal contratto al quale si riferisce¹² e che, in ogni caso, anche laddove materialmente inserita in detto contratto, non cessa di essere una pattuizione giuridica autonoma, con la conseguenza di ritenere che il tratto distintivo della clausola compromissoria, rispetto al compromesso, potesse risiedere esclusivamente nel carattere eventuale e futuro delle controversie che ne formano oggetto.

In considerazione di tale elemento distintivo, quindi, la dottrina maggioritaria ha ritenuto che le parti non potessero validamente deferire ad arbitri, attraverso una

⁹ Prima della novella del 2006 alcuni autori ritenevano che il rapporto giuridico cui inerisce la clausola compromissoria potrebbe essere di natura extracontrattuale (v. sul punto, REDENTI, voce *Compromesso (diritto processuale civile)*, in *Noviss. Dig. It.*, III, Torino 1959, pp. 786 ss.; ANDRIOLI, *Commento al Codice di Procedura Civile*, IV, Napoli, 1964, p.752; ZUCCONI GALLI FONSECA, in AA.VV., *Arbitrato*, a cura di Carpi, Bologna, 2001, *sub art.* 806).

¹⁰ Illuminanti appaiono in tal senso le affermazioni del Carnelutti il quale ha intuito l'assoluta omogeneità causale del compromesso *stricto sensu* e della clausola compromissoria e ha distinto il loro oggetto, esclusivamente sotto il profilo della determinatezza (nel caso del compromesso) o della determinabilità (nel caso della clausola) della lite che viene devoluta agli arbitri

¹¹ FERRO, *La clausola compromissoria*, in *Giur. Sistemica di diritto civ. e comm.*, Torino, p. 612

¹² Il testo dell'art. 808, primo comma, c.p.c., come novellato dalla Legge 5 gennaio 1994, n. 25, prevede che la clausola compromissoria possa essere contenuta, oltre che nel contratto, anche in un "atto separato", laddove il testo originario faceva riferimento ad un "atto successivo".

clausola compromissoria, liti già insorte, essendo invece a tal fine tenute ad osservare i requisiti di contenuto e forma prescritti per il compromesso¹³.

In senso contrario, però, è stato affermato in dottrina¹⁴ che il testuale riferimento operato dall'art. 808 c.p.c. alle controversie nascenti dal contratto, senza alcun'altra limitazione se non 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 e di assoggettare a requisiti diversi il patto compromissorio a seconda che lo stesso abbia ad oggetto controversie attuali o soltanto potenziali al momento della sua stipulazione.

In particolare, è stato affermato che quando le parti, nel caso in cui sussistano controversie nascenti da un contratto tra esse precedentemente concluso, stipulano con riferimento a detto contratto una clausola compromissoria, quest'ultima, in mancanza di una loro diversa volontà, abbia naturalmente ad oggetto, prima ancora delle controversie eventuali e future, le controversie già in atto. Tali controversie, pertanto, anche se non indicate specificamente¹⁵ e determinate soltanto attraverso il riferimento al contratto, non dovrebbero ragionevolmente essere sottratte alla cognizione arbitrale laddove tale esclusione non sia stata espressamente concordata tra le parti, comunque libere di limitare, con qualsivoglia criterio e quindi anche *ratione temporis*, l'ambito oggettivo della clausola compromissoria.

Inoltre, tale dottrina ha ritenuto che qualora le parti, stipulando un patto compromissorio avente ad oggetto le controversie nascenti da un contratto, indichino nei loro specifici estremi quelle di esse che sono già insorte, non per questo il patto perde la sua natura di semplice clausola compromissoria per trasformarsi in un negozio misto all'interno del quale sia necessario distinguere una clausola compromissoria vera e propria, stipulata per l'avvenire con riferimento alle liti che potrebbero ancora sorgere in relazione al contratto – per la cui validità ed efficacia è

¹³ Le controversie contrattuali già insorte, quindi, dovrebbero essere deferite ad arbitri mediante compromesso, con impossibilità di determinazione delle stesse attraverso una mera *relatio* al contratto e con forma scritta a pena di invalidità della convenzione arbitrale.

¹⁴ RUFFINI, *La nozione di clausola compromissoria*, in *Riv. Arb.* 2004, pp. 417 ss.

¹⁵ E' stato, infatti, obiettato che il requisito della determinazione dell'oggetto della controversia, previsto a pena di nullità dall'art. 807 c.p.c., non sarebbe osservato qualora si consentisse alle parti, a controversia già insorta, di stipulare un patto compromissorio nella forma della clausola compromissoria, delimitando le controversie devolute agli arbitri attraverso il riferimento ad un contratto.

sufficiente che l'autore sia titolare del potere di stipulare il contratto (art. 808, comma 3, c.p.c.) – ed un compromesso, stipulato con riferimento alle liti già sorte e soggetto, invece, alle disposizioni che regolano la validità dei contratti che eccedono l'ordinaria amministrazione (art. 807, comma 3, c.p.c.).

In definitiva, si afferma l'idea che nell'ordinamento italiano vigente il significato della locuzione «clausola compromissoria» sia quello di accordo arbitrale avente ad oggetto le controversie nascenti da un contratto, sia attuali che future¹⁶. Conseguentemente, ai fini che interessano in questa sede, la citata dottrina ritiene che la distinzione ontologica tra compromesso e clausola compromissoria riguardi esclusivamente la natura del rapporto sostanziale – contrattuale o non contrattuale – dal quale nascono le controversie compromesse in arbitri: può farsi, quindi, rientrare nella nozione di clausola compromissoria qualsiasi patto compromissorio avente ad oggetto controversie nascenti da un contratto, sia che si tratti di controversie future ed eventuali, sia che si tratti di controversie presenti e attuali.

Più specificamente, si afferma che, non potendosi nascondere le innegabili diversità che sul piano della disciplina normativa esistono tra compromesso e clausola compromissoria in ordine alla determinazione dell'oggetto, la clausola compromissoria – intesa quale pattuizione avente ad oggetto le controversie nascenti da un rapporto contrattuale – può interessare, in virtù della sua peculiare disciplina, controversie future ed eventuali, determinabili soltanto attraverso il riferimento al

¹⁶ A sostegno di tale conclusione, l'Autore afferma che, sul piano sistematico, l'interpretazione degli artt. 807, comma 1, e 808, comma 1, c.p.c. non può prescindere dal combinato disposto degli artt. 1346 e 1418, comma 2, c.c. a norma del quale il contratto deve avere, a pena di nullità, un oggetto «determinato o determinabile». Rispetto a tale disciplina, infatti, i citati articoli del codice di rito si pongono come norme speciali, imponendo che l'oggetto del compromesso sia sempre determinato e consentendo che il negozio compromissorio possa avere un oggetto determinabile soltanto ed unicamente nell'ipotesi in cui detto oggetto riguardi «le controversie nascenti dal contratto»: solo il riferimento ad un rapporto giuridico di natura contrattuale, contenuto nella clausola compromissoria, è considerato dal legislatore sufficiente per soddisfare il requisito della determinabilità delle controversie oggetto del patto compromissorio nell'ipotesi in cui dette controversie non siano determinate ai sensi dell'art. 807 c.p.c. In altri termini, mentre non sarebbe ammesso un patto compromissorio con il quale le parti pretendessero di devolvere ad arbitri controversie, attuali o future, non determinate nei loro estremi ed identificate soltanto attraverso il riferimento ad un rapporto giuridico sostanziale di natura non contrattuale, al fine invece di devolvere ad arbitri le liti nascenti da un contratto è ritenuto sufficiente dal legislatore il riferimento al contratto medesimo, mediante il quale dette controversie, pur non essendo determinate, divengono determinabili. Sulla base di tali osservazioni, quindi l'Autore rileva che il riferimento al contratto rende determinabili le controversie già in atto alla data di stipulazione della convenzione d'arbitrato non meno delle controversie che a tale data non siano invece ancora sorte: la *relatio* al contratto, infatti, consente di determinare le controversie oggetto della clausola compromissoria *ancorchè* le stesse non siano ancora sorte, e non *in quanto* le stesse non siano ancora sorte.

contratto¹⁷, ma non cessa di essere tale se ha ad oggetto – anche od esclusivamente – controversie presenti ed attuali, che le parti sono evidentemente libere di determinare specificamente¹⁸.

Nonostante l'autorevolezza della tesi appena illustrata e la capacità della stessa di attribuire rilevanza al criterio della contrattualità del rapporto sostanziale da compromettere in arbitri – utile ai fini della distinzione della clausola compromissoria e la convenzione arbitrale non contrattuale – resta, però, prevalente in dottrina l'idea secondo cui, per citare le parole del Redenti, «la clausola compromissoria differisce dal compromesso in quanto non demanda *a posteriori* agli arbitri la decisione di controversie già sorte, identificabili e identificate come tali, bensì stabilisce *a priori* (cioè preventivamente e in ipotesi¹⁹) che viene demandata ad arbitri, nominati o nominandi, la decisione di eventuali controversie che potranno nascere (forse che sì, forse che no) da un certo contratto (principale) fra le parti»²⁰.

2.2 I tratti distintivi della clausola compromissoria rispetto alla convenzione arbitrale non contrattuale.

Per quanto concerne, invece, la differenza tra la clausola compromissoria e la convenzione arbitrale non contrattuale, si rileva che mentre la prima si riferisce a diritti nascenti da un contratto, la convenzione arbitrale non contrattuale si riferisce a rapporti giuridici, appunto, extracontrattuali.

La disciplina di tale ultima *species* si rinviene nell'art. 808-*bis*, introdotto dalla novella del febbraio 2006 ed applicabile alle convenzioni di arbitrato stipulate a far data dal 3 marzo 2006, che ha rimosso nel nostro ordinamento il divieto di compromettere in arbitri controversie future relative a rapporti di natura non

¹⁷ Il problema di determinazione dell'ambito oggettivo della clausola compromissoria verrà affrontato nel paragrafo 4.

¹⁸ RUFFINI, *La nozione di clausola compromissoria*, cit, p.428.

¹⁹ Appare, infatti, possibile isolare un ulteriore tratto peculiare – ed assolutamente esclusivo – della clausola compromissoria, e cioè la «eventualità» del suo oggetto: nel caso di clausola compromissoria il giudizio arbitrale (e quindi lo stesso contratto di arbitrato, inteso quale contratto parti-arbitri) costituiscono fattispecie successive, collegate ma non indefettibili; la clausola compromissoria, cioè, conserva una sua rilevanza a livello causale, intesa come meritevolezza di tutela secondo l'ordinamento giuridico nel senso di cui all'art. 1322 c.c., anche ove in concreto tra le parti non insorga alcuna lite nel corso dell'esecuzione del contratto, e in ciò si diversifica ulteriormente, in modo netto, dal compromesso in senso stretto (in relazione al quale, in assenza della controversia, non potrebbe evitarsi la nullità per inesistenza dell'oggetto e, prima ancora, per mancanza di causa in concreto); sul punto v. FERRO, *La clausola compromissoria*, cit., p. 614.

²⁰ REDENTI, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 1957, p. 461.

contrattuale. Tale divieto, infatti, era dedotto dagli artt. 806 e 808 c.p.c., quasi unanimemente interpretati nel senso che le controversie di natura non contrattuale potessero essere oggetto di patto compromissorio soltanto se già insorte tra le parti, ai sensi dell'art. 806, non essendo applicabile alle stesse il disposto dell'art. 808.

Il superamento di tali teorie, tra l'altro già prospettato da parte della dottrina in via interpretativa²¹, è stato attuato non già estendendo la nozione di clausola compromissoria, che anche nel nuovo testo dell'art. 808 continua ad essere la pattuizione con la quale le parti stabiliscono che le controversie nascenti da un determinato contratto siano decise da arbitri, bensì prevedendo, accanto al compromesso e alla clausola compromissoria, una particolare *species* di convenzione arbitrale avente ad oggetto «le controversie future relative a uno o più rapporti non contrattuali determinati».

In tale contesto, secondo parte della dottrina²² le convenzioni di arbitrato aventi ad oggetto controversie nascenti da un contratto debbono ritenersi tutte assoggettate alla medesima disciplina dettata dall'art. 808 per la clausola compromissoria, indipendentemente dal fatto che dette controversie siano o meno già sorte all'atto di stipulazione della stessa²³, per i patti compromissori aventi ad oggetto una o più controversie relative a rapporti di natura non contrattuale deve, invece, registrarsi una chiara differenziazione tra il compromesso su controversie già insorte (artt. 807 e 806, comma 1, c.p.c.) e la convenzione di arbitrato su liti future relative ad un determinato rapporto (art. 808-*bis*).

Nell'ambito dell'impostazione tradizionale – che distingue, da un lato, compromesso e clausola compromissoria in relazione all'esistenza o meno della lite e, dall'altro lato, clausola compromissoria e convenzione non contrattuale in relazione alla natura della controversia da compromettere in arbitri – deve evidenziarsi, per quanto attiene più specificatamente ai rapporti tra clausola compromissoria e convenzione arbitrale non contrattuale, che le due *species* possono sovrapporsi,

²¹ La dottrina (MORTARA, *Comm. Del cod. e delle l. di proc. Civ.*, Milano, III, pp. 90 ss.; REDENTI, voce *Compromesso (dir. Proc. Civ.)*, in *Noviss. Dig. It.*, III, Torino, 1959, p. 788), anche in tempi non recenti, si era posta il problema dell'ammissibilità di un patto compromissorio su diritti non nascenti da contratto e aveva tendenzialmente risposto in senso positivo.

²² PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, III, Torino, 2008, pp.167 ss.; RUFFINI, *Arbitrato (Dir. Proc. Civ.)*, in *Il Diritto, Enc. Giur. Sole 24 Ore*, I, Milano, 2007, pp.718 ss.

²³ V. *supra*

quando ad esempio dal contratto sorga una lite di origine extracontrattuale (ad es. indebito arricchimento).

Al riguardo, la dottrina si è interrogata sulla possibilità di attribuire alla clausola una duplice valenza ovvero sulla necessità di stipulare convenzioni separate ed apposite: ci si è chiesti, infatti, se di fronte ad un rapporto contrattuale dal quale possano potenzialmente scaturire liti extracontrattuali, la clausola compromissoria sia in grado di coprire anche i diritti non derivanti dal contratto.

A tale interrogativo parte della dottrina²⁴ ha dato una risposta positiva, nonostante l'incerto tenore normativo.

Si è, infatti, sottolineato che i tre modelli delineati dalla legge non corrispondono ad altrettanti tipi contrattuali: si tratta soltanto di diverse fogge che un solo tipo di contratto, cioè 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.

Un concreto aiuto per superare l'*impasse* proviene, poi, dai 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, nonché dal criterio stabilito dall'art. 808-*quater* ai sensi del quale la convenzione arbitrale, nel dubbio, investe tutte le liti «*che derivano dal contratto o dal rapporto cui la convenzione si riferisce*»²⁵.

Ne deriva che una specifica pattuizione, a prescindere dal *nomen iuris* dato dalle parti, per esempio una clausola compromissoria, ben può assumere al contempo la veste di convenzione arbitrale non contrattuale ove alla lite contrattuale si affianchi una controversia su un diritto extracontrattuale derivante dal rapporto negoziale. Il problema, cioè, si sposta sull'ambito oggettivo del patto compromissorio, mentre la sua qualifica formale non rileva.

In termini concreti, ciò significa che se una clausola compromissoria contiene l'espresso riferimento, accanto alle liti nascenti dal contratto, ad eventuali controversie

²⁴ ZUCCONI GALLI FONSECA, in AA. VV., *L'arbitrato*, a cura di CARPI, *sub art. 808 bis*, cit., p. 149

²⁵ V. *infra* par.9.

di natura non contrattuale, sempre connesse al regolamento negoziale, la scelta arbitrale potrà coprire l'intera materia del contendere²⁶.

Inoltre, sulla base di quanto appena affermato, parte della dottrina ritiene che, partendo dall'art. 808-*quater*, si può ammettere la devoluzione ad arbitri di materie extracontrattuali, connesse al contratto, sulla base di una clausola compromissoria che non vi faccia espresso riferimento, grazie alla presunzione di estensione della scelta arbitrale all'intero rapporto giuridico²⁷.

In definitiva, dall'orientamento dottrinale appena richiamato emerge la volontà di operare la maggiori osmosi possibile fra i singoli tipi di convenzione arbitrale, evitando che il formalismo vada a scapito dell'effettività dello strumento arbitrale.

3. La natura della clausola compromissoria:

3.1 Le teorie formulate nella vigenza del codice del 1865.

Deve immediatamente evidenziarsi che in merito alla natura della clausola compromissoria valgono considerazioni sostanzialmente analoghe a quelle che possono svolgersi in relazione al compromesso e alla convenzione arbitrale non contrattuale quali *species* dell'unitaria figura di convenzione d'arbitrato. Per tale ragione, nel corso della trattazione si farà riferimento alle teorie elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza sulla natura del "patto compromissorio", quale categoria comprensiva, innanzitutto per ragioni storiche, del compromesso e della clausola compromissoria, evidenziando le peculiarità che contraddistinguono la clausola compromissoria in considerazione della sua afferenza ad un diverso e più ampio regolamento contrattuale.

In tale prospettiva, si ritiene utile prendere le mosse dagli orientamenti affermatasi nella vigenza dell'abrogato codice di rito che, come si vedrà, riflettono le incertezze interpretative manifestatesi in merito al problema della natura dell'arbitrato.

In relazione a tale ultimo aspetto, vale la pena accennare alle varie correnti dottrinarie, distinguendole, in considerazione delle loro caratteristiche più salienti, in due grandi correnti: l'una che attribuisce all'arbitrato natura giurisdizionale (corrente

²⁶ RUFFINI, *Codice di procedura civile commentato*, a cura di CONSOLO e LUISSO, III, Milano, 2007, p. 5708.

²⁷ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Commento all'art. 808 bis*, cit. p. 150.

processualistica o pubblicistica); l'altra, che afferma la natura meramente privata del fenomeno arbitrale (corrente privatistica).

I più antichi pubblicisti, in verità, pervennero ad attribuire carattere giurisdizionale all'arbitrato in virtù più di argomenti storici che di riferimenti giuridici²⁸.

La formulazione del principio base della teoria pubblicistica si deve al Mortara²⁹, il quale rilevò che la fonte del potere giurisdizionale è unica sia per gli arbitri che per il giudice ordinario; che agli uni e all'altro il potere giurisdizionale deriva dalla legge con la differenza, tuttavia, che al giudice ordinario la legge conferisce tale potere in quanto organo istituzionalmente destinato al compito specifico dell'esercizio della giurisdizione; agli arbitri, invece, in base al patto compromissorio e, dunque, alla volontà delle parti.

Per quel che maggiormente rileva in questa sede, secondo la teoria pubblicistica l'atto – compromesso o clausola compromissoria – con il quale le parti convengono di far decidere una loro lite agli arbitri è un accordo di natura privata: un contratto, legato per la sua efficacia e la sua interpretazione alle norme contenute nel codice civile.

La convinzione del Mortara sulla “giurisdizionalità” dell'arbitrato lo spinge a svalutare il contratto compromissorio a mero «fattore del rapporto processuale», che serve a «determinare il giudice della lite»³⁰, paragonabile al *pactum de foro prorogando*: l'accordo compromissorio ha un contenuto processuale né più né meno di quello diretto a derogare, nei casi consentiti dalla legge, alla competenza territoriale.

Si afferma, quindi, la natura contrattuale del patto compromissorio, che viene peraltro concepito in modo strettamente connesso alla costituzione del giudice arbitrale.

Del resto, l'idea di collegare il perfezionamento del contratto compromissorio con la nomina degli arbitri, fino a pervenire ad una concezione del suddetto patto come accordo trilatero, con le parti da un lato e il giudice privato dall'altro, è comune a vari studiosi e nasce dalla necessità di interpretare una disciplina, quale quella del

²⁸ SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., che richiama le affermazioni di CODOVILLA secondo cui «Il compromesso dà potere agli arbitri di conoscere e di decidere la controversia. Gli arbitri esercitano, dunque, una vera giurisdizione, essendo questa, appunto, la potestà di giudicare le controversie».

²⁹ MORTARA, *Commentario*, cit., III, p. 52.

³⁰ MORTARA, op. cit., p. 51

codice del 1865, che propendeva fortemente per questa ricostruzione³¹. Ma già nel pensiero del Mortara si coglie l'esigenza di mantenere concettualmente separato il vincolo che nasce direttamente dal patto compromissorio, da quello, integrativo e complementare, che si sostanzia in un rapporto di mandato fra arbitri e parti.

La natura contrattuale degli accordi arbitrali è affermata anche dalla teoria privatistica secondo cui, quando, a mezzo del compromesso o della clausola compromissoria, le parti si accordano per far decidere la controversia, attuale o futura, da persone da loro stesse scelte, non solo esse pongono in essere, in virtù della libertà contrattuale che è loro propria, un negozio giuridico ad effetti meramente privati, ma anche la stessa attività degli arbitri non assumerebbe mai rilievo processuale.

Essendo, infatti, la giurisdizione prerogativa esclusiva dello Stato, non possono gli arbitri, nominati dai privati, esplicare attività giurisdizionali e, conseguentemente, il procedimento arbitrale non può assumere carattere processuale.

Tale teoria, in particolare, costruisce l'arbitrato come istituto avente funzione essenzialmente privata con attribuzione del carattere giurisdizionale della decisione degli arbitri per solo volere dello Stato nel senso che questi, anziché limitarsi a considerare la decisione di controversie da parte di giudici privati come munita della forza vincolante comune ad ogni altro negozio giuridico, si induce, in vista del vantaggio sociale derivante dall'eliminazione di una lite, e sotto determinate condizioni, ad assumere detta decisione, a mezzo del decreto del pretore - destinato a fornire, nell'impostazione originaria del codice, efficacia di sentenza al lodo arbitrale - come decisione emessa dai giudici dello Stato.

In particolare, il Chiovenda³², fautore della teoria contrattuale dell'arbitrato, definisce il patto compromissorio un «contratto processuale», che ha ad oggetto «la rinuncia alla cognizione di una controversia per opera dell'autorità giudiziaria»; un contratto vincolante, la cui caratteristica è quella di impedire al giudice ordinario eventualmente adito la cognizione della controversia compromessa in arbitri.

Tale autore mette in luce l'eccezionalità del primato dell'autonomia contrattuale rispetto al carattere pubblicistico della giurisdizione ed al tempo stesso sottolinea che proprio questa è l'essenza del patto compromissorio: «il fondamento della

³¹ ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, cit., p. 20

³² CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1940, p. 70.

irrevocabilità del lodo rimane la volontà delle parti» con la conseguenza che la volontà delle parti diviene il criterio determinante per individuare l'ambito entro il quale l'arbitro ha cognizione.

In altri termini, l'ambito di cognizione del giudice arbitrale e, quindi, l'ambito oggettivo del lodo potranno e dovranno essere definiti esclusivamente sulla base della volontà delle parti.

E' stato evidenziato³³ che quando si tratta di entrare nello specifico degli effetti del patto arbitrale, il Chiovenda sembra però fermarsi alla mera efficacia negativa, diretta cioè a costruire una eccezione di «rinuncia alla cognizione giudiziaria»³⁴. In realtà, si evidenzia, «egli è consapevole che con il patto compromissorio le parti intendono accordarsi su qualcosa di altro e di più rispetto ad un mero fatto impeditivo della cognizione giudiziale, intendono cioè “sostituire” al processo davanti al giudice una figura “affine”, caratterizzata dalla “definizione di una controversia mediante un giudizio altrui”, per mezzo di un soggetto che trae i propri poteri, ancora una volta, solo ed unicamente dalla volontà delle parti. E riconosce altresì che dal compromesso sorge pure una “azione per la costituzione del giudice arbitrale, mediante nomina degli arbitri mancanti”: il che significa, in altre parole ed alla luce della evoluzione che il patto compromissorio ha subito a seguito degli interventi del legislatore, che il compromesso forma in capo alle parti il potere di incaricare un soggetto a decidere la loro controversia»³⁵.

Venendo ad esaminare diversi orientamenti, di carattere squisitamente privatistico, era la corrente che riconduceva il compromesso al tipo transazione: secondo tale dottrina, il compromesso sarebbe l'atto contenente la transazione in bianco, mentre l'incarico conferito agli arbitri, e la loro accettazione, non costituirebbe che un accessorio strumentale ai fini di determinare il contenuto della transazione³⁶.

Tale teoria avrà fortuna in sede di inquadramento dogmatico dell'arbitrato irrituale, ma verrà presto abbandonata in quanto confligge insanabilmente con la natura di «decisione» (senza *aliquid datum et retentum*) affidata all'arbitro.

³³ ZUCCONI GALLI FONSECA, op. cit., p. 19.

³⁴ CHIOVENDA, op. cit., p. 75.

³⁵ ZUCCONI GALLI FONSECA, op. cit., p. 19.

³⁶ ROCCO, *La sentenza civile*, 1906, p. 47; CALAMANDREI, *Studi sul processo civile. Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, Padova, 1930, pp. 29-30.

Alle tesi sulla natura contrattuale del patto compromissorio, si opponeva il Carnelutti³⁷ che postulava l'inassimilabilità del compromesso (contenente la delega a terzi della soluzione di una controversia) ad una matrice tutta privatistica.

La principale critica mossa da tale Autore alla teoria privatistica è che mentre con la transazione le parti compongono la lite obbligandosi reciprocamente con un atto avente la stessa forza della sentenza, con il compromesso esse lasciano sussistere la controversia, ma incaricano della sua soluzione degli arbitri, anziché dei giudici ordinari: il patto compromissorio non tende ad un componimento diretto del conflitto, ma «predisporre un mezzo per risolverlo»³⁸.

Carnelutti ritiene che il patto compromissorio, da un punto di vista sistematico, rientri tra gli «equivalenti giurisdizionali»³⁹, che condividono con il processo ordinario la funzione di composizione delle liti – secondo la sua caratteristica concezione della giurisdizione. Il patto compromissorio, tra le convenzioni di tipo processuale, va annoverato più propriamente nella sotto categoria degli accordi e non dei contratti processuali, perché è caratterizzato da una causa comune fra le parti, pur in presenza di moventi personali necessariamente diversi. L'unicità direzionale della causa gli consente di affermare che il compromesso è costituito di più atti unilaterali dominati da volontà confluenti.

La concezione carneluttiana verrà, poi, criticata dal Redenti⁴⁰, in quanto, pur attribuendo al compromesso contenuto processuale, lo qualifica come atto unilaterale complesso con il quale le parti concorrono, con volontà confluenti, nel sottrarre la controversia al giudice ordinario per rimetterla ad un giudice di loro scelta; cioè, come una cooperazione delle parti per raggiungere un effetto concepito e pensato come di interesse comune.

Osserva, infatti, il Redenti che quando le parti vogliono uno stesso effetto, ciò avviene perché ciascuna vuole una cosa in quanto la vogliono anche le altre, secondo la classica formula «*facio vel do dum facis vel das*» nella quale la confluenza è una risultanza il cui fenomeno genetico è pur sempre la contrattazione come dimostra la pratica, ove anche le clausole del compromesso sono «negoziate» tra le parti.

³⁷ CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, Padova, 1936, I, pp. 154 ss.; ID., *Arbitrati e arbitri*, in Riv. Dir. proc. civ., 1924, I, p. 129.

³⁸ CARNELUTTI, op.cit., p. 179.

³⁹ CARNELUTTI, op. cit., p. 154.

⁴⁰ REDENTI, voce *Compromesso (dir. Proc. Civ.)*, in *Noviss. Dig. It.*, III, Torino, 1959, p. 485.

In particolare, il Redenti, che ha posto una pietra miliare allo studio della convenzione arbitrale, solo scalfita dalle modifiche legislative e dalla successiva elaborazione dottrinale, ha definito il compromesso come contratto complesso e composito, con cui «una o più persone (parti) convengono di affidare ed affidano ad una o più altre (arbitri), che accettando lo assumono, l'incarico di decidere determinate controversie sorte tra loro», sicché il compromesso risulterebbe dal combinato concorso di distinte manifestazioni di volontà tra soggetti diversi, quasi si trattasse di un perfezionamento per fasi successive⁴¹.

In realtà, le teorie del Redenti sono state criticate proprio nella parte in cui affermano che il patto compromissorio sarebbe la risultante di due elementi: l'incontro delle volontà delle parti di rimettere la controversia alla decisione degli arbitri, quale «accordo basilare» (di per sé inidonea a produrre l'effetto positivo della soggezione dei compromittenti alla futura pronuncia degli arbitri) e la notificazione, o comunicazione dell'accettazione degli arbitri⁴².

Si è evidenziato, infatti, che i due atti debbono essere tenuti distinti (anche se in pratica possono essere simultanei ed avere un'unica dimensione formale) in quanto aventi struttura e funzione differenti: l'uno è diretto alla deroga della competenza del giudice ordinario, l'altro (il cosiddetto contratto d'arbitrato⁴³) ad investire i terzi, per consenso dei compromittenti, ma per volontà della legge, della potestà di decidere una controversia e dei conseguenti obblighi e diritti.

Il primo è antecedente logico del giudizio arbitrale, l'altro è il mezzo di attuazione, ma senza che il conferimento dell'incarico e la accettazione, in cui esso si sostanzia, abbia alcuna influenza sulla vita del compromesso⁴⁴.

L'importanza della teoria del Redenti, nonché la base per le successive teorie negoziali⁴⁵, deve essere individuata nel contributo dato dall'Autore sull'indagine relativa alla natura e funzione del compromesso: egli sottopone a critica il tradizionale ricorso alla categoria del «contratto con effetti processuali», soprattutto al fine di

⁴¹ Elementi del compromesso, ad avviso dell'Autore, sono accordo, oggetto della controversia, conferimento dell'incarico, nomina immediata o mediata, accettazione e il contratto può essere concluso anche a formazione progressiva.

⁴² REDENTI, *Diritto proc. civ.*, Milano, 1951, p. 454.

⁴³ Lo stesso redenti ritiene che tale rapporto abbia una fonte distinta (REDENTI, op. cit., p. 789): l'A. considera il rapporto parti-arbitri una combinazione di mandato con *locatio operis*.

⁴⁴ SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., p. 52.

⁴⁵ V. *infra*.

ricondurre la convenzione arbitrale sul medesimo piano degli atti di autonomia privata che incidono sulle modalità del processo, quali il *pactum de foro prorogando*.

Il patto compromissorio, infatti, non può definirsi contratto ad effetti processuali, nel senso che non si limita ad incidere sulla regolamentazione del processo di cognizione, modificandola, bensì, in modo assai più radicale, investe lo stesso «regime di esercizio delle azioni in senso sostanziale e le sorti delle azioni stesse» tendendo a «sostituire tutto il processo di cognizione con un fenomeno simile ma diverso»⁴⁶.

3.2 La clausola compromissoria quale preliminare di compromesso.

Dopo aver sinteticamente richiamato le interpretazioni dottrinali formulate durante la vigenza dell'abrogato codice di rito, occorre evidenziare come, per quanto concerne specificamente la clausola compromissoria, si è tardato a concepire la completa omogeneità causale dell'istituto rispetto al compromesso.

Al riguardo, occorre brevemente ricordare la tesi dominante in dottrina e giurisprudenza, fino al 1942, in base alla quale la clausola compromissoria doveva essere ricondotta ad un compromesso *in fieri* o piuttosto ad un contratto preliminare di compromesso.

Sulla base di un'interpretazione formalistica del dettato legislativo, era diffusa la convinzione che la clausola compromissoria obbligasse le parti, semplicemente, alla futura stipulazione di compromessi, per cui, ove una di esse non fosse addivenuta alla stipulazione, la clausola non avrebbe avuto effetti processuali e le controversie avrebbero dovuto essere, inevitabilmente, portate innanzi al giudice ordinario; la clausola, cioè, sarebbe divenuta pressoché inutile⁴⁷.

Lo stesso più illustre commentatore dell'abrogato codice, il Mortara, definì la clausola compromissoria come un compromesso in corso di formazione e, più

⁴⁶ REDENTI, op. cit., p. 789; COLESANTI, *Cognizione sulla validità del compromesso in arbitri*, in *Riv. Dir. proc.*, 1958, pp. 261 ss.

⁴⁷ La clausola, ove una delle parti non avesse voluto addivenire alla stipulazione del contratto "definitivo" di compromesso, stante l'impossibilità dell'esecuzione specifica *ex art. 2932 c.c.*, avrebbe prodotto il sorgere di un'obbligazione risarcitoria di danno, oltre tutto di difficile accertamento e liquidazione (*cf.* App. Milano, 21 luglio 1933, in *Riv. Dir. proc.*, 1943, II, p. 97).

precisamente, il nucleo centrale di una serie di futuri compromessi⁴⁸, fondandosi sulla formulazione letterale dell'art. 12 c.p.c.

La teoria in questione giunse ad ottenere l'avallo della Suprema Corte, la quale in alcune decisioni affermò esplicitamente che la clausola compromissoria sarebbe un patto preliminare con il quale le parti intendono obbligarsi a stipulare un compromesso⁴⁹

La completa esposizione della suddetta tesi e delle ragioni poste a fondamento della stessa potrebbe avere interesse storico, ma non attuale, in quanto il nuovo codice di rito ha, in materia, eliminato ogni dubbio.

Infatti, è stata abolita l'infelice dizione «quando in un contratto, o dopo, le parti si siano *obbligate a compromettere*» ed è stata sostituita con la previsione di cui all'art. 808 c.p.c. – rimasta sostanzialmente invariata anche a seguito della riforma del 2006 – («le parti, nel contratto che stipulano, o in un atto separato, possono stabilire che le controversie nascenti dal contratto medesimo siano decise da arbitri») nella quale è palese che con la clausola compromissoria le parti si obbligano non già a stipulare un compromesso, ma ad affidare la cognizione delle controversie ad arbitri⁵⁰.

3.3 La natura contrattuale della clausola compromissoria nel Codice di Procedura Civile del 1942.

Il Codice del 1942, quindi, nel dettare una disciplina comune a compromesso e clausola compromissoria, ha consentito alla dottrina dominante di affermare che la clausola compromissoria è un contratto che ha causa e natura giuridica omogenea rispetto al contratto di compromesso in senso stretto per arbitrato rituale.

Al riguardo, deve ricordarsi l'interpretazione del Satta⁵¹, strenuo difensore della natura contrattuale dell'arbitrato, che sostiene la pura riconducibilità del patto compromissorio al contratto e pone un'importante questione: egli ritiene coerente con il fenomeno contrattuale l'incidenza su situazioni giuridiche soggettive relative (diritto-obbligo) e rifiuta pertanto ogni elemento di commistione con il processo.

⁴⁸ MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, Milano, 1905, III, p. 98

⁴⁹ Cass., 11 luglio 1953, n. 2258, in *Mass. Foro It.*, 1953, p. 436.

⁵⁰ SCHIZZEROTTO, *op. cit.*, p. 125.

⁵¹ SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, 1969; PUNZI, *L'arbitrato: fecondità e attualità dell'insegnamento di Salvatore Satta*, in *Riv. Trim. di dir. e proc. civ.*, 2003, pp. 749 ss.

Tale impostazione nasce da una netta contrapposizione tra lo strumento arbitrale e il piano pubblicistico su cui si muove il processo giurisdizionale, che si caratterizza per aspetti in nessun caso compatibili con il *modus operandi* con il quale il diritto regola i rapporti tra privati: sottolinea, innanzitutto, la diversità delle situazioni giuridiche soggettive, in quanto nel processo non può figurare lo schema diritto-obbligo.

In particolare, il Satta ritiene che la convenzione arbitrale non possa dar luogo ad un meccanismo processuale, in quanto la sua natura contrattuale gli consente unicamente di costituire rapporti giuridici, che sono estranei al processo medesimo.

L'influenza del contratto sul processo potrebbe immaginarsi solo in via indiretta, quale effetto riflesso di una modificazione sostanziale: contratto e processo sarebbero due termini antitetici ed incompatibili, per cui l'uno non può originarsi dall'altro.

Parte della dottrina ha evidenziato come il merito di tale interpretazione sia stato quello di chiarire, una volta per tutte, e a prescindere dalla disputa sulla natura dell'arbitrato, che la fonte dell'arbitrato è un contratto ed ogni tentativo di forzarne la natura non può trovare accoglimento, per il motivo che l'arbitrato è "altro" rispetto al processo davanti all'autorità giudiziaria, si muove in una sfera diversa, per cui nessun ostacolo si frappone alla natura contrattuale della sua fonte⁵².

3.4 La clausola compromissoria quale convenzione vincolante a carattere negoziale: critiche alla teoria contrattuale.

Altra parte della dottrina, invece, pur non mettendo in dubbio che la clausola compromissoria sia una convenzione vincolante a carattere negoziale, ha messo in discussione la natura contrattuale.

La negazione del carattere contrattuale dovrebbe ricavarsi, secondo una prima teoria, dall'assenza del requisito della patrimonialità⁵³.

Tale critica è stata superata dall'affermazione secondo cui, essendo l'oggetto tipo della convenzione arbitrale rappresentato da controversie in materia patrimoniale

⁵² In tale prospettiva, possono collocarsi su distinti piani il problema della natura contrattuale dell'arbitrato e quello della possibilità di realizzare il meccanismo processuale anche all'interno di altri fenomeni. Su tale ultimo punto, FAZZALARI, *Processo (Teoria generale del)*, in *Noviss. Dig. It.*, XIII, Torino, 1966, pp. 1069 ss.

⁵³ ZACCHEO, *Contratto e clausola compromissoria*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1987, p. 4.

– mentre sono rare le ipotesi di liti arbitrabili non patrimoniali – pare difficile escludere in radice la patrimonialità, seppure riflessa, dell'accordo compromissorio⁵⁴.

In dottrina, infatti, è prevalsa comunque la considerazione che sul negozio compromissorio (in entrambe le sue articolazioni) si riflette l'attributo della patrimonialità ravvisabile nel rapporto sostanziale di riferimento (ciò che di fatto viene devoluto alla cognizione del giudizio arbitrale): anzi, in ultima analisi, la disponibilità del diritto controverso (requisito *ex lege* richiesto per la stessa compromettibilità in arbitri) rappresenta sicuro indice che il compromesso produce effetti (processuali, ma anche) suscettibili di valutazione economica⁵⁵.

E' stato evidenziato⁵⁶ che, in effetti, quello della patrimonialità è un requisito "debole"; l'attributo viene, cioè, dato alla maggioranza degli interpreti a tutti gli accordi vincolanti, riguardanti direttamente o indirettamente gli interessi "economici" delle parti, con esclusione delle sole convenzioni familiari o strettamente personali⁵⁷.

Conseguentemente, si ritengono, su questa base, sostenibili entrambe le impostazioni: se ci si attiene ad un significato rigoroso del termine "patrimonialità", allora il patto compromissorio deve essere classificato – in base alla definizione dell'art. 1321 – come una convenzione non contrattuale; se, invece, si attribuisce alla nozione un senso ampio, la conseguenza sarà la ricomprensione dell'accordo arbitrale nella categoria del contratto. La diversità appare, comunque, solo di metodo, in quanto, non essendo prevista una disciplina generale delle convenzioni alternativa rispetto a quella del titolo II, libro IV, c.c., anche l'accoglimento della prima teoria determina l'applicazione delle norme sul contratto nei limiti della loro compatibilità.

L'appartenenza del patto compromissorio alla categoria del contratto viene altresì messa in discussione sul rilievo del carattere processuale del patto stesso.

Gli interpreti, proprio in virtù di tale carattere, hanno ricondotto il patto compromissorio alla categoria degli accordi processuali - al pari dei patti sulla giurisdizione, a quelli sulle prove dell'art. 2698 c.c. e alla clausola limitativa della

⁵⁴ FERRO, *Il compromesso*, in ALPA (a cura di), *L'arbitrato – Profili sostanziali*, II, Torino, 1999, p. 550; più in generale, SACCO, *Il Contratto*, in *Trattato dir. civ.* diretto da SACCO, Torino, 1993, II, p. 42, secondo il quale «le situazioni strumentali sono patrimoniali se incidono su situazioni patrimoniali».

⁵⁵ FAZZALARI, *L'arbitrato*, cit., p. 34, secondo cui «Il compromesso è un contratto perché i paciscenti dispongono *in parte qua* del loro patrimonio (oggetto della controversia), affidandosi e vincolandosi alla volizione del terzo».

⁵⁶ FESTI, *La clausola compromissoria*, cit., p. 856.

⁵⁷ Cfr. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. Dir. civ. comm.*, Milano, 1988, p. 38.

proponibilità di eccezioni dell'art. 1462 c.c. - e, in particolare, a quegli accordi destinati a perfezionarsi prima e al di fuori del processo⁵⁸.

Riprendendo la distinzione tra accordi⁵⁹ che riflettono la loro efficacia sul processo e quelli stipulati nel processo (circostanza che implica che i primi, benché abbiano efficacia sul processo, non sono disciplinati dalla legge processuale; mentre gli altri sono contemplati e regolati dalla normativa processuale, e processuale è la loro natura⁶⁰) è stata affermata la riconducibilità dell'accordo compromissorio alla prima di tali categorie.

In particolare, una parte della dottrina ritiene che rientrano nella categoria degli accordi che, pur spiegando efficacia nel processo, si formano al di fuori di esso, i due istituti previsti e regolati dagli artt. 806 e 808 c.p.c.: compromesso e clausola compromissoria hanno in comune la volontà delle parti di «far giudicare la lite da un certo arbitro invece che dal giudice ordinario»⁶¹; si tratta di meri accordi di natura sostanziale ma con effetti di diritto processuale, in quanto diretti a sottrarre al giudice ordinario la cognizione di una o più controversie per attribuirle al giudice privato.

A tale ultimo proposito è stato rilevato che il compromesso (ma lo stesso vale per la clausola compromissoria) si distingue «da quelle manifestazioni del potere dispositivo delle parti che hanno luogo nel corso del processo, perché esso non si inserisce in un processo già in corso, ma è, invece, un accordo che può dar vita ad uno speciale processo che deve ancora essere iniziato»⁶².

⁵⁸ BESSONE M., *Aspetti sostanziali ed aspetti processuali dell'accordo di deroga alla competenza*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1965, p. 1054 ss.

⁵⁹ Una volta riconosciuto che il processo civile costituisce il riflesso dell'autonomia del diritto che si fa valere attraverso l'esercizio dell'azione giurisdizionale e che spetta alle parti ogni iniziativa processuale, sia in ordine all'instaurazione della causa e alla determinazione del suo oggetto, che per quanto riguarda la trattazione e l'istruzione (con l'apporto degli elementi e dei mezzi destinati a formare la convinzione del giudice e a preparare la sentenza: LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo*, in *Riv. Dir. proc.*, 1960, I, p. 551), si profila la possibilità che le parti, nel postulare l'ordinamento nel proprio, privato e particolare interesse e per la migliore realizzazione dei risultati voluti, organizzino le rispettive posizioni processuali accordandosi su determinati punti o attività. Sugli accordi processuali si veda BONGIORNO, (voce) *Accordo processuale*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988, I, pp. 1 ss.; CAPONI, *Autonomia privata e processo civile: gli accordi delle parti*, (da ultimo) in *Accordi di parte e processo*, Milano, 2008, 99 ss.; SATTA, voce *Accordo (diritto processuale civile)*, *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 300; TRIMARCHI, voce *Accordo*, *ibidem*, 297 ss.; LIEBMAN, *Risoluzione convenzionale del processo*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1932, I, p. 260

⁶⁰ v. SATTA, voce *Accordo*, cit., p. 300.

⁶¹ CARNELUTTI, *Arbitri e arbitratori*, in *Riv. Dir. proc. civ.*, 1924, I, p. 121.

⁶² VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, 1971, p. 193.

E appunto, quali convenzioni dirette ad escludere il processo, compromesso e clausola compromissoria non possono essere considerati veri e propri accordi processuali, ma soltanto manifestazioni di quel principio dispositivo che, spinto al massimo grado, consente addirittura alle parti di derogare alla giurisdizione del giudice ordinario.

3.5 La clausola compromissoria quale contratto a contenuto o ad effetti processuali.

Alcuni illustri studiosi hanno definito la convenzione arbitrale (sia essa una clausola compromissoria o un compromesso) come contratto a contenuto processuale⁶³ o ad effetti processuali⁶⁴, muovendo dal presupposto che il principale effetto giuridico del patto arbitrale ha carattere processuale in quanto consiste nell'attribuire alle parti la titolarità dell'azione arbitrale e il potere di impedire il ricorso al giudice ordinario.

Si ritiene che le due definizioni di contratto a contenuto processuale o ad effetti processuali possono essere considerate equivalenti – almeno in relazione al problema affrontato in questa sede – essendo il frutto della commistione di significato tra i concetti di «contenuto» ed «effetti» del contratto⁶⁵.

Al fine di accertare se sia possibile, ma soprattutto utile, sul piano ermeneutico costruire una categoria di contratti processuali, secondo parte della dottrina⁶⁶, devono prendersi le mosse dalla distinzione scolastica che viene solitamente posta all'interno dell'ordinamento civile tra norme sostanziali e norme processuali, distinzione da cui conseguirebbe l'ulteriore bipartizione sul piano soggettivo tra diritti sostanziali e diritti processuali, fra i quali spicca il diritto d'azione⁶⁷.

La linea di confine tra i due tipi di norme è apparentemente chiara in quanto i precetti sostanziali disciplinano i rapporti tra i soggetti su un piano di parità, le regole processuali guidano lo svolgimento del processo – inteso quale strumento complesso

⁶³ MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1948, p. 417; ROCCO, *Trattato di diritto processuale civile*, Torino, 1967, p. 135.

⁶⁴ Scelgono, invece, la denominazione di contratto ad effetti processuali, SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., pp. 49 ss.; PUNZI, *Arbitrato e prescrizione*, in *Riv. Arb.*, 1992, p.7; BOVE, *L'estinzione del patto compromissorio*, in *Riv. Arb.*, 1998, p. 681.

⁶⁵ SACCO, *Il contratto*, cit., pp. 21 ss.

⁶⁶ FESTI, *La clausola compromissoria*, cit., pp. 869-876.

⁶⁷ Si osserva che l'azione non è *diritto* nello stesso senso del diritto sostanziale; sul punto, v. LIEBMAN, *L'azione nella teoria del processo civile*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 67.

mediante il quale l'autorità giurisdizionale, che si trova in posizione di supremazia rispetto ai privati, dà concreta attuazione alle norme sostanziali⁶⁸. Le norme sostanziali appartengono, dunque, al diritto privato e sono definite "primarie", mentre quelle processuali appartengono al diritto pubblico⁶⁹ e sono denominate "secondarie" o "strumentali" in quanto finalizzate a dare attuazione alle prime⁷⁰.

Una linea di demarcazione netta, tuttavia, è tracciabile solo per alcune norme, mentre in numerosi altri casi risulta impossibile stabilire se la previsione abbia carattere sostanziale o processuale. In molte ipotesi la legge, pur facendo riferimento al rapporto processuale tra i soggetti, influisce, più o meno direttamente, sul piano dei diritti sostanziali: ad esempio, le norme sulle prove (artt. 2697 e ss. c.c.) pur essendo destinate ad operare in sede processuale, condizionano incisivamente il rapporto sostanziale⁷¹.

Ad una attenta analisi, quindi, emerge che non sempre è agevole riconoscere ad ogni singola norma e al diritto da essa scaturente natura esclusivamente sostanziale o processuale, in quanto il più delle volte si tratta di precetti che proiettano la loro efficacia su entrambi i piani.

La presenza di regole con duplice valenza non stupisce perché diritto sostanziale e tutela processuale, pur potendo essere distinti attraverso un ragionamento teorico, sono legati da un vincolo indissolubile sul piano pratico. Basti considerare come l'esistenza di un diritto (sostanziale) sia condizionata dalla presenza (e dall'effettività) di una tutela e come, per un altro verso, il riconoscimento di tutela ad un determinato interesse lo faccia assurgere a diritto⁷².

⁶⁸ LIEBMAN, op. loc. cit.

⁶⁹ ORESTANO, *Azione in generale*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, p. 789; cfr. anche SATTA-PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, 2000, pp. 278-279, secondo i quali il diritto processuale non potrebbe essere ricompreso né nella categoria del diritto privato, né in quella del diritto pubblico, come emergerebbe dalla contraddittorietà della definizione che alcuni ne danno di «diritto pubblico dispositivo».

⁷⁰ LIEBMAN, *L'azione nella teoria del processo civile*, cit., pp. 63-64.

⁷¹ Sulla questione della natura sostanziale o processuale delle norme in tema di prova, v. VERDE, *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir.*, XXXVII, Milano, 1988, pp. 595-596.

⁷² FESTI, *La clausola compromissoria*, cit., p. 872: si può affermare, in sintesi, che la tutela è ad un tempo indefettibile strumento e presupposto del diritto; l'A. rinvia per le questioni relative al legame tra diritto e tutela a FERRARA, *Trattato dir. civile italiano*, Roma, 1921, p. 337; DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1987, pp. 1 ss. e 57-58 secondo il quale il brocardo *ubi ius ibi remedium* potrebbe essere con facilità capovolto in quello *ubi remedium ibi ius*. Può chiedersi, cioè, chi nasce prima e chi dopo: se il diritto o il rimedio, qual è l'elemento che in senso logico e non ontologico, precede l'altro; ALLORIO, *Per una teoria dell'oggetto dell'accertamento giudiziale*, *Jus*, 1955, pp. 165 ss.: solo attraverso l'angolo visuale della tutela processuale è possibile giungere ad una definizione omnicomprensiva del diritto soggettivo; in particolare, sarebbero diritti soggettivi unicamente i diritti suscettibili di accertamento

Il legame tra diritto e tutela può assumere varie forme e diversa intensità: in questo ambito si possono effettivamente distinguere alcune private convenzioni destinate ad incidere su un eventuale futuro processo (clausola *solve et repete* di cui all'art. 1462 c.c., accordi di inversione dell'onere della prova *ex art.* 2698 c.c., clausole di deroga alla competenza e convenzione arbitrale).

Tutte tali figure – accomunate dalla caratteristica di essere atte ad esplicare efficacia nell'ambito processuale – non hanno caratteristiche omogenee: si differenziano in quanto soltanto alcune di esse presentano la particolare caratteristica di incidere sul rapporto sostanziale (ad es. il patto di inversione dell'onere probatorio o la clausola di cui all'art. 1462 c.c. possono comportare, in modo più o meno indiretto⁷³, una rinuncia al diritto sostanziale; il patto compromissorio e il patto sulla competenza, invece, non incidono sul rapporto sostanziale, in quanto hanno un effetto limitato alla scelta del giudice e del tipo di processo).

Alla luce di tali considerazioni, la citata dottrina⁷⁴ non ritiene utile, a fini sistematici, la costruzione di un'unica categoria comprendente tutti i contratti definiti dalla dottrina come processuali, perché risulterebbe composta da figure eterogenee.

Può, invece, assumere rilievo raggruppare in un insieme i patti di deroga alla competenza e i patti compromissori⁷⁵, in quanto distinti dalla caratteristica di non influire sui diritti sostanziali e dotati di “autonomia” in caso di nullità del contratto.

Il patto compromissorio, però, pur potendo essere ricompreso in questa seconda categoria, che ad avviso di tale dottrina potrebbe denominarsi di “convenzioni processuali in senso stretto”, è in ogni caso regolamentato sotto diversi aspetti da norme di carattere sostanziale, con la conseguenza che – rimanendo nell'ambito di quelle dottrine che distinguono, a fini interpretativi, tra la sfera del “sostanziale” e la

giudiziale in via autonoma. Per l'indissolubilità tra diritto e processo, fino a teorizzare la «processualità del diritto», non nel senso di affermare «un primato evidentemente assurdo del diritto processuale sul diritto sostanziale», ma intendendo che «il diritto è in funzione alla possibilità di controversie che debbono essere definite da un giudizio» si rinvia a OPOCHER, *Lezioni di filosofia del diritto*, Padova, 1993, pp. 293 ss.

⁷³ Che la conclusione di un patto sull'onere della prova possa comportare disposizione del diritto sostanziale, ad avviso dell'Autore, viene confermato dall'art. 2698 c.c.. Per quanto riguarda, invece, la clausola *solve et repete*, che in astratto non comporta rinuncia al diritto sostanziale, ma si limita a paralizzarne temporaneamente l'operatività, la perdita del diritto può comunque avvenire sul piano concreto, in quanto il *solvens* si espone al rischio dell'esecuzione infruttuosa della futura sentenza di condanna alla ripetizione della prestazione eseguita.

⁷⁴ FESTI, *La clausola compromissoria*, cit., p. 875.

⁷⁵ In questa categoria rientrerebbero, inoltre, altre convenzioni strettamente processuali, quali, ad esempio, il patto *omissio medio* – se ritenuto lecito – e l'accordo ai sensi dell'art. 114 c.p.c.

sfera del “processuale” – si dovrebbe concludere per la natura “mista” del patto arbitrale: sostanziale e, ad un tempo, strettamente processuale.

3.6 La clausola compromissoria quale contratto che costituisce in capo ai contraenti un fascio di situazioni giuridiche procedurali.

Nell’ambito delle moderne teorie che riconoscono natura contrattuale alla convenzione arbitrale, merita di essere richiamata quella che qualifica il patto compromissorio come contratto costituente 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»⁷⁶.

In particolare, tale dottrina parte dall’esame delle diverse teorie – sopra richiamate – sulla natura del patto compromissorio, per arrivare a dimostrare che la nozione contrattuale è pienamente compatibile con la nascita di un diritto al «processo arbitrale»: l’elasticità del contratto⁷⁷ consente la sua riconducibilità a fenomeni dinamici, quali l’«organizzazione» e il «processo»⁷⁸, con la conseguenza di ritenere oramai superata l’obiezione secondo cui il contratto può unicamente dar luogo allo schema tradizionale diritto-obbligo.

Le situazioni giuridiche soggettive inerenti al processo arbitrale, a differenza di quello statale, non sono il prodotto che la norma collega in via diretta ad un fatto, come accade per il diritto di azione, bensì necessitano, per la loro efficacia giuridica, di un atto di volontà che dia loro origine. Il patto compromissorio è, a sua volta, l’atto di esercizio di un potere (o diritto potestativo) che la legge, questa volta ricollega direttamente al soggetto.

⁷⁶ ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, cit., pp. 1 ss., cui si rinvia per una completa esposizione della teoria in esame.

⁷⁷ Il contratto è l’atto cui il legislatore ricorre in via generale per esprimere le modalità con le quali si esplica l’autonomia privata; sul punto, ANGELICI, *La società nulla*, Milano, 1975, p. 71.

⁷⁸ Del resto, l’A. evidenzia che accanto alla nozione di processo saldamente ancorata alla sua manifestazione più solenne – che è l’esercizio della giurisdizione da parte dell’autorità giudiziaria - può esservi una visione autonoma del fenomeno processuale, o ancora un mutato significato della “giurisdizione” medesima, disancorato dalla provenienza pubblicistica; al riguardo, si rinvia a VERDE, *Pubblico e privato nel processo arbitrale*, in *Riv. Arb.*, 2002, pp. 647 ss. e ID., *Sul monopolio dello Stato in tema di giurisdizione*, in *Riv. Dir. proc.*, 2003, pp. 371 ss. sull’evoluzione storica del concetto di giurisdizione.

L'effetto diretto del patto compromissorio è, dunque, la costituzione di una situazione giuridica strumentale, vale a dire di un "diritto al mezzo" (ci si potrebbe spingere fino a parlare di vera e propria "azione arbitrale").

Proprio in ragione di tale strumentalità e della peculiare soluzione di continuità tra atto di volontà e fine perseguito dalle parti, la teoria in esame distingue tra un effetto diretto del patto compromissorio – che consiste appunto nella creazione del diritto-mezzo – ed un effetto indiretto, che è rappresentato dal risultato che le parti hanno in mente già al momento della stipulazione del patto compromissorio, vale a dire un atto di accertamento delle situazioni sostanziali che si intendono sottomettere alla via arbitrale di tutela.

Si sottolinea, quindi, che effetto del patto compromissorio è anche quello derivante dall'operatività del concorso tra situazioni giuridiche strumentali. In particolare, l'esercizio del diritto di autonomia negoziale e la conseguente stipula dell'atto di volontà impediscono l'esercizio del diritto di azione, vale a dire l'esperibilità del mezzo di tutela statutale, per effetto del fenomeno del concorso che si instaura quando due situazioni giuridiche differenti perseguono un'utilità – non identica – ma analoga.

Dagli effetti menzionati emerge con evidenza che i contraenti del patto compromissorio siano i soggetti cui interessa la costituzione del mezzo di tutela e vi sia pertanto estraneo il giudicante, che interverrà successivamente tramite il cosiddetto contratto di arbitrato, di cui la convenzione arbitrale costituisce il presupposto nell'ambito del fenomeno dinamico del processo.

L'orientamento in esame, inoltre, qualifica la convenzione arbitrale come contratto con comunione di scopo, in quanto realizza interessi convergenti: lo scopo delle parti, con la stipula del compromesso è quello di predisporre uno strumento processuale diverso da quello che si svolge davanti all'autorità giudiziaria, per ottenere un accertamento che ponga fine alla lite e tale intento è comune a tutti i contraenti.

Non vale, dunque, la tradizionale impostazione secondo la quale è il momento della formazione e della esplicitazione del regolamento contrattuale a costituire il punto centrale del negozio, rispetto alla sua fase attuativa: qui è la seconda a prendere il sopravvento, tanto che essa è in grado di manifestarsi anche nel caso in cui in contratto sia carente dei suoi elementi costitutivi (cfr. art. 817, comma 2, c.p.c.). Le situazioni

giuridiche soggettive inerenti al processo arbitrale, a differenza di quello statutale, non sono il prodotto che la norma collega in via diretta ad un fatto, come accade per il diritto di azione, bensì necessitano per la loro efficacia giuridica, di un atto di volontà che dia loro origine, rappresentato appunto dalla convenzione arbitrale.

Sotto tale profilo, quindi, la causa del patto compromissorio può essere individuata nello stesso interesse che le parti perseguono, a costituire tra loro una nuova situazione giuridica processuale, con differenti caratteristiche, differente tipo e con utilità economica omogenea, cioè concorrente – dunque sostitutiva – rispetto al mezzo di tutela pubblico.

3.7 Conclusioni.

Alla luce delle considerazioni sino ad ora svolte, appare possibile affermare che la natura di negozio giuridico privato della convenzione arbitrale è pacifica e non discussa nemmeno da quegli Autori che affermano la natura pubblicistica della funzione arbitrale⁷⁹ o ne sottolineano la natura di atto di investitura del giudice arbitrale⁸⁰.

Si tratta, in particolare, di un negozio sostanziale a rilevanza ed effetti processuali consistenti nell'opzione per il giudizio arbitrale e nella conseguente interdizione dallo svolgimento del processo civile ordinario fino a quando è percorribile l'*iter* a favore del quale l'opzione è stata esercitata⁸¹. La rilevanza degli effetti processuali del patto, tuttavia, non si ritiene tale da giustificare l'inquadramento della convenzione arbitrale nella categoria dei negozi processuali.

Si ritiene, invece, di aderire alla tesi secondo la quale l'accordo attraverso cui le parti scelgono la via dell'arbitrato dà vita ad un negozio inquadrabile nella categoria dei contratti, giacché, secondo la definizione dell'art. 1321 c.c., esso ha pur sempre come obiettivo, anche se in via indiretta, quello di "regolare" un rapporto giuridico cui le parti attribuiscono consistenza patrimoniale.

A seguito della riforma del 2006, infatti, la tesi della natura contrattuale dell'accordo arbitrale appare quella maggiormente condivisibile, pur non avendo ritenuto il legislatore del 2006 di sancire espressamente la natura contrattuale del patto

⁷⁹ MORTARA, *Commentario*, cit. p.51; BIAMONTI, *Arbitrato (dir.proc.civ.)*, in *Enc. Del Diritto*, Milano, 1958, pp. 902, ss.

⁸⁰ MURONI, *Clausola compromissoria "binaria" e pluralità di parti*, in *Riv. Arb.*, 1998, pp.86 ss.

⁸¹ PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2000, pp. 173 ss.

compromissorio, adottando l'espressione, dai contorni giuridici più sfumati, di "convenzione", ma confermando poi, nella disciplina, la spiccata natura negoziale dell'accordo.

L'adozione di tale termine – prescindendo dal significato tecnico della *conventio* romana – non consente di porre in dubbio la scelta contrattuale, in quanto la stessa è ascrivibile, piuttosto, alla volontà di conformarsi alle convenzioni internazionali, nell'ottica di una crescente armonizzazione dell'istituto. Indubbiamente, la scelta terminologica del legislatore sottolinea i profili processuali del patto arbitrale.

Anche a voler essere di diverso avviso in merito alla natura contrattuale del patto, bisognerebbe pensare ad un coacervo di negozi unilaterali fra loro collegati cui finirebbero con l'applicarsi le norme sui contratti ai sensi dell'art. 1324 c.c.⁸²: la disputa dottrina relativa alla qualificazione del patto compromissorio come contratto⁸³, accordo o atto complesso⁸⁴, sembra quindi avere rilievo essenzialmente teorico, valendo per gli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale la *relatio* operata dalla disposizione codicistica alle norme che regolano i contratti.

4. L'oggetto della clausola compromissoria

La dottrina ha individuato l'oggetto della clausola compromissoria ora nella "definizione della lite"⁸⁵, ora nella "obbligazione inerente alla deroga alla giurisdizione e alla sostituzione del giudice pubblico con quello privato, con effetto costitutivo del giudice"⁸⁶, ora nell' "interesse alla composizione della lite"⁸⁷, ora nella "controversia"⁸⁸, nel "decidere la controversia"⁸⁹, nell' "esercizio di azioni civili di cognizione (in ordine alle controversie previste nel patto stesso) che si concreta nel sottoporre le parti al giudizio arbitrale"⁹⁰.

⁸² VERDE G., *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, III ed., Torino, 2010, p. 57.

⁸³ REDENTI, *Compromesso (dir. Proc. Cic.)*, *NsDI*, Torino, 1959, p. 786; FAZZARALI, *L'arbitrato*, Torino, 1997, p. 34; MIRABELLI GIACOBBE, *Diritto dell'arbitrato*, Napoli, 1994, p. 14; RICCI, *Compromesso*, *NsDI-A*, Torino, 1981, 126 ss.

⁸⁴ CARNELUTTI, *Arbitri e arbitratori*, in *Riv. dir. proc. Civ.*, 1924, I, p.129; RESCIGNO, *Arbitrato e autonomia contrattuale*, in *Rivista arbitrato*, 1991, p. 27.

⁸⁵ MORTARA, op. cit., p. 55.

⁸⁶ CODOVILLA, *Del compromesso e del giudizio arbitrale*, Torino, 1915, p. 21.

⁸⁷ CARNELUTTI, op. cit., p. 209.

⁸⁸ VOCINO, *Schema di una teoria della clausola compromissoria*, in *Foro Italiano*, 1932, pp. 1061 ss.

⁸⁹ REDENTI, voce *Compromesso*, cit., p. 797, con una certa commistione con la causa del contratto, che è il far decidere, cioè deferire a terzi la decisione.

⁹⁰ COLESANTI, *Cognizione sulla validità del compromesso in arbitri*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1958, p. 260.

In merito alla varietà di interpretazioni dottrinali, le incertezze che si appalesano non sono che il riflesso del dibattito non ancora sopito sul significato dell'oggetto del contratto e sulla sua distinzione rispetto al contenuto e agli effetti del negozio, nonché all'oggetto del rapporto⁹¹.

Le maggiori difficoltà si sono registrate nel tentativo di distinguere tra oggetto e contenuto del contratto⁹²: parte della dottrina ritiene che vi sia una sostanziale convergenza dei due termini⁹³, altra è più incline a conservare una certa distinzione tra oggetto e contenuto, salvo poi porre in evidenza, a seconda della propria personale visione, il bene ovvero gli interessi regolati dal contratto.

Tuttavia, la maggior parte degli interpreti concorda sul fatto che, più che una rigida contrapposizione di categorie, qui si tratta di un problema di variazione di prospettiva⁹⁴, in quanto l'oggetto può assumere varie sfaccettature, a seconda del tipo di contratto e del punto di vista da cui lo si guarda, anche nel rapporto con la causa e gli effetti.

Appare interessante, però, richiamare autorevole dottrina⁹⁵ che nell'individuare l'oggetto del patto compromissorio focalizza l'attenzione sulla prospettiva dell'oggetto in senso stretto, che si sostanzia nella possibilità di porre l'accento sulla prestazione, intesa in senso lato, e cioè, il *facere*, l'agire, il trasferimento dei diritti e così via: in tale ottica non si ha riguardo alla cosa oggetto della prestazione, che tutt'al più potrà venire in rilievo in via mediata⁹⁶.

Sulla base di tale prospettiva, si afferma che l'oggetto del patto compromissorio potrà individuarsi, secondo una visione generale, nel regolamento contrattuale e,

⁹¹ ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convezione arbitrare rituale rispetto ai terzi*, cit., p. 92 che in relazione a quest'ultimo punto rinvia a FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, pp. 300 ss., il quale ritiene che oggetto dell'atto e oggetto del rapporto riguardino in realtà lo stesso oggetto visto da situazioni prospettive differenti: l'oggetto dell'atto è in sostanza l'oggetto del rapporto come descritto programmaticamente dalle parti (volontà attuata, volontà programmata).

⁹² ALPA, voce *Oggetto del negozio giuridico*, in *Enc. Giur.*, XXI, 1990, pp. 1 ss.

⁹³ SACCO- DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. Dir. Civ.*, diretto da SACCO, II, Torino, 2002, pp. 3 ss.

⁹⁴ ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convezione arbitrare rituale rispetto ai terzi*, cit., p. 92 rinvia a GITTI, *L'oggetto della transazione*, Milano, 1999, pp. 153 ss.

⁹⁵ ZUCCONI GALLI FONSECA, op. loc. ult. cit.

⁹⁶ La dottrina spesso avverte la necessità di non confondere l'oggetto del contratto con la "cosa", il bene materiale che costituisce oggetto delle attività.

secondo una visione particolare, nel fascio di situazioni giuridiche soggettive che vengono costituite in capo alle parti e che rappresentano l'essenza del patto arbitrale⁹⁷.

Con la conseguenza che il diritto sostanziale, benché costituisca l'oggetto della pronuncia arbitrale, non riveste alcun ruolo all'interno dell'oggetto del patto compromissorio⁹⁸.

Al fine di definire l'oggetto della clausola compromissoria, in considerazione della natura contrattuale ormai riconosciuta alla stessa⁹⁹, si ritiene di aderire all'interpretazione maggioritaria secondo cui l'oggetto di un contratto si identifica nel contenuto sostanziale del contratto stesso¹⁰⁰, in ciò che le parti hanno stabilito o programmato.

Sulla base di tale nozione è possibile affermare, quindi, che l'oggetto della clausola compromissoria è costituito dalla devoluzione alla cognizione degli arbitri delle controversie insorgende tra le parti che la stipulano: la lite¹⁰¹ in sé, in particolare, insieme ai parametri che valgono ad identificarla (nella maggior parte dei casi, ma non necessariamente, il parametro fondamentale sarà un separato negozio bilaterale intercorrente tra gli stessi contraenti) integra parte essenziale dell'oggetto – in senso tecnico – del negozio in esame¹⁰².

In relazione a tale profilo, inoltre, è possibile evidenziare il tratto qualificante e distintivo della clausola arbitrale rispetto al diverso contratto di compromesso *stricto sensu*, vale a dire la attuale concreta inesistenza (non però disgiunta dalla giuridica determinabilità) della lite che sarà rimessa alla sentenza arbitrale¹⁰³.

In definitiva, può affermarsi che l'oggetto della clausola compromissoria è costituito dall'insieme delle controversie che vengono – in potenza – consensualmente devolute al giudizio privato (ciò che rappresenta, altresì, il concreto ambito di operatività dell'istituto)¹⁰⁴.

⁹⁷ Sulla qualificazione del patto compromissorio quale contratto da cui deriva un fascio di situazioni giuridiche processuali, v. par. 3.6.

⁹⁸ Il problema della relazione tra il patto compromissorio e il diritto sostanziale verrà risolto nel senso che quest'ultimo costituisce presupposto di validità del patto compromissorio, sul punto v. *infra*, par. 4.1.

⁹⁹ V. *supra*, par. 3.

¹⁰⁰ BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, Milano, 2000, p. 316.

¹⁰¹ Per un parallelo del concetto di "lite" con quello di "controversia", ZUCCONI GALLI FONSECA, *Note sulla legittimazione a compromettere*, in *Riv. Trim. dir. e proc. Civ.*, 1998, p. 1167.

¹⁰² FERRO, *La clausola compromissoria*, cit. p. 632.

¹⁰³ Sul punto, v. le considerazioni svolte nel paragrafo 2.1.

¹⁰⁴ FERRO, *op. loc. ult. cit.*; l'Autore, inoltre, rileva la possibilità di tracciare un parallelo tra l'oggetto della clausola compromissoria (in generale, della convenzione arbitrale) e quello del giudizio arbitrale: le

L'art. 808 c.p.c., nell'individuare le controversie di cui una clausola compromissoria può prevedere la risoluzione mediante giudizio arbitrale, esige che si tratti di «*controversie che possono formare oggetto di convenzione d'arbitrato*», richiamando in tal modo l'art. 806 c.p.c. nell'individuazione delle controversie arbitrabili.

Non appare questa la sede per affrontare tutte le problematiche relative all'individuazione dei limiti alla esplicazione dell'autonomia privata di compromettere in arbitri, con la conseguenza che è sufficiente ricordare che, ai sensi dell'art. 806 c.p.c., «*le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte che non abbiano per oggetto diritti indisponibili, salvo espresso divieto di legge*».

Al riguardo, deve rilevarsi che oggi l'area della incompromettibilità è definitivamente ed esclusivamente correlata all'indisponibilità del diritto ed al divieto espresso di legge¹⁰⁵.

Per quanto attiene più specificamente il tema della determinazione dell'oggetto della clausola compromissoria, può porsi il problema di stabilire se lo stesso debba obbligatoriamente essere limitato all'ambito delle controversie nascenti dal contratto, di cui la clausola fa parte, oppure se possa comprendere qualsiasi altra controversia.

In altri termini, si tratta di chiarire se le parti possano stipulare una clausola compromissoria *omnibus*, e con essa convenire che qualsiasi controversia, di qualunque natura, dovesse in futuro insorgere tra di esse, sarà devoluta al giudizio arbitrale di un tribunale privato.

Al riguardo, si era sottolineato¹⁰⁶ come la clausola compromissoria dovesse trovare i suoi limiti nell'ambito di un determinato negozio giuridico (*rectius* contratto) già esistente. In particolare, il fondamento di tale limite era da rinvenirsi nell'art. 808 c.p.c. che, consentendo alle parti di far decidere da arbitri certe loro controversie

caratteristiche di «compromettibilità» che devono essere possedute dal primo (la controversia), infatti, sono comuni a quelle che non possono mancare nel secondo (la situazione soggettiva devoluta alla conoscenza dell'arbitro); in altre parole, identico è il loro ambito di operatività.

¹⁰⁵ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Commento all'art. 806, in Arbitrato*, a cura di CARPI, cit., p. 17: non vi può essere una graduazione nel divieto di arbitrato, dovendosi parlare di piena incompromettibilità ove il ricorso all'arbitrato sia escluso in via assoluta, mentre negli altri casi la controversia è da ritenersi pienamente compromettibile, con la precisazione, però, che l'autonomia delle parti e degli arbitri può essere compressa dall'intervento, più o meno incisivo a seconda del settore, di norme inderogabili; *contra* LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, 2004, p. 20, secondo cui può distinguersi tra incompromettibilità assoluta e attenuata; v. anche CAPPONI, *Contro il divieto d'arbitrato su i diritti disponibili*, in *Giur. It.*, 2006.

¹⁰⁶ SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, 1988, p. 122.

future, stabiliva che le stesse, nel contratto che stipulano, o in un atto successivo, possono concordare che le controversie *nascenti dal contratto medesimo* siano decise da arbitri.

Secondo tale orientamento, quindi, dalla formulazione della citata norma possono desumersi due fondamentali principi: il primo, in base al quale la clausola compromissoria deve ritenersi ancorata ad un contratto, e il secondo, quello secondo cui la clausola medesima può essere contemporanea o successiva al contratto, non anteriore.

In altri termini, la norma di cui all'art. 808 c.p.c. pone un requisito di validità della clausola compromissoria nel senso che deve considerarsi nulla e improduttiva di effetti ove stipulata anteriormente al contratto cui si riferisce.

Altra parte della dottrina riteneva, invece, che la dizione della norma non implicasse che la clausola compromissoria dovesse essere necessariamente ancorata ad un contratto principale preesistente.

In particolare, per quanto riguarda la possibilità che la clausola sia perfezionata antecedentemente alla conclusione del contratto, parte della dottrina, muovendo dalla modifica dell'art. 808 ad opera della novella del 1994 – che ha determinato la sostituzione della locuzione “atto successivo” con quella di “atto separato” – ha affermato che non può ritenersi necessario che il contratto cui sia riferita la clausola compromissoria sia perfezionato, bastando la sua menzione nella clausola arbitrale.

In tempi più recenti¹⁰⁷, si è evidenziato come la clausola compromissoria copre l'ambito oggettivo del contratto, non solo per liti future, ma anche per liti su diritti sostanziali che non siano ancora sorti all'epoca del perfezionamento del contratto medesimo: se è vero che sono stati avanzati autorevoli dubbi¹⁰⁸ sulla possibilità che la clausola sia perfezionata antecedentemente alla conclusione del contratto, nessun rilievo è stato mosso alla tesi per cui la risoluzione del contratto in cui è contenuta una clausola compromissoria è materia devoluta agli arbitri, nonostante la anteriorità della convenzione arbitrale rispetto al sorgere del diritto. Ciò accade perché l'affermazione del rapporto giuridico sostanziale nella convenzione arbitrale attualizza per ciò stesso la situazione e fa perdere rilevanza alla sua dimensione temporale.

¹⁰⁷ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Commento all'art. 808, in Arbitrato*, a cura di CARPI, cit., p. 142

¹⁰⁸ SATTA, *Comm. al c.p.c.*, IV, 2, Milano, 1959, p. 223; Cass. 25.2.1995, n. 2147, in *Riv. arb.*, 1995, p. 689, con nota di DEL BUFALO.

Inoltre, saranno devolute ad arbitri le controversie che intervengano dopo la cessazione degli effetti del contratto, purché dipendano dal regolamento negoziale¹⁰⁹.

Per quanto concerne, invece, la necessità di ancorare la clausola ad un rapporto contrattuale, si era obiettato che, poiché l'art. 808 ammette la possibilità di una clausola compromissoria per atto separato, un'interpretazione analogica della norma consente di affermare che la clausola compromissoria possa essere stipulata anche fra le parti di un rapporto preesistente, produttivo di obbligazioni, che non nasca da contratto¹¹⁰, come, ad esempio, da un rapporto di vicinato o dalla comunione incidentale di origine extra contrattuale¹¹¹.

Tale ultimo orientamento sembra essere stato accolto dalla riforma del 2006 che, nel disciplinare le modalità di scelta della via arbitrale, ha consentito alle parti di stipulare una apposita convenzione per devolvere agli arbitri le controversie future relative ad uno o più rapporti non contrattuali determinati.

4.1 La rilevanza del diritto sostanziale nell'ambito della determinazione dell'oggetto del patto compromissorio: una particolare ricostruzione.

Particolare interesse merita l'interpretazione dottrinale precedentemente richiamata¹¹² che, nell'individuare l'oggetto del patto compromissorio nel fascio di situazioni giuridiche soggettive che vengono costituite in capo alle parti, esclude qualsiasi rilevanza, in tale ambito, del diritto sostanziale controverso, interrogandosi al

¹⁰⁹ Cass., 26.6.1992, n. 8028

¹¹⁰ ANDRIOLI, *Commento*, IV, p. 776 ritiene che la clausola compromissoria possa avere per oggetto anche controversie extracontrattuali e nello stesso senso opina BIAMONTI, voce *Arbitrato*, p. 911, secondo il quale l'art. 808 c.p.c. va interpretato con riferimento non solo alla sua lettera, ma anche allo spirito, e nulla esclude, in questo senso, che obbligazioni non nascenti da contratto possano formare oggetto di un giudizio arbitrale. RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, p. 184, però, puntualizza che altro è ammettere la compromettibilità di controversie in materia extracontrattuale, su cui generalmente non si discute, altro è prefigurare la possibilità che una controversia extracontrattuale possa essere oggetto di clausola compromissoria (ipotesi certo infrequente, dato che il problema per lo più si pone dopo che la responsabilità aquiliana è sorta): ebbene, in teoria, secondo tale ultima dottrina, non dovrebbe potersi escludere *a priori* nemmeno questa seconda – e diversa – possibilità.

¹¹¹ REDENTI, *Compromesso*, in *Nov.mo Dig. It.*, p. 788; *contra* SCHIZZEROTTO, op. cit., il quale afferma che l'argomento addotto non solo non sembra convincente, ma sembra, anzi controproducente. Al riguardo, VECCHIONE, *L'arbitrato*, p. 278, afferma che da un punto di vista generale si può osservare, proprio in base agli esempi portati, che le parti sentiranno la necessità di ricorrere al compromesso o alla clausola compromissoria solo quando, essendo sorta o essendovi il pericolo che sorga una controversia dai loro preesistenti rapporti nascenti dalla relazione di vicinato o dalla comunione incidentale o da un rapporto extracontrattuale in genere, avranno definito negozialmente il loro rapporto extracontrattuale.

¹¹² ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, cit. p. 97.

contempo sul corretto inquadramento di tale diritto nell'ambito del fenomeno della convenzione arbitrale.

In tale analisi, innanzitutto, dopo aver affermato l'estraneità del diritto sostanziale rispetto all'oggetto del patto compromissorio¹¹³, si esclude che la situazione sostanziale controversa costituisca la situazione preesistente sulla quale il patto compromissorio sia in grado di incidere, alla stregua dei negozi dispositivi: il compromesso non interviene in alcun modo sul diritto sostanziale controverso, ma, a differenza del negozio di accertamento e della transazione, si limita a predisporre lo strumento per il suo accertamento¹¹⁴.

Nonostante ciò, si rileva che la situazione processuale originata dal patto compromissorio è strumentale alla tutela del diritto sostanziale, con la conseguenza di ritenere comunque necessaria la sua presenza, anche se non inerente all'oggetto o alla causa della convenzione arbitrale: in altri termini, l'affermazione del diritto sostanziale che costituirà l'oggetto del futuro processo arbitrale costituisce un presupposto di validità del patto compromissorio.

Al riguardo, si specifica che presupposto di validità del patto non è la sussistenza del diritto sostanziale, ma unicamente la sua affermazione, vale a dire la sua deduzione nella convenzione arbitrale.

Se nel compromesso l'indicazione avviene in via diretta, nella clausola compromissoria¹¹⁵ avverrà *de relato*, dal fascio di situazioni sostanziali che originano dal contratto. La circostanza che tali situazioni siano già nate (perché immediatamente scaturite all'atto del perfezionamento del contratto) o debbano ancora sorgere (perché conseguenti agli eventi che caratterizzeranno la fase successiva alla stipula), non ha alcun rilievo, perché la temporalità non è rilevante rispetto alla imputazione dell'ambito oggettivo sostanziale: il riferimento al contratto è un criterio che rende attuale e determinato un ambito sostanziale, a prescindere dal fatto che in esso vi facciano parte rapporti non ancora attuali.

¹¹³ V. *supra*.

¹¹⁴ Da qui la scarsa utilità della dottrina che ha studiato il nesso tra il negozio di accertamento o la transazione, da un lato e la situazione giuridica soggettiva accertata o transatta, dall'altro e ne ha dedotto, a seconda delle teorie, un nesso da collegamento funzionale – traendo l'applicabilità della regola *simul stabunt simul cadunt* – da collegamento necessario e così via.

¹¹⁵ Analoghe considerazioni potrebbero essere svolte in merito alla convenzione arbitrale non contrattuale per quanto riguarda il riferimento ai rapporti giuridici non contrattuali determinati.

Laddove il conflitto giuridico si confonda con la stessa esistenza del diritto, nessun altro requisito è richiesto. Nel caso in cui, invece, l'esperimento di un'azione richieda, oltre all'affermazione del diritto, anche l'ulteriore requisito del conflitto giuridico, occorre distinguere tra compromesso e clausola compromissoria.

Nel primo caso, l'affermazione del conflitto è presupposto di efficacia che, in difetto, determina la definitiva inutilità del patto e si riverbera sulla sua stessa validità.

Nel secondo caso, l'affermazione del conflitto è *condicio iuris* di tipo sospensivo, ovvero "coelemento di qualificazione oggettiva dell'effetto" mediato, che da luogo, nelle more del suo avverarsi, ad una situazione produttiva di effetti, nella misura in cui rende attuale l'operatività del concorso con il processo statale. In altri termini, la potenziale efficacia della clausola compromissoria determina, comunque, il prodursi immediato del concorso: se, poi, l'interesse ad agire non sia esplicitato nel processo arbitrale, le parti non potranno ottenere il provvedimento sul merito, ma nessun riflesso potrà operare nei confronti della potenziale effettività della clausola compromissoria.

L'importanza attribuita da tale dottrina al diritto sostanziale affermato si rifletterà sulle soluzioni dalla stessa adottate per la risolvere le questioni relative all'ambito soggettivo della convenzione arbitrale e alla successione nello strumento arbitrale, costituendo tale interpretazione la base per ricostruire in via sistematica tutto l'ambito soggettivo del patto arbitrale attraverso il suo ambito oggettivo.

4.2 Le «controversie nascenti dal contratto».

Dopo aver affrontato le problematiche sottese all'individuazione dell'ambito oggettivo della clausola compromissoria con riferimento alla natura del rapporto cui la stessa si riferisce e all'antiorità della relativa pattuizione, occorre chiarire cosa si intenda per «controversie nascenti dal contratto» ai sensi dell'art. 808 c.p.c.

In proposito, è stato osservato che la suddetta norma fa riferimento sia alle controversie sorte direttamente dalla esecuzione o valutazione del contratto, sia a quelle il cui oggetto possa comunque rientrare nell'ambito del contratto stesso.

A sostegno di tale interpretazione, è stato evidenziato che se le parti avessero voluto limitare l'arbitrato solo a talune controversie, non avrebbero mancato di esprimere in tal senso la loro volontà perché, nel mentre un'interpretazione restrittiva è

compatibile con il compromesso, diretto a deferire ad arbitri questioni determinate, l'interpretazione medesima non lo sarebbe rispetto alla clausola compromissoria con la quale, salvo diversa espressa volontà delle parti, vengono demandate alla cognizione degli arbitri *tutte* le controversie nascenti dal contratto cui essa accede, senz'altra determinazione di quella che discende dal contratto medesimo e dal suo contenuto¹¹⁶.

Tale orientamento è stato ritenuto non meritevole di accoglimento da parte della dottrina¹¹⁷, sia sulla base del tenore letterale dell'art. 808 c.p.c., sia in applicazione di un principio generale in materia di arbitrato che pone la compromettibilità in arbitri come eccezione rispetto alla decisione delle controversie a mezzo degli organi statuali.

In particolare, tale dottrina ha evidenziato come l'art. 808 c.p.c., facendo menzione della compromettibilità in arbitri espressa attraverso la clausola compromissoria delle controversie «nascenti dal contratto», pone chiaramente i limiti, sia pure da determinarsi, del potere degli arbitri che si determina avendo riguardo alla convenzione cui la clausola accede, posto che solo le controversie che sorgono da tale convenzione saranno oggetto della clausola.

Con riferimento al secondo argomento richiamato a sostegno di tale orientamento dottrinale, è stato precisato che il principio della compromettibilità in arbitri come eccezione alla decisione del giudice ordinario deve essere inteso nel senso che può essere sottratta alla competenza del giudice statale solo quella controversia che le parti vollero espressamente affidare agli arbitri.

Secondo la richiamata dottrina, infatti, sembra frutto di un equivoco l'affermazione per la quale si debbano usare criteri di maggiore larghezza nella interpretazione della clausola compromissoria rispetto al compromesso ove le parti non si siano date carico di circoscrivere l'efficacia della clausola: al fine di determinare i criteri di interpretazione di una clausola nel caso concreto è l'ipotesi prevista dall'art. 808 c.p.c. che si deve tener presente, non situazioni diverse.

In altri termini, al fine di stabilire se una controversia, che si pretende affidare alla cognizione degli arbitri in base ad una data clausola compromissoria, possa essere ritenuta come nascente dal contratto cui essa accede, si deve seguire

¹¹⁶ VECCHIONE, *L'arbitrato*, cit., pp. 277-279; ALVINO, in nota contraria a Cass. 30 ottobre 1951, n. 1595, in *Giur. Compl. Cass.*, 1952, I, p. 116.

¹¹⁷ SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., pp. 126-127.

un'interpretazione restrittiva, «senza accontentarsi di approssimazioni, senza ricorrere a sforzature del contratto, eliminando i casi dubbi»¹¹⁸.

La tesi appena descritta era accolta, in tempi non recenti, da diverse pronunce giurisprudenziali¹¹⁹ che ebbero a statuire, in modo costante, che le deroghe alla competenza ordinaria, sia se stabilite dal legislatore che dalle parti attraverso una clausola compromissoria, avendo carattere eccezionale, vanno sempre interpretate in modo restrittivo, cioè entro i limiti posti dal legislatore o dalle stesse parti. Conseguentemente, nell'ipotesi in cui vi sia un dubbio sull'interpretazione da dare a tali deroghe, tale dubbio deve essere risolto a favore della competenza ordinaria, pur precisando che l'interpretazione restrittiva non esclude l'indagine sulla reale volontà delle parti al fine di cogliere l'esatto significato della clausola in un contesto logico, chiaro e inequivoco.

La clausola compromissoria, quindi, deve essere intesa, come ogni contratto, con riguardo alla comune intenzione dei compromittenti e non limitatamente al senso letterale delle parole, anche se più esatto si dimostra non il riferimento alla volontà delle parti, ma alla obiettiva portata e comprensività della clausola.

In tempi più recenti, tuttavia, si è affermato che, nel momento in cui è stata riconosciuta apertamente, da un generale punto di vista, la funzione sociale dell'arbitrato, la tesi dell'eccezionalità della giurisdizione arbitrale deve considerarsi ribaltata¹²⁰ e la possibilità o meno che le parti sottopongano ad arbitrato ogni futura lite, svincolando così il patto compromissorio da un determinato rapporto negoziale, non deve più dipendere da opzioni di politica legislativa, ma dall'impiego dei normali criteri ermeneutici.

In questo senso, è stato ritenuto innegabile che l'ambito di operatività per elezione della clausola compromissoria dovesse essere circoscritto da un preciso referente contrattuale; ma è stata prospettata, altresì, la necessità di sottoporre l'art. 808 c.p.c. ad un'interpretazione estensiva, nel senso di ammettere che ogni volta che tra due parti intercorra un cospicuo volume di affari, regolato da molteplici, diverse fattispecie negoziali successive, ben possa stipularsi una unica clausola

¹¹⁸ SCHIZZEROTTO, *op.ult.cit.*; in senso conforme, BIAMONTI, *Arbitrato*, cit., p. 927.

¹¹⁹ Cass., 24 ottobre 1979, n. 5562, in *Giust.civ.mass.*, 1979, p. 10, III, p. 102.

¹²⁰ Cfr. RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, cit., p. 185.

compromissoria volta ad abbracciare tutte le possibili controversie che potessero – in riferimento a qualsivoglia accordo intercorso – sorgere tra le parti stesse¹²¹.

I risultati raggiunti in via interpretativa dalla più attenta dottrina sembrano essere stati confermati dalla novella del 2006 che, da un lato, ha espressamente riconosciuto la possibilità di stipulare un'apposita convenzione arbitrale per la risoluzione di controversie future relative ad uno o più rapporti non contrattuali determinati (art. 808-*bis*); dall'altro lato, sembra ammettere la possibilità di estendere la clausola compromissoria relativa ad un determinato regolamento contrattuale anche alle controversie non strettamente “nascenti” dal contratto, ma rispetto alle quali il contratto medesimo si ponga quale semplice presupposto.

In relazione a tale ultimo profilo, infatti, secondo parte della dottrina l'art. 808-*quater*¹²², (introdotto dalla riforma del 2006 quale ulteriore indice di *favor* verso l'arbitrato, ai sensi del quale «*nel dubbio, la convenzione di arbitrato si interpreta nel senso che si estende a tutte le controversie che derivano dal contratto o dal rapporto cui la convenzione si riferisce*») deve intendersi nel senso che un'azione di restituzione o di ripetizione collegata a un'azione di invalidità o di inefficacia del

¹²¹Tale interpretazione estensiva acquista particolare rilevanza, non solo nelle ipotesi in cui si tratti di ricondurre una controversia extracontrattuale nell'ambito della clausola compromissoria, ma anche e soprattutto nelle ipotesi in cui venga in rilievo un collegamento negoziale: può, infatti, accadere che le stesse parti o parti diverse stipulino più contratti fra loro vincolati ad un unico intento, o addirittura costituenti, secondo una più moderna accezione, una unica complessa operazione. In tale ipotesi, nessun problema sorge quando venga redatta una clausola compromissoria idonea a ricomprendere tutte le liti insorgenti dalla pluralità contrattuale davanti allo stesso collegio arbitrale (ciò può avvenire o attraverso una clausola compromissoria c.d. «ombrello» che, contenuta in un documento separato, comprenda esplicitamente tutti i contratti coinvolti nell'operazione; o, in mancanza, attraverso il rinvio nei singoli contratti ad un documento contenente la clausola). Un problema di interpretazione della clausola, analogo a quello che si pone in presenza di una lite extracontrattuale occasionata dal contratto in cui è inserita la clausola compromissoria, si pone però quando la clausola compromissoria sia contenuta in uno solo, o in alcuni, dei contratti collegati: in tali ipotesi, infatti, si tratta di capire se la clausola arbitrale possa estendersi ai contratti collegati che nulla prevedono in merito. Poiché si opera sul piano dell'estensione della convenzione arbitrale *ratione materiae*, decisivo è il rinvio alle regole di interpretazione del contratto per verificare se le parti abbiano voluto comprendervi tutti i rapporti giuridici collegati. Per una compiuta analisi del tema, v. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Commento all'art. 806*, cit., pp. 61 ss., che analizza le diverse ipotesi di: - contratti collegati fra le medesime parti (in relazione ai quali si evidenzia la maggior frequenza di pronunce favorevoli all'estensione: dalle ipotesi di accordo-quadro e contratti esecutivi, alle ipotesi di «complementarietà» logica e necessaria tra i contratti, agli accordi meramente modificativi o integrativi di contratti precedenti in cui è inserita la clausola compromissoria, alla transazione non novativa); - contratti collegati fra parti diverse, nell'ambito dei quali occorrerebbe operare una estensione della convenzione anche *ratione personae*, in contrasto con il principio di relatività: in tali casi, il collegamento negoziale, postulando una pluralità di consensi non incrociati tra loro, non può valere ad estendere a terzi il patto arbitrale stipulato *inter alios* (rapporti dipendenti: fideiussione, garanzia impropria, subcontratto).

¹²² Per la definizione dell'ambito applicativo della norma si rimanda al par. 9.

contratto sia considerata derivante «*dal rapporto cui la convenzione si riferisce*» – del che, per il passato e non a torto, si dubitava¹²³.

5. Il collegamento della clausola compromissoria al contratto: il c.d. principio di autonomia della clausola compromissoria.

Proseguendo l'analisi della disciplina della clausola compromissoria, dopo averne delineato la natura e definito l'oggetto, occorre soffermarsi su uno dei problemi che ha attirato l'attenzione di dottrina e giurisprudenza sin dai tempi più risalenti, quello del rapporto corrente tra la clausola compromissoria e il contratto cui essa accede.

Il discorso andrebbe inquadrato, teoricamente, nel più ampio contesto della autonomia della convenzione arbitrale rispetto al rapporto negoziale sul quale la stessa convenzione è destinata ad influire, ma è evidente che il problema sorge con maggiore evidenza per la clausola compromissoria che per il compromesso¹²⁴.

Infatti, il compromesso *stricto sensu* è già strutturalmente un patto autonomo e separato, stipulato successivamente e in un contesto formale necessariamente diverso, ed appare come un regolamento negoziale completo e di per sé autosufficiente, onde non stupisce che la sua validità venga di regola stimata senza riferimento alcuno al rapporto sostanziale sottostante.

Diversamente, la clausola compromissoria si presenta, il più delle volte, come una delle varie clausole di un complesso regolamento contrattuale, in quest'ultimo materialmente inserita, e quindi, apparentemente, destinata a seguirne in pieno il destino secondo quanto dispone la regola *accessorium sequitur principale*¹²⁵.

Da tali considerazioni emerge chiaramente che il problema del collegamento della clausola compromissoria al contratto cui essa accede è stato sempre affrontato nella prospettiva di individuare le conseguenze che le eventuali ipotesi di invalidità del contratto potevano produrre sulla stessa clausola: il principio di autonomia della clausola compromissoria trova le sue radici proprio in tali ipotesi di invalidità.

¹²³ VERDE G., *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, III ed., Torino, 2010, p. 63-64

¹²⁴ Allo stesso modo, tutti gli Autori discutono dell'autonomia della clausola compromissoria, e anche coloro che impostano la questione in relazione alla convenzione arbitrale (cfr. RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, Padova, 2006, pp. 186 ss.) convengono sul fatto che il problema non si pone in concreto per il compromesso.

¹²⁵ FERRO, *La clausola compromissoria*, cit., p. 619.

Per tale ragione, si ritiene di dover prendere le mosse dalla definizione del principio di autonomia della clausola compromissoria – che non può prescindere da un’analisi storica – per poi cercare di definire la natura del legame intercorrente tra clausola e contratto nell’attuale disciplina legislativa.

Nella vigenza dell’abrogato codice di rito era apparso prevalente quell’orientamento che riteneva che la clausola compromissoria non fosse altro che una clausola del contratto cui ineriva, una semplice parte o proposizione di un regolamento negoziale complesso¹²⁶, con la conseguenza che, in applicazione del principio *accessorium sequitur principale*, doveva ritenersi la nullità del contratto si estendesse anche alla clausola, determinando il venir meno della stessa¹²⁷.

In proposito, si sottolineava che se la nullità di una clausola non coinvolge l’intero negozio (arg. ex art. 1210 c.c. del 1865 e, oggi, ex art. 1419, comma 1, c.c.) è viceversa indubitabile che in caso di nullità del contratto risulta invalida anche la clausola in esso contenuta, in quanto non avente più alcuna ragione di sussistere.

Il venir meno della clausola compromissoria in conseguenza della nullità del contratto principale determinava, sotto diverso profilo, l’impossibilità della stessa clausola di ricomprendere le controversie relative all’esistenza e alla validità del contratto.

Si riteneva, infatti, che, posta in discussione la validità e l’esistenza del contratto veniva con ciò stesso messa in dubbio, altresì, l’esistenza e la validità della clausola compromissoria e, in definitiva, la competenza degli arbitri a giudicare.

A sostegno di tale interpretazione poteva invocarsi il disposto del codice di procedura civile allora in vigore che sembrava propendere a favore del “dogma”¹²⁸ dell’unità sostanziale di clausola e contratto ma che, in realtà, era letto in un’ottica di sfavore verso l’istituto arbitrale.

Al riguardo, può richiamarsi quella giurisprudenza¹²⁹ che nell’affrontare la questione del venir meno della clausola compromissoria per nullità del contratto principale, afferma che «*gli arbitri sono incompetenti a decidere di ogni questione relativa alla esistenza o alla validità del contratto, al quale accede la clausola*

¹²⁶ MATTIROLO, *Istituzioni di diritto giudiziale civile italiano*, Torino, 1988, p. 686.

¹²⁷ CODOVILLA, *Del compromesso e del giudizio arbitrale*, Torino, 1915, p. 314.

¹²⁸ MARINI, *Note in tema di autonomia della clausola compromissoria*, in *Riv. Arb.*, 1993, p. 414.

¹²⁹ Trib. Venezia, 4 agosto 1920, in *Riv. Dir. comm.*, 1921, p. 327.

compromissoria; in particolare, gli arbitri sono incompetenti a decidere la questione se il contratto, al quale accede la clausola compromissoria, si sia estinto per novazione». In tale pronuncia si legge che «nello Stato moderno la tutela giurisdizionale del diritto è attribuzione esclusiva della sovranità, deriva dai pubblici poteri investiti della funzione pubblica sovrana. La magistratura costituita dallo Stato per la salvaguardia ed attuazione del diritto e quale garanzia dell'armonica convivenza civile, rappresenta l'organo ordinario e proprio della difesa giurisdizionale dei diritti subiettivi. I privati possono contrattualmente sottrarre alla cognizione di detta autorità la decisione di una determinata questione tra di essi già insorta ovvero le controversie eventuali e future che potranno sorgere da un determinato ordine di rapporti giuridici, oggetto di un contratto preliminare posto in essere. Poiché trattasi di una rinuncia alla ordinaria difesa giurisdizionale rispetto a liti future non previste, né prevedibili, non può farsi luogo alla competenza dei giudici privati, in deroga alla giurisdizione ordinaria se non esiste un contratto valido. La costituzione del giudizio arbitrale in adempimento della clausola compromissoria presuppone la validità dell'obbligazione di compromettere; impugnata l'esistenza o validità del contratto, viene meno anche la clausola compromissoria in esso contenuta, e mancando il presupposto dei poteri degli arbitri (il contratto derogativo alla giurisdizione ordinaria) viene meno in essi la facoltà di giudicare».

La giurisprudenza appena richiamata, quindi, oltre a manifestare l'antico sfavore da cui era circondato lo stesso istituto arbitrale, affronta – in realtà, sovrapponendole – due questioni, quella del rapporto tra clausola e contratto e quella della competenza arbitrale in caso di nullità del contratto principale, che è bene mantenere distinte.

Limitando l'analisi al problema del rapporto clausola-contratto¹³⁰, deve rilevarsi che la soluzione dell'accessorietà della clausola compromissoria non soddisfaceva né esegeti, né giudici.

La dimostrazione dell'erroneità di tale tesi venne offerta dal Carnelutti¹³¹ che mise in risalto il diverso contenuto, la diversa struttura e la distinta funzione della clausola compromissoria nei riguardi del contratto cui essa – solo in un certo senso - accede.

¹³⁰ Il problema della competenza arbitrale sarà affrontato nel paragrafo seguente.

¹³¹ CARNELUTTI, *Clausola compromissoria e competenza degli arbitri*, in *Riv. Dir. comm.*, 1921, II, pp. 327 ss.

L'Autore ebbe modo di affermare 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 ha, però, un valore giuridico a se stante; in particolare, la nullità della convenzione principale non trascina con sé la nullità della causa, se il vizio della prima non sia comune alla seconda».

In altri termini, nella ricostruzione dell'illustre giurista, il vincolo di accessorieta (che pure esiste) non altera la sostanziale autonomia negoziale e giuridica della clausola, sicché un vizio del contratto non importa per ciò solo che sia viziata anche la clausola compromissoria.

Al contrario, «clausola e contratto possono seguire la stessa sorte, solo in quanto i requisiti per l'esistenza e per la validità siano comuni. Così, se il contratto e la clausola fossero stipulati da un minore non emancipato; così se uno e l'altro fossero stipulati sotto la minaccia di grave ed ingiusto danno, sarebbe giusto ritenere che dalle stesse ragioni, che determinano la nullità del contratto, derivi anche la nullità della clausola; e perciò della contestazione relativa alla esistenza di questo vizio di volontà e capacità non potrebbero conoscere gli arbitri, perché il presupposto del loro potere e l'esistenza e la validità della clausola»¹³².

Per quanto riguarda, poi, il tenore dell'art. 12 dell'allora vigente codice di rito, che veniva richiamato a favore della tesi dell'accessorieta, secondo l'illustre studioso l'espressione (ove la legge si riferiva alle «controversie che possono nascere dal contratto») doveva essere intesa come «chiaramente metaforica: le controversie non nascono dal contratto, ma hanno per oggetto il contratto, anzi più precisamente, hanno per oggetto la esistenza del contratto e la sua validità, la sua interpretazione, la sua risoluzione e via dicendo; di una nascita delle medesime dal contratto si parla solo nel senso di un loro riferimento a quella situazione di fatto, onde il contratto doveva sorgere o è sorto»¹³³.

La clausola compromissoria, quindi, ripete il suo nome da ciò che essa accede, con vincolo accessorio, alla convenzione principale rappresentata dal contratto, ma non ha, come questo, contenuto patrimoniale e se ne distingue anche per la causa in quanto si propone, come fine, di demandare agli arbitri, invece che al giudice ordinario, le

¹³² CARNELUTTI, op. cit., pp. 330-331.

¹³³ CARNELUTTI, op. loc. ult cit.

controversie nascenti dal contratto¹³⁴. Il tutto senza che il vincolo di accessorietà alteri l'autonomia negoziale e giuridica della clausola, sicché i vizi del contratto non diventano vizi della clausola.

Se deve riconoscersi al Carnelutti la prima formulazione del principio di autonomia della clausola compromissoria, deve altresì evidenziarsi che fu soprattutto la giurisprudenza, in misura sempre maggiore, a far sì che la clausola compromissoria venisse ad essere considerata come un autentico e autonomo negozio giuridico, al punto da consentire di affermare la matrice giurisprudenziale di tale principio.

Per comprendere l'orientamento espresso dalla giurisprudenza sin dai tempi più risalenti, occorre sottolineare come, nelle ipotesi in esame, si scontrino due principi: un principio logico, in base al quale, se è vero che il tutto comprende anche la parte, l'insieme delle clausole comprende anche la singola clausola, e pertanto se l'insieme delle clausole è nullo per un vizio che inficia appunto il contratto, tale nullità si estende a tutte le clausole, salva l'ipotesi della nullità parziale (art. 1419 c.c.); e, di contro, un principio discendente dalla tradizione, e che si potrebbe definire di *conservazione* della clausola arbitrale, in base al quale la clausola arbitrale non può essere posta sullo stesso piano delle altre clausole, ma godendo della sua autonomia rispetto alle altre, resta valida anche quando il contratto è invalido: pertanto, gli arbitri possono svolgere il loro compito, quanto meno per accertare la nullità del contratto¹³⁵.

In una delle prime pronunce giurisprudenziali¹³⁶ si afferma che la clausola, contenuta in un dato contratto, per la sua stessa "posizione" è legata alla vita del contratto cui accede, nel senso che se l'obbligazione scaturente dalla clausola compromissoria è invalida, la competenza degli arbitri viene meno per «inconsistenza della base giuridica da cui promana».

¹³⁴ Al fine di riconoscere l'autonomia della clausola compromissoria, CARNELUTTI parte dalla qualificazione di compromesso e clausola compromissoria quali «accordi di diritto processuale», di natura diversa da qualsiasi contratto bilaterale di diritti materiali, v. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, p. 178; sulla stessa via si pone CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1928, p. 106 per il quale il patto compromissorio ha natura di contratto processuale; in tempi più recenti, si affermerà la tesi secondo cui, per riconoscere l'autonomia della clausola e, quindi, la sua sopravvivenza, almeno nei termini sin qui precisati, non vi è bisogno di accedere a tali opinioni sulla natura del patto compromissorio, v. *infra*, PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2012, pp. 653 ss.

¹³⁵ ALPA, *Compromesso e clausola compromissoria*, in ALPA G.- GALLETTO T. (a cura di), *La nuova giurisprudenza civile commentata – Casi scelti in tema di arbitrato nel diritto italiano e comparato*, Padova, 1994, pp. 102-103.

¹³⁶ Cass., 23 giugno 1937.

Nonostante ciò, la Corte mette in chiara luce che la clausola compromissoria è munita di una «peculiare finalità» da cui deriva una sua propria funzione autonoma, che è quella, diversa dal contenuto del contratto, di deferire determinate controversie, scaturenti dal contratto al quale accede, ad un collegio o ad un soggetto, che si sostituisce alla normale e generale competenza dell'autorità giurisdizionale ordinaria, per decidere.

Tale autonomia comporta l'importante effetto che la clausola non debba necessariamente e sempre seguire le sorti giuridiche del contratto nel quale è contenuta: come clausola funzionalmente diversa rispetto alle altre che compongono il contratto, può conservare la propria efficacia sebbene contenuta in un contratto invalido. Il Supremo Collegio concretamente chiarisce che ciò «avviene ogni qualvolta l'invalidità del contratto proceda da cause che non toccano la giuridica esistenza della clausola»; per esempio, l'invalidità del contratto per errore sull'oggetto non comporta l'ulteriore effetto di invalidare la clausola compromissoria, «purché la base giuridica della clausola stessa (volontà di compromettere) non cada in contestazione».

Nei decenni successivi la tesi è stata oggetto di tentativi di perfezionamento e di coordinamento sistematico. Al fine di rendere compatibile la regola dell'autonomia, ormai ampiamente affermata dalla giurisprudenza¹³⁷, con la denominazione di «clausola» riconosciuta dalla legge all'accordo compromissorio per controversie future, si sono individuate due figure generali di clausole: le cosiddette clausole-parte e le cosiddette clausole-negozio. Mentre le prime sarebbero soggette alle vicende della convenzione cui accedono, le seconde, invece, sarebbero del tutto svincolate dal contratto in cui vengono inserite e quindi dotate di completa autonomia. Gli esempi di tale ultima categoria sarebbero rappresentati dalle singole disposizioni testamentarie, istituzioni di erede, di legato, ecc., in rapporto al testamento, nonché dalla clausola compromissoria in relazione al contratto in cui viene inserita¹³⁸.

¹³⁷ Cass., 24 marzo 1942, n. 796, in *Sett. Cass.* 1942, p. 489; Cass., 9 dicembre 1949, n. 2564, in *Mass. Foro it.*, 1949, p. 520; Cass., 19 giugno 1952, n. 1808, in *Arch. Ric. Giur.* 1953, I, p. 149; Cass. 12 gennaio 1959, n. 57, in *Giust. Civ.*, 1959, I, p. 1724.

¹³⁸ FRAGALI, *Clausole, frammenti di clausole, rapporti fra clausole e negozio*, nota a Cass., S.U., 16 ottobre 1958, n. 3294, in *Giust. Civ.*, 1959, I, p. 313. In proposito si osserva che l'autonomia delle singole disposizioni testamentarie non pare porsi negli stessi termini della clausola arbitrale (cfr. RESCIGNO, *Arbitrato e autonomia contrattuale*, cit., p. 28) in quanto l'istituzione di erede o il legato vengono senz'altro coinvolte dalla nullità del testamento per difetto di forma (art. 606, comma 1, c.c.).

Non mancarono, inoltre, delle formule giurisprudenziali che, nel definire il principio di autonomia, si mostravano alquanto artificiose proprio a causa dell'equivocità della denominazione del patto compromissorio in questione quale "clausola compromissoria"¹³⁹.

Sulla base degli spunti offerti dalla giurisprudenza, la dottrina, dal canto suo, perfezionò e corresse l'idea della clausola come «connessa ma autonoma» secondo la costruzione del Carnelutti e finì per superare definitivamente le diffuse contraddizioni in proposito.

Al riguardo, si è affermato¹⁴⁰ che se è vero che la clausola compromissoria è un contratto ad effetti processuali, allora essa integra, a pieno titolo, un negozio giuridico a sé stante: la circostanza che possa essere contenuta, materialmente, in un atto contenente un altro contratto, non può creare un rapporto di accessorietà dotato di rilevanza giuridica.

Accessorietà in senso tecnico, infatti, «indica la relazione in cui si trovano due negozi il contenuto d'uno dei quali viene determinato e giustificato con riferimento al contenuto dell'altro, sicché esiste un rapporto di dipendenza del negozio accessorio, quanto all'esistenza e al contenuto, da quello principale, rapporto di dipendenza che si concreta nell'impossibilità di esistenza del negozio accessorio separata dalla esistenza del negozio principale; nella conclusione che il negozio accessorio segue le sorti del principale»¹⁴¹.

Secondo l'Autore appena richiamato, non si può dire che questo accada nel caso della clausola compromissoria: i vizi del contratto non si comunicano alla clausola compromissoria; questa continua a vivere e ad operare anche in caso di nullità, originaria o sopravvenuta, del contratto cui inerisce. Anzi, la clausola compromissoria è istituzionalmente deputata ad operare, per definizione, nel momento patologico della vita del contratto-base, ove cioè tra le parti insorgano controversie che possono ben riguardare una supposta, invalidità originaria o sopravvenuta, del contratto stesso¹⁴².

¹³⁹ Ad esempio, Cass., 29 luglio 1964, n. 2161, in Foro pad., 1965, I, p. 975 afferma che «la clausola compromissoria non è un patto accessorio del negozio giuridico al quale si riferisce, ma è un *negozio autonomo sebbene ad esso connesso*».

¹⁴⁰ SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., p. 134, secondo cui il pensiero del Carnelutti, «certamente esatto nel suo contenuto di diritto, non sembra altrettanto logico nella sua costruzione».

¹⁴¹ SCHIZZEROTTO, op. loc. ult. cit.

¹⁴² La questione della validità della clausola compromissoria inizia, quindi, ad essere tratta separatamente da quella relativa alla competenza arbitrale in caso di nullità del contratto principale;

Alla luce delle considerazioni sino ad ora esposte, appare chiaro che, sin dal primo, autorevole contributo in materia¹⁴³, è assolutamente incontrastata in dottrina l'opinione per cui, quando si parla di "autonomia" della clausola compromissoria, si vuole fare riferimento a nient'altro se non al "giudizio di validità intorno ad essa"¹⁴⁴, prescindendo dalla qualificazione giuridica della clausola stessa.

Tale affermazione risulta confermata dalla novella del 1994 che ha consacrato a livello di definizione normativa il principio di autonomia, prevedendo che «la validità della clausola compromissoria deve essere valutata in modo autonomo rispetto al contratto cui si riferisce».

Secondo parte della dottrina¹⁴⁵, attraverso tale modifica dell'art. 808 c.p.c. evidentemente, il legislatore ha voluto indubitabilmente sganciare ogni profilo di dipendenza della clausola compromissoria rispetto ad un giudizio attinente la intrinseca validità giuridica, esclusivamente, del contratto principale.

5.1 Le diverse applicazioni del principio di autonomia.

Al fine di definire l'effettiva valenza del principio consacrato nell'articolo 808 c.p.c., appare utile richiamare le affermazioni di una illustre dottrina¹⁴⁶ secondo cui «l'autonomia non è predicato della clausola, ma piuttosto delle *modalità di giudizio*, ossia dei criteri in base a cui si accerta se essa è valida o non».

Come è stato correttamente evidenziato¹⁴⁷, tale affermazione si rivela particolarmente importante, anche per la nostra indagine, proprio perché consente di sindacare la *ratio* sottesa alla codificazione del principio di autonomia della clausola compromissoria.

SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., quindi afferma che «in realtà, clausola e contratto sono negozi giuridici che promanano da due distinte manifestazioni di volontà: l'una, quella del contratto, avente fini patrimoniali, l'altra, quella della clausola, intesa a sottrarre determinate controversie alla competenza del giudice ordinario» giungendo alla conclusione che il «negozio in questione, malgrado la sua denominazione, non ha, della clausola, che il nome e l'apparenza. In realtà, è un autentico e autonomo negozio giuridico che, quindi, non può vivere la vita del contratto cui accede»; per quanto riguarda specificamente la natura della clausola compromissoria, v. *supra* par. 3.

¹⁴³ CARNELUTTI, *Clausola compromissoria e competenza degli arbitri*, in *Riv. dir. comm.*, 1921, II, pp. 339 ss.

¹⁴⁴ IRTI, *Compromesso e clausola compromissoria nella nuova legge sull'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1994, p. 654.

¹⁴⁵ FERRO, *La clausola compromissoria*, cit., p.622-623.

¹⁴⁶ IRTI, *Compromesso e clausola compromissoria nella nuova legge sull'arbitrato*, cit., p. 634.

¹⁴⁷ CAVALLINI C., *Il trasferimento della clausola compromissoria*, in *Riv.dir.civ.*, 2003, fasc. 5, pt. 2, pp. 473-492.

Se, infatti, l'autonomia si riferisce alle "modalità di giudizio", allora è possibile distinguere l'aspetto concernente la *potestas judicandi* degli arbitri in ordine al giudizio di validità del contratto – spesso ritenuto l'unico significato del principio in questione – dalla questione concernente più specificatamente i criteri del giudizio sulla invalidità della clausola compromissoria in quanto tale, che proprio in virtù del principio di autonomia risultano essere, per definizione normativa, distinti e diversi da quelli concernenti il contratto.

Nel rinviare l'esame dei profili concernenti la *potestas judicandi* degli arbitri al paragrafo successivo, in questa sede occorre richiamare le diverse teorie elaborate in merito ai criteri che l'interprete deve seguire nel valutare la validità della clausola compromissoria in modo "autonomo" rispetto al contratto cui si riferisce.

Al riguardo, parte della dottrina¹⁴⁸ ha accolto una concezione "forte" della teoria autonomistica, ritenendo che «il principio dell'autonomia della clausola compromissoria, pur affermandosi tra questa del contratto cui accede un vincolo di accessorietà, si traduce nella insensibilità di essa ai vizi del rapporto sostanziale, e viceversa, ed impone che i requisiti di validità ed efficacia dell'uno e dell'altra vengano accertati in modo autonomo».

Secondo tale interpretazione, quindi, la nullità del contratto sostanziale non può mai, di per sé, provocare l'invalidità della clausola compromissoria.

Una diversa dottrina¹⁴⁹, rimasta isolata¹⁵⁰, ritiene che il problema dell'autonomia della clausola è solo ed esclusivamente un problema di individuazione dell'astratto tipo negoziale e della disciplina applicabile al tipo, mentre - per quanto riguarda il diverso problema della validità della clausola compromissoria rispetto ai vizi eventuali che colpiscano il contratto - occorre in ogni caso fare capo al dettato dell'articolo 806 c.p.c., e cioè valutare se ed in quali limiti le controversie attinenti alla nullità del contratto siano ricomprese nella previsione di cui alla disposizione in oggetto; il problema sarebbe dunque, in tal caso, quello della validità o meno della clausola compromissoria sulla base della disciplina alla stessa applicabile e non già quello della natura, autonoma o meno, della clausola: ed il criterio di soluzione dovrebbe individuarsi nell'articolo

¹⁴⁸ VECCHIONE, *L'arbitrato*, cit. pp. 282 ss.

¹⁴⁹ MARINI, *Note in tema di autonomia*, cit., pp. 413 ss.

¹⁵⁰ V. però CRISCUOLO, *Cessione del contratto e autonomia della clausola compromissoria*, in *Riv. arb.*, 1996, pp. 699 ss. e ZACCHEO, *Contratto e clausola compromissoria*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1987, p. 423.

1419 c.c. e, quindi, nella natura e nella intensità del collegamento esistente tra clausola e contratto.

A tale orientamento è stato obiettato¹⁵¹ che se, da un lato, è bene non esasperare il concetto di “autonomia” della clausola fino a confonderlo completamente con quello di una assoluta indipendenza rispetto al contratto base; dall’altro lato, però, si deve considerare che se non si affermasse l’autonomia della clausola nemmeno si potrebbe discutere della sua indipendenza, ossia della entità del collegamento negoziale con il contratto cui la clausola accede: in particolare, in caso di invalidità di quest’ultimo, se la clausola non fosse un autonomo contratto, non potrebbe mai essere salvata; in altre parole, tra autonomia e indipendenza non c’è identità, certamente, ma nemmeno può dirsi che vi sia un’assoluta differenza di piani, perché la seconda non può nemmeno essere pensata senza la prima.

Un ulteriore orientamento¹⁵² distingue tra le diverse ipotesi di invalidità, ritenendo che nel caso di nullità, i vizi del contratto non possono comunicarsi in nessun modo alla clausola compromissoria, e viceversa: sarebbe possibile parlare in questo caso (ossia in ogni ipotesi comunque riconducibile all’articolo 1418 c.c.) di un’assoluta impermeabilità, l’uno rispetto all’altro, delle due diverse fattispecie negoziali in discorso. Nella diversa circostanza di vizi all’origine dell’annullabilità del contratto – riconducibili alla previsione di cui all’art. 1425 c.c., e come tali (vizi del consenso o incapacità a contrarre) afferenti in vario modo all’integrità del volere negoziale – invece, deve in linea di principio postularsi la conseguente, omologa specie di invalidità, altresì, in relazione alla clausola compromissoria: certamente, ben potrebbe darsi il caso che si riconosca, nella specie, un vizio del consenso limitatamente ad una delle due (distinte) manifestazioni di volontà negoziale¹⁵³, ma deve affermarsi, in argomento, salvo dimostrazione in senso contrario, la prevalenza del collegamento negoziale e della comunicabilità, tra il contratto la clausola compromissoria, dei difetti del consenso e della capacità contrattuale delle parti.

¹⁵¹ FERRO, *La clausola compromissoria*, cit., p. 625.

¹⁵² SCHIZZEROTTO, *Dell’arbitrato*, cit. pp. 137 ss. e FERRO, *La clausola compromissoria*, cit., p. 626.

¹⁵³ La Suprema Corte (Cass., 17 settembre 1947, n. 1570, in *Giur. It.*, 1949, I, p. 151) affermò che se il contraente ad un tempo impugna il contratto per un vizio della volontà e riconosce che la clausola è immune dal vizio, saranno gli arbitri a poter, a buon diritto, giudicare dalla asserita annullabilità del contratto.

Merita di essere segnalato, inoltre, un diverso orientamento dottrinale¹⁵⁴ che, ai fini della definizione del principio di autonomia, attribuisce particolare rilevanza alla volontà delle parti. In particolare, si afferma che in determinati casi l'ineliminabile collegamento tra il contratto sostanziale e la clausola arbitrale può provocare – secondo l'interpretazione dominante in tema di collegamento contrattuale – la comunicazione dell'inefficacia dall'uno all'altra. Il principio generale ricavabile dagli artt. 1419, comma 1, e 1420 c.c., se applicato ai patti collegati¹⁵⁵, porta a concludere nel senso che la nullità di un negozio si ripercuote sull'efficacia dell'eventuale accordo connesso, qualora il patto invalido risulti essenziale con riferimento all'intento delle parti.

Conseguentemente, per determinare le ripercussioni sul patto compromissorio della nullità del contratto sostanziale occorre valutare, sulla base della comune intenzione di compromettenti, se la validità del contratto costituisca un presupposto «essenziale» dell'esistenza e dell'efficacia della convenzione arbitrale. Da ciò si desume, in concreto, che, se le parti hanno inteso escludere la devoluzione ad arbitri delle controversie relative alla nullità del contratto, non ha senso mantenere in vita la clausola arbitrale, mentre se i litiganti avevano voluto affidare agli arbitri anche la decisione di tali controversie, allora il patto compromissorio potrà esplicare i suoi effetti (salvo che sia di per sé viziato¹⁵⁶)¹⁵⁷.

Secondo tale orientamento, quindi, la clausola potrà esplicare la sua efficacia, nonostante l'invalidità del rapporto sostanziale, unicamente nell'ipotesi - il cui verificarsi, nel silenzio dei compromettenti si presume - che la questione stessa della nullità faccia parte delle liti oggetto di compromesso.

¹⁵⁴ FESTI, *La clausola compromissoria*, cit., pp. 885-887.

¹⁵⁵ *Contra* PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., p. 658 secondo cui l'art. 1419 c.c. regola la nullità parziale o la nullità di una clausola di un *singolo* contratto, con la conseguenza di ritenere inapplicabile la disposizione codicistica nell'ipotesi in esame in quanto patto compromissorio e contratto sono due negozi collegati funzionalmente, ma distinti.

¹⁵⁶ Nonostante l'autonomia, infatti, può accadere che la clausola risulti nulla per ragioni proprie: potrebbe ad esempio essere invalida per mancanza dei requisiti di forma o perché contiene criteri illeciti di nomina degli arbitri.

¹⁵⁷ Occorre evidenziare che tale orientamento richiama gli artt. 1419 e 1420 c.c. secondo un ragionamento diverso da quello tenuto dalla dottrina dominante: secondo la teoria in esame, gli artt. del Codice Civile vengono applicati al fine di verificare se la validità del contratto costituisca un presupposto «essenziale» dell'esistenza e dell'efficacia della convenzione arbitrale; secondo la diversa dottrina (IRTI, *Compromesso e clausola compromissoria nella nuova legge sull'arbitrato*, cit., p. 655), invece, ai sensi dell'art. 1419, comma 1, la nullità della clausola può comportare la nullità dell'intero contratto (ma non viceversa) se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita da nullità.

Alla dottrina che attribuisce particolare rilevanza alla volontà delle parti nell'applicazione del principio di autonomia deve essere riconosciuto il merito di aver evidenziato il carattere relativo del principio in questione, soprattutto al fine di escludere il richiamo dello stesso in ipotesi diverse da quelle appena esaminate¹⁵⁸. Le osservazioni di tale dottrina¹⁵⁹, infatti, si riveleranno particolarmente utili nell'ambito della nostra indagine, in quanto consentiranno di evidenziare l'erroneità delle tesi che, nell'escludere la circolazione della clausola compromissoria nelle ipotesi di cessione del contratto, richiamano proprio il principio di autonomia di cui all'art. 808 c.p.c..

Nonostante l'autorevolezza delle tesi appena illustrate, deve ritenersi che, oggi, il principio di autonomia della clausola compromissoria vada inteso nel senso che lo stesso non rende la clausola compromissoria immune da invalidità o inefficacia: raccomanda, invece, che i vizi vengano rigorosamente attribuiti, dal punto di vista causale, alla convenzione e non siano frutto di una mera trasmigrazione dal contratto¹⁶⁰.

In altri termini, il giudizio di validità della clausola richiesto dall'art. 808 «va svolto secondo criteri che le sono propri e che non discendono né provengono dal contratto»¹⁶¹.

In tale prospettiva, quindi, si può ritenere che debba verificarsi, di volta in volta, se il vizio che ha inficiato l'uno (la violenza, il dolo o l'errore) abbia colpito anche l'altro. In questa indagine si potrà pervenire a soluzioni diverse in relazione ai diversi contesti in cui si sono verificate le anomalie: ad esempio, se è facile stabilire che la violenza che vizia il contratto si estende anche alla clausola, quando le due pattuizioni siano contestuali, non è detto che ad analoga conclusione si debba pervenire quando le due pattuizioni, come è ben possibile, non lo siano state¹⁶².

¹⁵⁸ In particolare, per escludere il richiamo del principio di autonomia al fine di definire la sorte della clausola compromissoria nell'ipotesi di cessione del contratto cui accede.

¹⁵⁹ In questa sede, appare sufficiente rilevare che tale dottrina (FESTI, *La clausola compromissoria*, cit. pp. 888-890) sottolinea il carattere relativo della regola di autonomia, sotto un duplice profilo: in primo luogo, la sorte della convenzione arbitrale, in presenza di determinate vicende del rapporto sostanziale, quali l'inefficacia o il trasferimento di quest'ultimo, dipende dalla volontà dei compromittenti e dagli obiettivi che questi si sono prefissi; in secondo luogo, dovendo necessariamente presupporre l'esistenza o almeno la prospettabilità di un contratto (o di un rapporto) sostanziale, il patto compromissorio per controversie future risulta forzatamente coinvolto da determinati accadimenti riguardanti il contratto (o il rapporto) stesso.

¹⁶⁰ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Commento all'art. 808*, cit., p. 145.

¹⁶¹ IRTI, *Compromesso e clausola compromissoria nella nuova legge sull'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1994, p. 654.

¹⁶² VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, III ed., Torino, 2010, p. 58.

5.2 Il principio di autonomia e la *potestas judicandi* degli arbitri.

Sulla base delle considerazioni svolte nel paragrafo precedente, può agevolmente rilevarsi che la diversa accezione nella quale, di volta in volta, si intende il principio di autonomia, assume importanza decisiva nel definire la dimensione dei poteri degli arbitri in caso di controversie attinenti alla stessa sopravvivenza nel mondo giuridico del contratto di base.

In particolare, se si ritiene che l'invalidità del contratto principale trascina con sé la validità della clausola compromissoria, allora sorge, in via immediatamente consequenziale, il difetto della *potestas judicandi* degli arbitri a conoscere la questione loro demandata.

Nel caso in cui, invece, si ritiene che la clausola compromissoria, in applicazione del principio di autonomia sopravviva all'invalidità del contratto principale, allora quest'ultima sarà idonea a fondare comunque l'eccezione di compromesso davanti al giudice ordinario¹⁶³.

Senonché, tale soluzione sembra porre un problema - immediatamente sollevato dai sostenitori della tesi della accessorietà - apparentemente paradossale e insolubile: stante l'autonomia della clausola compromissoria dal contratto principale, si verificherebbe infatti l'incongruenza per cui lo stesso arbitro si trova a poter giudicare della validità della clausola arbitrale e, quindi in ultima analisi, intorno al fondamento stesso della propria autorità in deroga alla giurisdizione ordinaria¹⁶⁴.

La dottrina¹⁶⁵, al fine di trovare una soluzione al problema, ha recuperato la distinzione tra aspetto sostanziale e aspetto processuale della vicenda arbitrale: la questione della validità sostanziale della clausola rimane una questione da risolversi, caso per caso, sulla base della interpretazione della volontà delle parti. Invece, al fine di individuare il soggetto che debba essere chiamato a pronunciarsi sulla validità della clausola, può operarsi un parallelo con il sistema processuale ordinario nel cui ambito è

¹⁶³ Per un'analisi delle questioni relative alla natura e al regime dell'eccezione *de qua* si rinvia a IZZO, *Appunti sull'eccezione di compromesso e sulla sentenza che la decide*, in Aa. Vv., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, pp. 451 ss.; TOTA, *Ancora sulla natura dell'eccezione di compromesso (e sull'ammissibilità del regolamento di competenza avverso la sentenza del giudice ordinario che pronunci su di essa)*, in www.judicium.it.

¹⁶⁴ FERRO, *La clausola compromissoria*, cit., p. 627.

¹⁶⁵ RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, cit., pp. 188 ss.

stato recepito il principio secondo cui ogni giudice è competente a giudicare, innanzitutto, della propria competenza.

Al riguardo, è stato affermato¹⁶⁶ che, allo stesso modo per cui è perfettamente normale che il giudice dinanzi al quale si eccepita la nullità di una clausola di deroga alla giurisdizione, si pronunci su di essa, così l'arbitro potrà decidere di fronte ad un'eccezione di nullità della convenzione arbitrale; sarà onere della parte soccombente, eventualmente, adire l'autorità giudiziaria ordinaria in sede di impugnazione del giudizio arbitrale, e far dichiarare quindi l'incompetenza del collegio arbitrale che si fosse ritenuto erroneamente investito del potere di giudicare.

In altre parole, non ci sono ostacoli a ritenere che il principio dell'autonomia della clausola processuale consenta comunque gli arbitri di conoscere qualsiasi questione afferente il contratto oggetto di compromesso (anche in ordine alla supposta annullabilità, nullità, inesistenza di esso): eventualmente, dove anche l'accordo arbitrale partecipasse del vizio denunciato, ed in particolare di un vizio relativo all'integrità del volere delle parti contraenti, sarà lo stesso collegio arbitrale (come qualsiasi altro giudice) a dover dichiarare la propria incompetenza.

A sostegno di tale interpretazione si rileva che, anche prima dell'affermarsi del principio di autonomia della clausola compromissoria, in giurisprudenza¹⁶⁷ era già chiaro che il principio della *kompetenz-kompetenz* riguardava un profilo diverso rispetto alla possibile invalidità del patto compromissorio, e non risultava, in alcun modo, scalfito dalla inoperatività sostanziale della clausola arbitrale¹⁶⁸.

Il principio di autonomia della clausola compromissoria, infatti, ha alcuni punti di contatto con quello riassunto nella formula *kompetenz-kompetenz* ma non deve essere con esso confuso, in quanto ha un significato e un'origine differente.

¹⁶⁶ FERRO, *La clausola compromissoria*, cit. p. 627.

¹⁶⁷ Era ormai assodata l'applicazione all'arbitrato della regola per cui l'organo giudicante può decidere sulla propria competenza, con la conseguenza che, anche nell'ipotesi in cui una delle parti dell'arbitrato avesse sollevato un'eccezione di nullità del contratto - e quindi della clausola compromissoria in esso contenuta -, ben potevano gli arbitri valutare preliminarmente se l'eccezione fosse fondata e, solo nel caso affermativo, declinare la propria competenza.

¹⁶⁸ App. Perugia, 20 luglio 1903, in *Riv. Dir. comm.*, 1903, II, pp. 433 ss.; FERRO, op.loc.ult.cit.; FESTI, *La clausola compromissoria*, cit., p. 878, evidenzia che alla giurisprudenza si era posta la questione di chi avesse il potere di giudicare della competenza degli arbitri, sia nel caso in cui fosse necessario interpretare la convenzione arbitrale per accertarne l'ambito oggettivo, sia nel caso in cui occorresse verificare se la clausola compromissoria fosse nulla a causa della invalidità del contratto oppure per causa propria.

In applicazione di tale ultima regola, gli arbitri, una volta accertato incidentalmente che il contratto sostanziale è nullo, e preso atto, quindi, che - in tesi - risulterebbe nulla anche la clausola, potrebbero solo declinare la propria competenza, spettando poi al giudice ordinario accertare la nullità del contratto ed emettere le eventuali conseguenti pronunce, restitutorie e risarcitorie; in virtù del principio di autonomia, invece, gli arbitri sono abilitati a giudicare direttamente della nullità del contratto e di ciò che ne deriva.

Né si potrebbe sostenere che il principio della *kompetenz-kompetenz* debba necessariamente presupporre l'autonomia della clausola, assumendo che, a differenza dei patti di cui all'art. 29 c.p.c. con il quale viene scelto un giudice preesistente, nel caso di nullità della clausola compromissoria (provocata, in tesi, dell'invalidità del contratto) verrebbe a mancare la fonte del potere degli arbitri e quindi si verificherebbe l'impossibilità di questi di pronunciarsi anche solo sulla propria competenza. E' la legge stessa, infatti, dove ne prevede l'impugnabilità, a riconoscere la giuridica esistenza di un lodo emesso dagli arbitri nonostante la nullità della convenzione arbitrale¹⁶⁹.

Oggi, a seguito della riforma del 2006, appare possibile precisare ulteriormente che se l'invalidità della clausola compromissoria sottrae agli arbitri la *potestas judicandi* sulla controversia loro devoluta, viceversa il principio della *kompetenz-kompetenz* consente loro di esaminare e pronunciarsi sulla suddetta questione, salvo il controllo giudiziario nei limiti del sistema di impugnazione del lodo ed il nuovo art. 819-ter¹⁷⁰.

Per completezza, va poi aggiunto che il potere degli arbitri di decidere sulla propria competenza è riconosciuto oggi dall'art. 817, comma 1¹⁷¹, interpretato dalla dottrina¹⁷² quale potere assoluto, che non può essere escluso neanche ricorrendo al giudice ordinario e contestando la presenza di *potestas decidendi* degli arbitri. Ciò significa che se anche una delle parti ritenesse che gli arbitri non possono giudicare per invalidità

¹⁶⁹ FESTI, *La clausola compromissoria*, cit., p. 883.

¹⁷⁰ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Commento all'art. 808*, cit., p. 147.

¹⁷¹ Art. 817 c.p.c., «*Eccezione d'incompetenza*. I. Se la validità, il contenuto o l'ampiezza della convenzione d'arbitrato o la regolare costituzione degli arbitri sono contestate nel corso dell'arbitrato, gli arbitri decidono sulla propria competenza. II. Questa disposizione si applica anche se i poteri degli arbitri sono contestati in qualsiasi sede per qualsiasi ragione sopravvenuta nel corso del procedimento. 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 arbitrabile. III. La parte, che non eccepisce nel corso dell'arbitrato che le conclusioni delle altre parti esorbitano dai limiti della convenzione arbitrale, non può, per questo motivo, impugnare il lodo».

¹⁷² RICCI, *Commento all'art. 817 c.p.c.*, in *Arbitrato*, a cura di CARPI, Bologna, 2008, p. 477.

della convenzione arbitrale o perché la materia del contendere non è inclusa nel compromesso o non è compromettibile, essa non potrebbe ricorrere al giudice ordinario per chiedere che sia dichiarata l'inesistenza della *potestas decidendi* degli arbitri ed impedire l'arbitrato.

Tale soluzione si evince in modo chiaro, secondo la dottrina, sia dal disposto dell'art. 817, comma 2, c.p.c., secondo il quale la possibilità degli arbitri di decidere dei loro poteri sussiste sempre, anche se questi «sono contestati in qualsiasi sede», sia dal disposto dell'ultimo comma dell'articolo 819-ter¹⁷³, che vieta in costanza di arbitrato di proporre domande giudiziali aventi ad oggetto l'invalidità o l'inefficacia della relativa convenzione.

In sostanza, nessuno vieta che dopo l'inizio del procedimento arbitrale la parte che contesti il potere degli arbitri possa adire il giudice ordinario chiedendo che la causa venga decisa da costui. Ciò deriva dalla mancanza di ogni rapporto di litispendenza tra arbitro e giudice togato, in applicazione di quanto previsto dall'art. 819-ter. Ma quand'anche quest'ultimo ritenesse di potere giudicare, stante, a suo avviso, la nullità della convenzione di arbitrato o l'esistenza di qualche elemento preclusivo al giudizio degli arbitri, ciò non priverebbe questi ultimi della facoltà di giudicare autonomamente dei loro poteri e di decidere a loro volta il merito, qualora li ritengano sussistenti. Il problema diventerà allora quello del conflitto tra le due pronunzie, cui cerca di dare una soluzione l'art. 819-ter.

Non essendo questa la sede per approfondire ulteriormente l'analisi del tema in questione¹⁷⁴, appare sufficiente rilevare che l'articolo 819-ter, ultimo comma, viene

¹⁷³ Art. 819-ter c.p.c. «*Rapporti tra arbitri e autorità giudiziaria*. I. La competenza degli arbitri non è esclusa dalla pendenza della stessa causa davanti al giudice, né dalla connessione tra la controversia ad essi deferita ed una causa pendente davanti al giudice. La sentenza, con la quale il giudice afferma o nega la propria competenza in relazione a una convenzione d'arbitrato, è impugnabile a norma degli articoli 42 e 43. L'eccezione di incompetenza del giudice in ragione della convenzione di arbitrato deve essere proposta, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta. La mancata proposizione dell'eccezione esclude la competenza arbitrale limitatamente alla controversia decisa in quel giudizio. II. Nei rapporti tra arbitrato e processo non si applicano regole corrispondenti agli articoli 44, 45, 48, 50 e 295. III. In pendenza del procedimento arbitrale non possono essere proposte domande giudiziali aventi ad oggetto l'invalidità o inefficacia della convenzione d'arbitrato».

¹⁷⁴ Occorre però richiamare, per la parziale coincidenza con il tema oggetto di indagine, l'analisi svolta da MARZOCCO, *Nullità sopravvenuta della clausola compromissoria e diritto intertemporale*, in AA. VV. *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, pp. 491 ss. che conduce all'individuazione, di fronte alla sopravvenienza di una norma imperativa retroattiva o irretroattiva che determini la nullità sopravvenuta in senso ha tecnico o atecnico della clausola compromissoria già stipulata, di un principio base di diritto intertemporale, vale a dire la salvezza dei lodi emessi, e di un principio correttivo (e

interpretato dalla dottrina¹⁷⁵ esclusivamente come norma di chiusura dei rapporti tra giudice ed arbitro¹⁷⁶, la quale dovrebbe sancire ancora una volta l'impossibilità per il giudice di sindacare i poteri degli arbitri in qualsiasi momento, ribadendo quella reciproca autonomia, proclamata non solo dallo stesso art. 819-ter, comma 1, che inibisce ogni rapporto di litispendenza tra i due procedimenti, ma anche dai commi uno e due dell'art. 817, il primo dei quali, come evidenziato, stabilisce che l'arbitro è l'unico giudice della «propria competenza» ed il secondo che impedisce la contestazione dei poteri degli arbitri «in qualsiasi sede».

5.3 Il principio di autonomia della clausola compromissoria nell'arbitrato irrituale.

La giurisprudenza nettamente maggioritaria ritiene che all'arbitrato irrituale non si applichi il principio di autonomia, attesa la qualificazione del patto compromissorio quale negozio di secondo grado e il conseguente venir meno dello stesso in caso di nullità del contratto sostanziale, qualificato – in tesi – come negozio principale¹⁷⁷.

Tale interpretazione, tuttavia, è criticata dalla dottrina dominante¹⁷⁸ sulla base delle seguenti argomentazioni.

concorrente), costituito dalla salvezza delle domande di arbitrato già proposte entro la data di entrata in vigore (o di efficacia laddove diversa) dalla norma sopravvenuta.

¹⁷⁵ RICCI, *Commento all'art. 819 ter*, in *Arbitrato*, cit. p. 515.

¹⁷⁶ Merita di essere segnalata l'importante sentenza della Corte Costituzionale n. 223 del 19 luglio 2013 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 819-ter, comma 2, c.p.c., nella parte in cui esclude l'applicabilità, ai rapporti tra arbitrato e processo, di regole corrispondenti all'art. 50 c.p.c., ammettendo pertanto la *translatio iudicii* anche nei rapporti tra giudice e arbitro. Sulla questione si era espressa anche l'ordinanza della Corte di Cassazione del 6 dicembre 2012, n. 22002, che aveva ritenuto che il secondo comma dell'art. 819 ter c.p.c., laddove afferma che «nei rapporti tra arbitrato e processo non si applica l'art. 50 c.p.c., riguarda solo il caso in cui siano gli arbitri ad escludere la loro competenza ed a riconoscere quella del giudice ordinario. Allorquando, invece, sia il giudice togato a dichiarare la propria incompetenza a beneficio di quella degli arbitri, oppure sia la Corte di Cassazione, adita con riferimento ad una pronuncia affermativa della competenza del giudice ordinario, a dichiarare la competenza degli arbitri oppure a rigettare, per ragioni di rito o di merito, l'istanza di regolamento contro una pronuncia declinatoria, è possibile la riassunzione dinanzi agli arbitri nel termine fissato o, in mancanza, in quello previsto dall'art. 50 c.p.c., con salvezza dell'effetto interruttivo c.d. istantaneo della prescrizione ai sensi dell'art. 2943, comma 3, c.c., e di quello permanente, di cui all'art. 2945, comma 2, dello stesso codice».

¹⁷⁷ Cass., 14 marzo 1990, n. 2091, in *Foro it.*, 1991, I, pp. 555 ss.; Cass., 2 luglio 1981, n. 4279, in *Rep. Giust. Civ.*, 1981. «Obbligazioni e contratti», n. 215 (la motivazione si può leggere in D'ALESSANDRO, *La «questione del potere» nei negozi compromissori*, in *Riv. Dir. priv.*, 1998, pp. 61 ss., nota 37, che rileva come la decisione sia stata condizionata dal fatto che nella specie si trattava di una clausola irrituale per arbitraggio transattivo inserita in un contratto illecito

¹⁷⁸ DE NOVA, *Nullità del contratto e arbitrato irrituale*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1991, pp. 404-405; BARTOLOMUCCI, *Clausola compromissoria. Effetti del principio di autonomia*, in AA. VV., *Dizionario dell'arbitrato*, Torino, 1997, pp. 230 ss.; VIGORITI, *L'autonomia della clausola compromissoria per arbitrato irrituale*, nota a Cass., 17 giugno 1993, n. 6757, in *Riv. Arb.*, 1995, p. 66; FERRO, *La clausola*

Innanzitutto, il principio di autonomia in caso di nullità del contratto sostanziale preesisteva all'art 808, comma 3, parte prima c.p.c.; esso discende dal fatto che la clausola compromissoria ha la funzione propria di sottoporre a soluzione arbitrale le eventuali liti relative al contratto stesso, ivi comprese le controversie derivanti dalla nullità del contratto.

Per tale motivo, è inevitabile applicare la regola alla convenzione irrituale, poiché anche essa ha la medesima funzione di attribuire al nominando organo arbitrale il potere di dirimere le controversie insorgenti dal contratto sostanziale: si afferma, in altri termini, la omogeneità ontologica della clausola compromissoria, sia che quest'ultima devolva la lite insorgenda in arbitri rituali, e sia che con essa le parti intendono predisporre per un arbitrato irrituale.

Nemmeno il rilievo operato dalla giurisprudenza circa la natura di negozio di secondo grado della convenzione arbitrale irrituale potrebbe, ove condiviso, condurre all'esclusione dell'operatività del principio di autonomia. La definizione di negozio di secondo grado, infatti, può servire al limitato fine di identificare ogni patto che operi sulla base di un rapporto preesistente, ma non dà alcuna indicazione circa le conseguenze effettuali di tale collegamento. Questa categoria ricomprende, anzi, lo stesso patto compromissorio rituale¹⁷⁹, nei cui confronti l'applicazione della regola dell'autonomia è, per l'appunto, indiscussa.

L'interpretazione dottrinale appena richiamata, sebbene venga ancora puntualmente smentita dalla giurisprudenza¹⁸⁰, trova qualche riconoscimento nell'ambito delle pronunce arbitrali¹⁸¹.

5.4 Il rapporto tra clausola compromissoria e contratto: conclusioni.

Sulla base delle osservazioni svolte nei paragrafi precedenti, appare possibile affermare che, al fine di impostare correttamente il problema del rapporto intercorrente tra clausola e contratto, occorre prendere le mosse dal testo dell'art. 808, comma 1, c.p.c.

compromissoria, cit., p. 669; Lodo Pisa, 15-18 gennaio 2000, in *Riv. Arb.* 2002, pp. 547 ss., con nota di VILLA, *Arbitrato irrituale ed autonomia della clausola compromissoria*, in *Riv. Arb.*, 2002, pp. 547 ss.

¹⁷⁹ BETTI, *Inefficacia del negozio cambiario e reazione del rapporto causale*, in *Riv. Dir. comm.*, 1927, II, pp. 374 ss.

¹⁸⁰ Cass. n. 9230/2008; Cass. n. 8222/2000;

¹⁸¹ Coll. Arb. Pisa 18 gennaio 2000, in *Riv. Arb.* 2002, p. 547.

Al riguardo, viene innanzitutto in rilievo la prescrizione per la quale l'accordo compromissorio può essere concluso dalle parti «nel contratto che stipulano o in un atto separato», la quale consente di ritenere, come precedentemente evidenziato, che la stipulazione della clausola compromissoria non deve essere contestuale, né da un punto di vista formale, né cronologico, alla stipulazione del contratto cui accede.

Anche se la clausola può essere stipulata con una scrittura autonoma, comunque presuppone un contratto di riferimento: il collegamento tra le due pattuizioni indubbiamente esiste e si pone il problema di individuarne la natura.

Il legame in questione non può essere qualificato come legame strutturale; infatti l'art. 808 lo esclude espressamente quando dispone che la validità o l'invalidità dell'una non comporta la validità dell'altro. E' in tale ambito che si inserisce – e dovrebbe essere destinato esclusivamente ad operare – il principio di autonomia della clausola compromissoria, elaborato da dottrina e giurisprudenza e ora consacrato nell'art. 808 c.p.c.

Neppure si può parlare di un collegamento funzionale, se lo stesso è inteso nel senso della funzione (e/o causa) della clausola, la quale è diversa ed indipendente dalla funzione (e/o dalla causa) del contratto di riferimento. Piuttosto, avendo la clausola per oggetto il deferimento ad arbitri di talune controversie, il contratto cui si riferisce è requisito di identificazione delle controversie e, quindi, del suo oggetto. Al riguardo, va segnalato, come ulteriore indice di *favor* verso l'arbitrato, che secondo l'art. 808-*quater* «nel dubbio, la convenzione di arbitrato si interpreta nel senso che si estende a tutte le controversie che derivano dal contratto o dal rapporto cui la convenzione si riferisce» (conseguentemente, un'azione di restituzione o di ripetizione collegata a un'azione di invalidità o di inefficacia del contratto sia da ritenere derivante «dal rapporto cui la convenzione si riferisce»)¹⁸².

In altri termini, può affermarsi che la clausola compromissoria è caratterizzata da elementi di distinzione e di autonomia che, però, non riguardano soltanto l'aspetto cronologico e quello formale, ma anche l'oggetto e la causa del patto compromissorio.

Pertanto, l'indiscutibile collegamento della clausola al contratto, può essere qualificato come collegamento funzionale nel senso che tale legame incide già nella determinazione dell'oggetto del patto compromissorio, che è appunto la devoluzione al

¹⁸² VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, III ed., Torino, 2010, pp. 63-64.

giudizio degli arbitri proprio delle controversie nascenti dal contratto. Tale collegamento, infine, è bene precisare, non può essere da solo sufficiente per far degradare un patto compromissorio, con questi caratteri di autonomia, al livello di una qualsiasi clausola contrattuale.

6. I limiti soggettivi della clausola compromissoria.

L'esatta definizione dei limiti soggettivi di efficacia della clausola compromissoria assume particolare rilevanza ai fini della presente indagine in quanto consente di verificare, come verrà meglio illustrato nei capitoli successivi, se vi siano delle ipotesi di efficacia *ultra partes* del patto arbitrale.

E' bene precisare che il problema di efficacia soggettiva della clausola compromissoria può venire in rilievo in due distinte ipotesi.

La prima, è quella dei rapporti plurisoggettivi, per i quali erano stati avanzati rilievi critici¹⁸³ circa la loro effettiva compromettibilità in arbitri, in considerazione del fatto che, mentre nella giurisdizione statale la volontà delle parti è assolutamente irrilevante quale presupposto, lo stesso non può dirsi nel caso del giudizio arbitrale; la seconda riguarda, invece, le ipotesi di trasferimento delle posizioni giuridiche soggettive cui accede la clausola arbitrale.

Con riferimento alla prima questione, si era rilevato che, a causa del fondamento consensuale della competenza arbitrale - ad un tempo ragione e limite dei caratteristici effetti processuali del negozio - «deve esservi assoluta identità tra coloro che stipulano la clausola compromissoria e coloro fra i quali insorgeranno le controversie»¹⁸⁴.

Nel caso in cui non vi era coincidenza soggettiva tra le parti che avevano stipulato il contratto compromettibile in arbitri e le parti chiamate a concorrere – con la nomina di un proprio arbitro – alla formazione del giudice imparziale, la soluzione generalmente adottata era quella di escludere l'operatività del patto arbitrale nel caso in cui i contendenti estromessi dalla nomina costituivano, per la diversità degli interessi di cui erano portatori, parti sostanziali distinte e autonome dalle altre parti che si erano espresse in ordine alla composizione del collegio.

¹⁸³ FERRO, *La clausola compromissoria*, cit., p. 658.

¹⁸⁴ Coll. Arb. Roma, in *Temi rom.*, 1996, p. 151.

La dottrina¹⁸⁵, inoltre, aveva sottolineato come il problema in tale ambito fosse ancora più complesso, poiché il consenso delle parti non si manifestava soltanto in relazione alla deroga della giurisdizione, ma anche, e necessariamente, in relazione alla nomina degli arbitri, ciò che rende necessari non pochi adattamenti quando la controversia riguarda rapporti soggettivamente complessi, non potendosi immaginare che una delle parti coinvolte possa essere esclusa dalla scelta degli arbitri o dal consenso nella deroga della giurisdizione.

Il legislatore del 2006, nell'intento di fornire una soluzione ai problemi evidenziati, ha dettato per la prima volta una disciplina dell'arbitrato multilaterale attraverso l'art. 816-*quater*. La norma è inserita nel capo II, del titolo VIII del IV libro del codice di procedura civile, destinato a disciplinare regole funzionali all'andamento del procedimento arbitrale.

Tuttavia, l'articolo in questione detta per lo più una disciplina concernente la conformazione della convenzione arbitrale volta a consentire l'instaurazione di una lite con pluralità di parti, ma non contiene alcuna regolamentazione del procedimento arbitrale litisconsortile eventualmente iniziato da o nei confronti di alcuni soltanto dei litisconsorti necessari. I dettagli applicativi di questa disciplina, quindi, devono essere individuati traendoli in via sistematica sia dall'art. 816-*quater* che dalla regola contenuta nel successivo art. 816-*quinquies*, laddove dispone che nel novellato procedimento arbitrale è sempre ammesso l'intervento del litisconsorte necessario pretermesso.

Pur riconoscendo l'importanza delle questioni appena evidenziate¹⁸⁶, si ritiene maggiormente rilevante, ai fini che interessano la presente indagine, il tema

¹⁸⁵ CECHELLA, *L'arbitrato*, cit. p. 100.

¹⁸⁶ Per l'approfondimento del tema si rinvia a SALVANESCHI, *L'arbitrato con pluralità di parti*, Padova, 1999; ID., *L'arbitrato con pluralità di parti (Una pluralità i problemi)*, in *Riv. Dir. proc.*, 2002, pp. 458 ss.; ID. *Commento agli artt. 816-*quater* e 816-*quinquies**, in AA. VV., *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di MENCHINI, Padova, 2010, pp. 235 ss., ove si evidenzia che la mancata regolamentazione dell'intervento del terzo nel procedimento arbitrale era, nell'impianto originario del codice, giustificata dall'idea dell'incompatibilità strutturale tra patto compromissorio e la sua estensione a soggetti terzi, in quanto l'attribuzione di una controversia gli arbitri, anziché ai giudici dello Stato, ha per suo presupposto lo specifico accordo contenuto della convenzione arbitrale e si giustifica quindi sulla base del consenso delle parti a sottrarre la controversia alla giurisdizione. In tale contesto, poche erano le motivate opinioni dissenzienti (RICCI, *Il lodo rituale di fronte ai terzi*, in *Riv. Dir. proc.* 1989, pp. 655 ss.; FAZZALARI, *Le difese del terzo rispetto al lodo rituale*, in *Riv. Arb.*, 2002, pp. 613 ss.) che, proprio in ragione dell'equiparazione tra lodo arbitrale e sentenza, suggerivano invece la piena compatibilità di alcune forme tipiche di intervento anche con l'arbitrato. È seguita la netta virata del legislatore societario che, con l'art. 35 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, ha stabilito che in materia societaria l'intervento nel procedimento

dell'efficacia soggettiva della clausola compromissoria nelle ipotesi di trasferimento delle posizioni soggettive cui la clausola accede.

La questione, in particolare, ha interessato in numerose occasioni la giurisprudenza che ha adottato soluzioni diverse in relazione alle posizioni che, di volta in volta, si facevano valere. Così, ha avuto modo di affermare l'opponibilità della clausola arbitrale stipulata dal *de cuius* all'erede¹⁸⁷, ma non al legatario¹⁸⁸; l'inopponibilità al garante della clausola convenuta nel rapporto principale¹⁸⁹; l'inopponibilità al curatore fallimentare della clausola convenuta dal fallito¹⁹⁰ e, per quel che più interessa, ha manifestato diversi orientamenti in merito alla cessione del contratto e alla cessione del credito.

La definizione dell'ambito soggettivo del patto compromissorio deve partire dalla esatta comprensione del confine parti-terzi.

Al riguardo, la dottrina¹⁹¹ afferma che vincolati dalla convenzione arbitrale sono innanzitutto coloro che hanno stipulato il patto compromissorio: in particolare, la nozione è comune al compromesso, alla convenzione arbitrale non contrattuale e alla clausola compromissoria, non potendo fare automatico riferimento, per quest'ultima, alle parti del contratto cui la clausola stessa si riferisce.

Infatti, ben potendovi essere una differenza tra parti del contratto e parti della clausola compromissoria il nesso con il contratto principale riguarda unicamente le situazioni sostanziali, le «controversie» che si vogliono porre a presupposto del patto compromissorio: pertanto il suddetto contratto potrà costituire un valido riferimento per

arbitrale non sia stato bandito, ma anzi che «*Nel procedimento arbitrale promosso a seguito della clausola compromissoria di cui all'articolo 34, l'intervento di terzi a norma dell'articolo 105 del codice di procedura civile, nonché l'intervento di altri soci a norma degli articoli 106 e 107 dello stesso codice è ammesso fino alla prima udienza di trattazione*». Aperta la via alla regolamentazione dell'istituto, anche il legislatore dell'ultima novella ha preso posizione in materia, ancora una volta in netta antitesi con la scelta legislativa appena ricordata. Per l'arbitrato di diritto comune la regola stabilita dall'art. 816-*quinquies* è, infatti, quella che l'intervento del terzo, sia volontario che coatto, sono ammessi con l'accordo non solo del terzo, ma anche di tutte le parti originarie dell'arbitrato, arbitri compresi, codificando così l'opinione tradizionale richiamata in precedenza. A questa regola fanno espressa eccezione l'intervento volontario regolato dall'art. 105, comma 2, c.p.c., nonché l'intervento del litisconsorte necessario e quello del successore a titolo particolare nel diritto controverso, che sono sempre ammessi, i primi due per espressa disposizione del secondo comma della norma in questione, l'ultimo grazie al richiamo dell'art. 111 c.p.c.

¹⁸⁷ Cass., 22 giugno 1992, n. 3784; Cass., 28 marzo 1969, n. 1011.

¹⁸⁸ Cass., 27 luglio 1990, n. 7597, in *Riv. Arb.* 1992, p. 269.

¹⁸⁹ Cass., 9 maggio 1979, p. 2650.

¹⁹⁰ Cass., 20 marzo 1965, n. 462.

¹⁹¹ ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, cit., pp. 244 ss.

individuare non la «parte» del patto compromissorio ma la «giusta parte» secondo l'insegnamento della dottrina processualistica¹⁹².

In tale prospettiva, quindi, i terzi rispetto alla convenzione arbitrale sono coloro i quali non sono parte - né formale né sostanziale¹⁹³ - della convenzione stessa, che in applicazione della regola generale di cui all'art 1372 c.c. non possono risentire di alcun effetto prodotto dalla convenzione stessa.

Tuttavia, particolari considerazioni devono essere svolte per quei terzi che sono titolari di un rapporto connesso a quello compromesso in arbitri; mentre per i terzi titolari di rapporti giuridici differenti da quello devoluto ad arbitri vale, senza eccezione, il principio di relatività.

Al fine di ammettere la possibilità di estendere l'efficacia del patto compromissorio al terzo titolare del rapporto dipendente da quello compromesso in arbitri, una importante dottrina¹⁹⁴, in tempi non troppo recenti, evidenziava l'importanza di verificare l'intensità del nesso di dipendenza.

Così, se il nesso di dipendenza è di intensità tale da far sì che il negozio stipulato tra le parti del rapporto principale abbia efficacia riflessa sul rapporto dipendente, allora deve ammettersi che il titolare di quest'ultimo sia assoggettato a tutte le clausole del negozio, tra le quali il patto compromissorio, a prescindere dalla circostanza che quest'ultimo abbia una sua autonomia. E' il caso, secondo tale dottrina, della successione *mortis causa* (ove vi è un subingresso nella universalità dei rapporti a prescindere dal consenso dell'altra parte), della cessione del credito (ove il cessionario subentra in tutti i patti a prescindere dalla volontà del debitore ceduto, art. 1260 c.c.) e di tutti gli altri fenomeni di subingresso nella posizione giuridica altrui o per successione o per cessione, nei quali si origina una sfera giuridica soggettiva di efficacia del patto oltre il soggetto che lo ha perfezionato, nei confronti del cessionario o del successore¹⁹⁵.

¹⁹² ZUCCONI GALLI FONSECA, op.cit.

¹⁹³ Il concetto di parte, infatti, deve essere precisato nel senso che lo stesso ricomprenda sia il rappresentante che il rappresentato, sia l'eletto nell'ipotesi del contratto per persona da nominare.

¹⁹⁴ CECHELLA, *I limiti soggettivi di efficacia del patto compromissorio*, in *Corr. Giur.*, 1995, n. 12, pp. 1373 ss.

¹⁹⁵ L'A. manifesta qualche dubbio in relazione all'ipotesi della cessione del contratto, non tanto per l'autonomia della clausola compromissoria, quanto per la circostanza che il subentro in tutti i patti è in questo caso condizionato dal consenso del contraente ceduto, ciò che impone tra ceduto e cessionario la stipula di un vero e proprio negozio giuridico. Il rilievo della volontà del contraente ceduto, pertanto,

Nel caso, invece, in cui tra i rapporti vi sia una connessione, anche di pregiudizialità dipendenza, ma priva di rilievo sostanziale, il compromesso stipulato tra le parti del rapporto pregiudiziale non può vincolare il terzo titolare del rapporto pregiudicato: così il rapporto di garanzia rispetto al rapporto principale.

Una dottrina più recente¹⁹⁶, invece, ritiene che, al fine di verificare se vi siano casi eccezionali in cui si realizza una vera e propria estensione del vincolo compromissorio a terzi, decisiva è l'enucleazione del concetto di legittimazione a compromettere, in base al quale non soltanto può stipulare un patto compromissorio colui che si afferma titolare di un diritto, bensì anche colui che, pur non affermandosi tale, è legittimato a disporre.

Secondo tale impostazione, quindi, si deve distinguere tra un legittimato *ordinario* a compromettere, vale a dire il titolare della situazione sostanziale dedotta come presupposto del patto compromissorio; e un legittimato *straordinario*, vale a dire colui che, pur non essendo titolare della situazione sostanziale dedotta come presupposto del patto compromissorio, è fornito del potere di disporre.

Come anticipato, tali teorie assumono decisiva importanza al fine di stabilire le conseguenze applicative della circolazione della clausola compromissoria nelle ipotesi della cessione del contratto e della cessione del credito, pertanto si ritiene di poter rinviare la loro completa esposizione ai capitoli successivi in cui si affronteranno specificamente i problemi in questione.

In questa sede, invece, appare utile rilevare che un particolare regime di efficacia della clausola compromissoria può rinvenirsi nell'ambito dell'arbitrato societario, per il quale l'art. 34, comma 1, del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 prevede la possibilità di inserimento della clausola compromissoria negli atti costitutivi della società di persone, ovvero di capitali, ad eccezione di quelle che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio a norma dell'art. 2325-*bis* c.c., al fine di devolvere ad arbitri alcune o tutte le controversie insorgenti tra i soci ovvero tra i soci e la società, che abbiano ad oggetto i diritti disponibili relativi al rapporto sociale.

La disposizione appena citata, infatti, nello stabilire che la clausola compromissoria è vincolante per la società e per tutti i soci, consente comunque di

esclude la dipendenza c.d. permanente che è alla base dell'efficacia *ultra partes* del patto compromissorio.

¹⁹⁶ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Commento all'art. 806*, cit., p. 51.

ritenere non necessario, ai fini dell'assoggettamento dei nuovi soci al vincolo compromissorio, che l'atto negoziale dal quale deriva l'acquisto della qualità di socio contenga una *relatio* alla clausola statutaria¹⁹⁷.

7. La capacità di convenire la clausola compromissoria.

La dottrina¹⁹⁸ sopra richiamata che evidenzia l'importanza dell'enucleazione del concetto di legittimazione a compromettere - sulla cui base si deve ritenere che legittimato a compromettere sia, in via ordinaria, il titolare del diritto in contesa¹⁹⁹ - consente di svolgere qualche breve considerazione in merito alla capacità di convenire la clausola compromissoria.

Si è già detto, all'inizio del presente capitolo, che era volontà del legislatore delegante individuare un unico criterio di capacità a disporre per tutte le *species* di convenzione arbitrale.

Già dal tenore della delega, per la verità, si avvertiva una inesatta sovrapposizione di due distinti concetti: la capacità a compromettere che rappresenta l'idoneità astratta del soggetto stipulare una convenzione arbitrale; la legittimazione a compromettere, che integra il potere in concreto di vincolare un dato diritto soggettivo alla soluzione arbitrale della sua eventuale incertezza²⁰⁰.

Tenendo ben presente tale distinzione, deve rilevarsi che, in relazione alla idoneità astratta di un soggetto a compromettere in arbitri, la giurisprudenza²⁰¹, con riferimento alla disciplina anteriore alla legge n. 25/1994, riteneva che, in considerazione del

¹⁹⁷ A sostegno di tale affermazione può evidenziarsi che esigenze di parità di trattamento all'interno del gruppo sociale impediscono di ritenere che la qualità di socio possa essere acquisita da un soggetto che rifiuti di assoggettarsi al vincolo promanante dalla clausola compromissoria contenuta nello statuto sociale; sul tema, v. RUFFINI, *Il nuovo arbitrato per le controversie societarie*, in *Riv. Trim. proc. Civ.*, 2004, pp. 515 ss.; *contra* BOVE, *L'arbitrato nelle controversie societarie*, in *Giust. Civ.*, 2003, II, pp. 481 ss.; MAJORANO A., in AA. VV., *I procedimenti in materia commerciale. Commento sistematico al D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 e successive modificazioni e integrazioni*, a cura di G. COSTANTINO, Padova, 2005, sub art. 34, p. 775.

¹⁹⁸ ZUCCONI GALLI FONSECA, op. cit.

¹⁹⁹ L'art. 806, nella sua nuova veste di modello di riferimento dell'interno *genus* delle convenzioni arbitrali, rappresenta la norma-chiave: esso impone la coincidenza fra il potere di compromettere e la titolarità della «controversia», fissando così il requisito della legittimazione a compromettere nella - affermata - titolarità del diritto in contesa. Per la clausola compromissoria contrattuale vi è l'ulteriore previsione dell'art. 808. Da tale norma, infatti, si estrapola il criterio straordinario di legittimazione a compromettere: se il soggetto non sia titolare del diritto, egli può compromettere ove abbia il potere di disporre di quel diritto.

²⁰⁰ ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, cit. pp. 80 ss.

²⁰¹ Cass., 30 agosto 1995, n. 9162; Lodo Roma 22 gennaio 1981.

carattere autonomo della clausola compromissoria rispetto al contratto al quale si riferisce, il potere di stipularla non potesse ritenersi compreso nelle facoltà necessarie per l'espletamento del mandato che il rappresentato abbia conferito rappresentante per la stipula del contratto.

La novella del 1994, invece, distingue -almeno apparentemente - tra compromesso e clausola compromissoria: mentre per il primo si faceva espresso riferimento agli atti di straordinaria amministrazione, per la seconda si attuava un collegamento stretto con il contratto cui si riferisce (è stato introdotto il principio, oggi contenuto nel comma 2 dell'art. 808, secondo il quale il potere di stipulare il contratto comprende anche il potere di convenire la clausola compromissoria).

In altri termini, il compromesso era sempre atto di straordinaria amministrazione, a prescindere dalla natura delle situazioni soggettive in gioco; la clausola compromissoria, invece, era atto «neutro», la cui natura scaturiva direttamente dall'operazione contrattuale.

In realtà, un'acuta dottrina aveva già messo in luce la relatività del concetto di straordinaria amministrazione, che va correttamente riferita alla pertinenza rispetto ad una determinata gestione. Cosicché, se la lite si riferisce a diritti che rientrano in una determinata sfera di competenze, colui che ha la capacità di operare in quel campo, la ha anche con riguardo alla scelta arbitrale²⁰².

Per effetto della riforma, il richiamo agli atti di straordinaria amministrazione viene espunto dall'art 807, con la conseguenza che non vi può essere più spazio per simili considerazioni. Nulla si dice, dunque, circa la capacità a compromettere con riferimento al compromesso, né una particolare disciplina della capacità si trova con riferimento alla convenzione arbitrale extracontrattuale.

Per quanto riguarda, invece, la clausola compromissoria contrattuale, rimane il nesso al contratto cui si riferisce, attraverso l'inciso finale, rimasto inalterato, del comma 2 dell'art. 808, che parla, impropriamente, solo del «potere» di concludere la clausola, ma va esteso anche alla capacità²⁰³.

In questo quadro normativo – lacunoso, nonostante i dettami della legge delega – occorre estrapolare un criterio di capacità per le ipotesi non disciplinate.

²⁰² MIRABELLI, *La capacità a compromettere*, in *Riv. Arb.*, 1994, p. 221.

²⁰³ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Commento all'art. 807*, cit., pp. 130-133.

In tale contesto, potrebbe ritenersi che la modifica dell'articolo 807 stia a significare o che il compromesso è sempre atto di ordinaria amministrazione, a prescindere dalla situazione soggettiva cui si riferisce; oppure che occorre valutare se il soggetto abbia la capacità in relazione al rapporto giuridico devoluto ad arbitri²⁰⁴.

Tale ultima soluzione è quella generalmente accolta dalla dottrina²⁰⁵ sulla base delle seguenti considerazioni.

In primo luogo, il codice civile continua a contemplare ipotesi nelle quali al compromesso non è riservato il trattamento degli atti di ordinaria amministrazione; in secondo luogo, la convenzione arbitrale è negozio di «secondo grado», non perché incida su altro negozio ma perché rappresenta l'esercizio di un diritto – potestativo – che spetta ciascun singolo di optare per la soluzione arbitrale circa l'incertezza su un dato diritto soggettivo sostanziale. È logico perciò ritenere che colui che sia capace rispetto al suddetto diritto soggettivo, sia anche capace di scegliere lo strumento di soluzione della relativa lite²⁰⁶.

La regola vale per la stipula di compromessi, per la stipula di convenzioni arbitrali nei rapporti extracontrattuali e, a maggior ragione, per le clausole compromissorie in virtù dell'espressa previsione dell'art. 808, che assurge così al ruolo di regola generale (e fatti salvi i casi in cui la legge stabilisce un regime di capacità speciale).

8. La forma della clausola compromissoria.

L'art. 808 c.p.c. nella formulazione *ante* l. 25/1994 imponeva per la clausola compromissoria – al pari dell'art. 807 per il compromesso – la forma scritta “a pena di nullità”.

Si riteneva che si trattasse di un requisito formale imposto *ad substantiam actus* (v. art. 1325, n. 4, c.c.)²⁰⁷, il che comportava l'impossibilità di provare l'esistenza della clausola compromissoria con mezzi diversi dall'atto scritto incorporante il patto stesso, fatta salva la facoltà, per chi abbia incolpevolmente preso il documento (artt. 2724, n. 3, c.c.), di dimostrare attraverso testimoni (art. 2725, comma 2, c.c.), presunzioni (art.

²⁰⁴ VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, cit., p. 53.

²⁰⁵ ZUCCONI GALLI FONSECA, cit., p. 132, PUNZI, *Il processo civile*, III, Torino, 2008, pp. 166 ss.; LUISO, SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, 2006, pp. 253 ss.

²⁰⁶ ZUCCONI GALLI FONSECA, op. cit.

²⁰⁷ PICARDI, *La forma della convenzione arbitrale*, in DEODATO (a cura di), *Atti del seminario. L'arbitrato a tre anni dalla legge n. 28 del 1983*, Milano, 1987, p. 42; SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., p. 164; Cass., 15 novembre 1997, n. 11318.

2729, comma 2, c.c.), giuramento decisorio e confessione, che il contratto è stato stipulato per iscritto.

È stato affermato²⁰⁸ che la prescrizione di forma mira, tramite la certezza dell'esistenza della convenzione, a garantire un rapido svolgimento del processo. La sua *ratio* si fonda, cioè, sull'esigenza - comune alla disciplina dei patti di deroga della competenza (art. 29, comma 1, c.p.c.) - di evitare, per quanto possibile, complicate istruttorie per accertare il giudice competente, e di favorire così la celere soluzione nel merito della lite.

Nel testo attuale della norma permane il richiamo alla disciplina del compromesso, non più articolato in comma, ma genericamente riferito all'art. 807: non viene, quindi, sciolto il dubbio circa la necessità della forma scritta *ad substantiam*, ovvero *ad probationem*, dato che la norma in questione continua a stabilire che la clausola arbitrale "deve risultare" da atto scritto.

Di fronte a tale modifica normativa, mentre la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie continuano generalmente a ripetere che anche la clausola compromissoria, al pari del compromesso, deve avere forma scritta *ad substantiam actus*²⁰⁹, vi è chi fondatamente dubita che il nuovo testo possa reggere siffatta conclusione, e afferma che per la clausola compromissoria la forma sia invece oramai richiesta *ad probationem tantum*²¹⁰.

La giurisprudenza, pur ritenendo che il requisito della forma scritta sia richiesto *ad substantiam* per la validità della clausola compromissoria, ha precisato che lo stesso non postula indefettibilmente che la volontà contrattuale sia espressa in un unico documento, avuto riguardo alla autonomia di detta clausola rispetto al contratto cui essa accede²¹¹.

Conseguentemente, la giurisprudenza ammette la manifestazione della volontà compromissoria attraverso la *relatio* ad un documento nella quale la stessa sia contenuta, a condizione che anche la clausola sia specificamente richiamata o risulti

²⁰⁸ FESTI, *La clausola compromissoria*, cit., p. 994.

²⁰⁹ CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino, 2005, p. 51; FERRO, *La clausola compromissoria*, cit., pp. 643 ss.; VERDE, *Diritto dell'arbitrato*, cit., p. 75; Cass. n. 1989/2000; Cass. n.1541/1999; Cass. n. 2411/1991.

²¹⁰ PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., pp. 190 ss.; RUFFINI, *La nozione di clausola compromissoria*, cit., p. 429.

²¹¹ Cass., 24 luglio 2007, n. 16332; Cass., 2 luglio 2007, n. 2256; Cass., 19 dicembre 200, n. 15941.

comunque in maniera inequivocabile la volontà di compromettere (la c.d. *relatio perfecta*)²¹².

Viceversa, qualora il rinvio sia generico, richiamandosi semplicemente il documento che contenga la clausola stessa, il requisito della forma scritta non può ritenersi soddisfatto²¹³.

Infine, vale la pena ricordare che, a norma degli artt. 1341 e 1342 c.c., non hanno effetto se non sono esplicitamente approvate per iscritto le clausole compromissorie contenute nelle condizioni generali di contratto o nei moduli predisposti da uno dei contraenti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali²¹⁴.

La mancata specifica approvazione per iscritto determina secondo la giurisprudenza, coerentemente all'orientamento in tema di clausole onerose e nonostante il tenore letterale dell'articolo 1341, comma 2, c.c., non la semplice inefficacia, ma la nullità della clausola stessa²¹⁵, che, peraltro, secondo il nuovo art. 817, deve essere rilevata dalla parte nella prima difesa e non, come si era in precedenza ritenuto, d'ufficio²¹⁶.

All'interno della tematica della manifestazione del consenso può ricondursi anche il problema dell'opzione su clausola compromissoria, ovvero la c.d. clausola compromissoria unilaterale, che si caratterizza per il vincolo imposto ad una sola delle parti, secondo il meccanismo previsto dall'art. 1331 c.c. - mentre l'altra resterebbe libera di adire alla proposta irrevocabile, o di rivolgersi all'autorità giudiziaria ordinaria.

Parte della dottrina²¹⁷ e una risalente giurisprudenza²¹⁸ appaiono favorevoli all'ammissibilità di tale accordo, mentre alcuni interpreti hanno espresso obiezioni, in particolare con riferimento allo stato di pendenza che ci determinerebbe in attesa che la parte beneficiata sciogla la riserva, con conseguente squilibrio tra i contraenti²¹⁹.

In tempi più recenti, si è affermato²²⁰ che, a ben vedere non ci sono ostacoli concettuali all'applicazione dell'art. 1331 c.c. alla convenzione arbitrale: ovviamente,

²¹² Cass., 21 giugno 2000, n. 8420; Cass., 21 aprile 1999, n. 3929.

²¹³ Cass., S.U., 19 maggio 2009, n. 11529.

²¹⁴ Cass., 23 maggio 2006, n. 12153; Cass., 24 settembre 1996, n. 8407.

²¹⁵ Diversa è l'ipotesi della clausola inserita in un contratto concluso tra consumatore e professionista.

²¹⁶ Cass., S.U., 12 giugno 1997, n. 5292; Cass., 15 febbraio 1995, n. 1606.

²¹⁷ FESTI, *La clausola compromissoria*, cit., p. 22; FERRO, *Il compromesso*, cit., pp. 589 ss.; VERDE, *Dell'arbitrato*, cit., p. 72.

²¹⁸ Cass. 19 ottobre 1960, n. 2837; Cass. 22 ottobre 1970, n. 2096.

²¹⁹ ANDRIOLI, *Comm. al c.p.c.*, cit., p. 779.

²²⁰ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Commento all'art. 806*, cit., p. 81

sembra essenziale che, una volta riconosciuta l'ammissibilità, il patto di opzione sia di tale tenore da non lasciare il proponente in uno stato di perdurante incertezza sul mezzo di tutela giurisdizionale; in difetto, è lo stesso art. 1331 c.c. ad offrire la soluzione prevedendo il ricorso al giudice.

È bene precisare che nulla ha a che fare con l'ipotesi precedente la configurabilità di un preliminare di convenzione arbitrale. Al riguardo, si può rilevare che, in linea generale, la funzione del contratto preliminare è quella di vincolare immediatamente le parti, le quali abbiano raggiunto l'accordo sugli elementi essenziali del contratto, rimandando ad un momento successivo la stipula del definitivo, anche per accertare se la situazione giuridica e di fatto dell'oggetto o dei soggetti rendano probabile una regolare esecuzione del contratto stesso.

Non sembra, tuttavia, che tale scopo possa essere perseguito mediante la stipula di un preliminare di convenzione arbitrale. L'oggetto del patto compromissorio non necessita, infatti, di particolari indagini da parte dei compromettenti, i quali hanno inoltre il pieno potere di costringere la rispettiva controparte alla integrale esecuzione della convenzione arbitrale.

In ragione di ciò, l'eventuale accordo con i quali soggetti si obblighino a stipulare in futuro una convenzione arbitrale risulta non solo inutile, ma anche criticabile sotto il profilo della meritevolezza degli interessi perseguiti²²¹. La conclusione di un patto compromissorio preliminare costringerebbe la parte che intendesse far valere una sua pretesa ad adire, prima, il giudice ordinario, per ottenere una sentenza che «produca gli effetti del contratto non concluso» (art. 2932 c.c.), con la conseguenza di trasformare una convenzione ideata per consentire una soluzione agile e veloce delle liti in uno strumento ingiustificatamente laborioso.

9. L'interpretazione della clausola compromissoria.

In conclusione di questa prima parte dell'indagine sulla circolazione della clausola compromissoria, occorre trattare della questione relativa all'interpretazione della clausola arbitrale.

Al riguardo, deve evidenziarsi che sull'interpretazione della clausola compromissoria si è riflesso, in misura maggiore di quanto è avvenuto in relazione al

²²¹ FESTI, *La circolazione della clausola compromissoria*, cit., pp. 864-866.

compromesso, quell'atteggiamento di *sfavor* verso l'arbitrato, più volte evidenziato nella trattazione.

Spesso, infatti, è dato rinvenire in dottrina²²² e giurisprudenza²²³ un vero e proprio canone interpretativo, che si suppone specifico dell'accordo compromissorio, secondo il quale l'accertamento della volontà negoziale, nell'ambito del patto arbitrale, dovrebbe essere orientato secondo un criterio «restrittivo»: cioè, come si ripete usualmente, dovrebbe venire in considerazione il generale principio di eccezionalità della deroga alla cognizione dell'autorità giudiziaria ordinaria.

«Poiché il deferimento di una controversia al giudizio degli arbitri comporta una deroga alla giurisdizione del giudice naturale dello Stato, in caso di dubbio in ordine all'interpretazione della portata della clausola compromissoria, deve preferirsi un'interpretazione restrittiva di essa e affermativa della giurisdizione statale»²²⁴.

Si sottolinea, in particolare, che l'interpretazione della clausola compromissoria deve essere compiuta in senso restrittivo, avendo riguardo alla comune intenzione delle parti, che può desumersi anche *aliunde* e non va limitata al significato letterale delle parole, non avente valore decisivo e determinante²²⁵.

In questa prospettiva, la clausola compromissoria subisce spesso l'imposizione di limiti in ordine alla sua portata, oggettiva e soggettiva, e circa la competenza degli arbitri, in verità del tutto estranei a quanto risulta da una corretta e regolare interpretazione della volontà delle parti.

Sotto un diverso punto di vista, poi, l'interpretazione cosiddetta «restrittiva» della clausola arbitrale gioca un ruolo determinante nel caso in cui dovesse dubitarsi se la volontà delle parti sia volta alla stipulazione di un arbitrato rituale o di un arbitrato libero: in questo caso, si osserva, l'incertezza dovrebbe essere risolta nel senso della irritalità in base, sempre, al criterio di maggior favore con cui dovrebbe essere

²²² SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., p. 116; VECCHIONE, *L'arbitrato*, cit., p. 213; REDENTI, *Diritto processuale civile*, cit., p. 461.

²²³ Cass., 26 maggio 1989, n. 2538, in *Mass. Foro it.*, 1989, p. 370; Cass., 24 ottobre 1979, n. 5562, ID., 1979, p. 1119; Cass., 13 ottobre 1975, n. 3275, ID., 1975, p. 780; Cass., 3 dicembre 1974, n. 3943, ID., 1974, p. 885.

²²⁴ Cass. n. 13830/2004, nella specie, ha confermato la sentenza di merito che aveva escluso che contenesse la previsione di un arbitrato rituale una clausola contrattuale che limitava il potere cognitivo dell'arbitro alle sole vertenze relative all'interpretazione del contratto, con facoltà dell'arbitro di richiedere pareri non vincolanti ad esperti di sua scelta tenendo conto di una lettera in cui l'arbitro designato aveva escluso che l'incarico potesse riguardare la definizione di insorgente controversia.

²²⁵ Cass., 26 maggio 1989, n. 2538, cit.

riguardata la cognizione dell'autorità giudiziaria ordinaria, istituzionalmente preposta alla definizione delle private controversie e vulnerata in misura maggiore dalla scelta dell'arbitrato rituale piuttosto che da quella dell'arbitrato irrituale²²⁶.

Con riferimento all'interpretazione del patto arbitrale, autorevole dottrina aveva ritenuto che, sulla base di principi generali, era possibile delineare un criterio ermeneutico, per quanto riguarda il contratto compromissorio in generale, di segno nettamente opposto rispetto a quello adottato da dottrina e giurisprudenza maggioritaria sulla base delle suddette – erranee – premesse concettuali: «l'applicazione dei criteri di interpretazione del contratto, come la necessità di non limitarsi al senso letterale (art. 1362, comma 1, c.c.), e alle indicazioni esemplificative (art. 1365 c.c.), il principio di conservazione del contratto (art. 1367 c.c.) e l'applicazione delle pratiche generali interpretative, suggeriscono al contrario un criterio estensivo nella interpretazione della volontà compromissoria e nella individuazione dei limiti interni all'oggetto dell'arbitrato»²²⁷.

Tale indicazione sembra essere stata, oggi, recepita dall'art. 808-*quater* che, nel disciplinare l'interpretazione della convenzione di arbitrato, prevede che «nel dubbio, la convenzione di arbitrato si interpreta nel senso che la competenza arbitrale si estende a tutte le controversie che derivano dal contratto o dal rapporto cui la convenzione si riferisce».

Tale disposizione, in quanto diretta a fissare i criteri che l'interprete deve seguire nell'interpretazione della convenzione d'arbitrato, è applicabile anche con riferimento alla clausola compromissoria, quale *species* della convenzione arbitrale.

La norma, in particolare, fissa uno specifico criterio esegetico che si va ad aggiungere a quelli, sempre applicabili, relativi alla interpretazione dei contratti in generale di cui agli artt. 1362 ss. c.c.

Ci si può chiedere, quindi, se essa valga ad escluderne o ad assorbire qualcuno²²⁸.

L'utilizzo della locuzione «nel dubbio» nell'*incipit* della norma, fa pensare che l'interpretazione della convenzione arbitrale vada condotta, primariamente, secondo i criteri di ermeneutica cosiddetta soggettiva in particolare, l'art. 1362 c.c., ai sensi del

²²⁶ Cass., 24 luglio 1997, n. 6928; Cass., 14 luglio 1997, n. 6356; Cass., 22 dicembre 1993, n. 12703; Cass., 18 novembre 1992, n. 12346; Cass., 27 febbraio 1991, n. 2132.

²²⁷ CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., p. 37.

²²⁸ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Commento all'art. 808-quater*, in *Arbitrato*, cit., p. 187.

quale il contratto va interpretato secondo la comune intenzione delle parti e il comportamento anche successivo alla conclusione del contratto²²⁹.

In tal senso, secondo un orientamento, si deve tener conto del comportamento processuale delle parti durante il giudizio arbitrale²³⁰.

Resta poi sempre, come canone ermeneutico fondamentale, la buona fede di cui all'art. 1366 c.c., da utilizzare anche in presenza della novità normativa, poiché rappresenta un generale criterio ispiratore anche nella interpretazione soggettiva.

Al fine di definire l'ambito applicativo della disposizione di cui all'art. 808-*quater*, parte della dottrina²³¹ ha preso in considerazione innanzitutto il problema interpretativo connesso alla stessa scelta arbitrale.

In altri termini, ci si è chiesti se la norma in esame possa essere invocata per risolvere quei casi in cui si pone il problema di capire se le parti abbiano voluto scegliere l'arbitrato o abbiano invece preferito la via statale per la soluzione dei loro conflitti. Accade, ad esempio, che in un contratto, accanto alla volontà compromissoria vi siano clausole contraddittorie, come la deroga al foro competente, che possono inficiare la scelta arbitrale compiuta dalle parti.

La dottrina²³², a questo proposito ha criticato l'orientamento della giurisprudenza di legittimità, incline a ritenere sempre e comunque prevalente la volontà di adire l'autorità giudiziaria, senza indagare se sia possibile far convivere entrambe le scelte o valutare la clausola regolante il processo statale come «clausola di chiusura» in caso di estinzione del patto compromissorio.

Laddove non si ritenesse applicabile l'articolo 808-*quater* all'ipotesi appena descritta, il richiamo dei canoni di interpretazione soggettiva di cui si è detto, unitamente al principio di conservazione espresso dall'art. 1367 c.c., che per taluno rientrerebbe addirittura nei criteri ermeneutici di natura soggettiva²³³, consentirebbero tutt'al più la coesistenza tra i due strumenti, giudiziale ed arbitrale, attraverso eventualmente, il frazionamento delle liti.

²²⁹ Cass., 21 settembre 2004, n. 18197, in *Riv. Arb.*, 2006, pp. 82 ss., con nota di MOTTO, *In tema di clausola compromissoria: forma, oggetto, rilevanza del comportamento delle parti.*

²³⁰ Lodo Trieste, 16 luglio 1999, in *Riv. Arb.*, 2002, pp. 123 ss.

²³¹ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Commento all'art. 808 quater*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., p. 103.

²³² LUISO, *Clausola compromissoria e clausola di deroga della competenza territoriale*, in *Riv. Arb.*, 2003, pp. 75 ss.

²³³ OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Bologna, 1943, pp. 24 ss.

L'applicazione dell'art 808-*quater*, invece, comporterebbe la prevalenza della scelta arbitrale rispetto ad eventuali clausole contrastanti, a meno che non risulti l'inequivoca volontà di riservare al giudice statale una parte delle liti.

Ad onor del vero, il tenore letterale dell'art. 808-*quater* non sembra, però, rivolgersi all'ipotesi considerata, in cui viene messa in dubbio la stessa scelta arbitrale compiuta dalle parti, riguardando piuttosto il diverso caso in cui in discussione sia l'ambito oggettivo delle liti devolute – pacificamente – agli arbitri²³⁴.

Tuttavia, si rileva che non si tratta dell'unica via interpretativa possibile, perché leggendo al di là dello stretto dato testuale, potrebbe avanzarsi l'idea che il legislatore voglia far prevalere la scelta arbitrale, - a condizione che sia validamente espressa, ovviamente - esprimendo normativamente la regola *in dubio pro arbitrato*.

Alla luce delle considerazioni sinora svolte, appare possibile affermare che non vi è dubbio che l'indirizzo primario della norma sia quello di risolvere i dubbi relativi all'ambito oggettivo delle liti evolute ad arbitri.

Il problema, quindi, si collega con quello relativo alla determinazione dell'oggetto della clausola compromissoria²³⁵ che si manifesta soprattutto in relazione alla possibilità di devolvere ad arbitri liti collegate al rapporto, ma non espressamente menzionate nella clausola stipulata dai contraenti.

Parte della giurisprudenza²³⁶ ha adottato un criterio estensivo, in coerenza del resto, con l'art. 1365 c.c.: ai sensi di quest'ultima norma, infatti, quando in una previsione pattizia si riportano casi a scopo esemplificativo, non sono esclusi quelli non menzionati, secondo un criterio di ragionevolezza.

L'art. 806-*quater*, in un certo senso, estende l'ambito applicativo dell'art. 1365 c.c., attribuendo ragionevolezza *ex lege* ai casi in cui le parti non abbiano menzionato alcuni aspetti del rapporto giuridico complesso, e non emergano dal contesto dell'atto elementi certi a favore della volontà di escludere detti casi dall'ambito compromissorio.

L'art. 808-*quater* va, però, oltre rispetto all'art. 1365 c.c., in quanto non richiede l'enunciazione delle liti a scopo esemplificativo («un caso al fine di spiegare un patto»), ma si applica anche quando le parti si siano limitate ad elencare una serie di future

²³⁴ ZUCCONI GALLI FONSECA, op. cit.

²³⁵ che è stato affrontato nel paragrafo 4.

²³⁶ Cass., 22 dicembre 2005, n. 28485; Cass., 2 febbraio 2001, n. 1496; Cass., 22 febbraio 1993, n. 2177.

controversie, non menzionandone alcune, pur sempre attinenti al rapporto cui si riferisce il patto compromissorio.

Tale operazione estensiva, però, trova un limite nel «contratto» o nel «rapporto» cui la convenzione arbitrale si riferisce, con la conseguenza che tale limite deve essere inteso, con riferimento alla clausola compromissoria contrattuale, nel senso che l'estensione opera con riguardo a tutti rapporti giuridici (diritti, poteri e obblighi) scaturenti dal contratto, presenti e futuri – anche a prescindere dalla stretta riconducibilità alla *causa petendi* diretta del contratto-.

Così, nel ribadire quanto precedentemente affermato, si deve ritenere che la clausola compromissoria sia in grado di coprire le liti riguardanti la validità, l'efficacia, l'esecuzione, l'interpretazione, la risoluzione, la rescissione del contratto, anche in mancanza di espressa specificazione, con un unico limite: che, dal tenore della clausola medesima, o dall'applicazione dei criteri ermeneutici soggettivi, non emerga l'inequivoca volontà di escludere detti diritti dall'ambito della scelta arbitrale²³⁷.

Tale disposizione, inoltre, viene invocata anche per superare alcuni dei problemi interpretativi che si pongono in relazione alla determinazione dei limiti oggettivi della convenzione arbitrale nelle ipotesi di collegamento negoziale²³⁸.

Per quanto concerne, infine, il diverso aspetto prima evidenziato, circa l'interpretazione della clausola compromissoria al fine di stabilire la volontà delle parti fosse volta la stipulazione di un arbitrato rituale o di un arbitrato libero, deve ritenersi che le soluzioni adottate da dottrina a giurisprudenza²³⁹, siano ormai superate dalla previsione di cui all'art. 808-ter c.p.c. che richiede che la scelta dell'arbitrato libero o irrituale sia manifestata con «disposizione espressa per iscritto».

²³⁷ DE NOVA, *Disciplina legale dell'arbitrato e autonomia privata*, in *Riv. Arb.*, 2006, p. 429.

²³⁸ V. par. 4.2, nota n. 121.

²³⁹ La giurisprudenza ha elaborato “spie” o indici sintomatici della ritualità o meno, prevedendo che «non è elemento decisivo della distinzione il conferimento agli arbitri del potere di decidere come *amichevoli compositori*, potendo le parti autorizzare anche gli arbitri rituali a decidere secondo equità» (Cass., 27 giugno 1988, n. 4336), e che «non è decisiva la qualifica di inappellabile data alla decisione degli arbitri, dal momento che anche nell'arbitrato rituale è prevista la non impugnabilità del lodo (ex art. 829, ultimo comma, c.p.c.)» (Cass., 4 ottobre 1994, n. 8705).

CAPITOLO II

LA SUCCESSIONE NEL RAPPORTO COMPROMISSORIO

SOMMARIO: 1. Il concetto di successione nelle situazioni giuridiche; 1.1 La successione nelle posizioni giuridiche correlate; 1.2 Il fondamento consensuale del rapporto compromissorio; 2. Le ipotesi di successione nel rapporto compromissorio; 2.1 La successione *mortis causa* nel rapporto compromissorio; 2.2 Fusione, trasformazione e scissione di società; 2.3 Pagamento con surrogazione e azione surrogatoria; 2.4 La successione a titolo particolare.

1. Il concetto di successione nelle situazioni giuridiche.

Preliminare rispetto all'indagine sulle singole fattispecie che possono dar luogo al fenomeno della circolazione della clausola compromissoria, appare l'analisi della successione nel rapporto compromissorio, in quanto, a ben vedere, nelle ipotesi di circolazione che interessano il presente studio, viene sempre in rilievo un fenomeno di successione nel patto arbitrale.

In via generale, la successione in un rapporto giuridico si verifica, secondo la concezione tradizionalmente acquisita, quando un soggetto subentra ad un altro in quel rapporto, che rimane oggettivamente immutato¹.

Non essendo questa la sede per approfondire le diverse teorie elaborate in merito alla definizione del concetto di successione in un rapporto giuridico², occorre evidenziare che la comunanza oggettiva, nonché la continuità fra il rapporto del dante causa e del successore – cioè la non coesistenza temporale dei due rapporti³ – rappresentano una nota caratteristica, che influisce concretamente sul trattamento

¹ CARNEVALI, voce *Successione*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXX, Roma, 1989, p. 1.

² CARNELUTTI, *Appunti sulla successione nella lite*, in *Riv. Dir. proc. civ.*, 1932, p. 9, secondo cui la successione è il congegno «escogitato nei casi in cui le esigenze della vita reale premono per la continuità del regolamento. La nozione giuridica della successione non si spiega dunque con l'identità del rapporto e con il suo passaggio dall'uno o dall'altro soggetto, ma con una estensione nel secondo rapporto dell'efficacia dei fatti giuridici influenti sul primo». Alla tesi dell'illustre Autore aderisce anche PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2000, I, p. 553. Per ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Padova, 1992, pp. 135 ss., la successione è un tipico fenomeno di riflessione della cosa giudicata: l'esistenza del rapporto del successore è infatti condizionata dall'esistenza del dante causa. Questo presuppone però che i rapporti si concepiscano diversi e non l'uno la prosecuzione dell'altro. La critica che l'Allorio muove alla dottrina tradizionale è fondata sul fatto che si trascura il mutamento soggettivo, ai fini della diversità dei rapporti. PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, Napoli, 1964, p. 128, parla di rapporto di dipendenza di diritto sostanziale e, conformemente alla propria impostazione, ritiene di dover individuare volta per volta le norme positive che consentano l'efficacia dell'accertamento del rapporto del dante causa sul successore (sia particolare che universale). ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, Milano, 2004, p.410, ritiene la successione un fenomeno ibrido nel quale l'identità e la diversità convivono e l'una prevale sull'altra a seconda della concreta disciplina che il legislatore via via accorda, secondo una valutazione bilanciata degli interessi in gioco.

³ PROTO PISANI, *Opposizione di terzo*, cit., pp. 122 ss. mette in rilievo tale aspetto per distinguere la successione dalla incompatibilità tra diritti.

giuridico della fattispecie e deve essere messa in debito risalto⁴, come ha fatto la tradizionale dottrina privatistica⁵.

Per quanto riguarda specificamente la successione nel rapporto compromissorio, occorre evidenziare che tale ipotesi di successione assume connotazioni peculiari in virtù delle caratteristiche del patto arbitrale che, da un lato, presuppongono un particolare collegamento ad un determinato rapporto sostanziale, e dall'altro lato, hanno un imprescindibile fondamento consensuale.

Appare opportuno, quindi, esaminare distintamente le menzionate caratteristiche del patto arbitrale.

1.1. La successione nelle posizioni giuridiche correlate.

Per quanto concerne il peculiare collegamento ad un determinato rapporto sostanziale, che caratterizza il patto compromissorio anche in relazione alle ipotesi di successione nello stesso, possono richiamarsi le considerazioni svolte dalla più attenta dottrina in merito ai casi di successione in un diritto che si trova in una data correlazione giuridica rispetto ad un altro diritto.

Al riguardo, si è sostenuto che i diritti che tendono a conservare o attuare un altro diritto non siano singolarmente cedibili, ma il mutamento soggettivo possa operare soltanto in coppia (per esempio, diritto di prelazione, o di riscatto, rispetto al diritto di proprietà).

In particolare, si è parlato in tal senso di accessorietà (in senso atecnico, perché riguarderebbe tutti i diritti che permettono la conservazione, l'attuazione, la

⁴ ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, cit., p. 410: l'A. parte da tale prospettiva al fine di indagare sugli effetti della scelta arbitrale nei confronti del successore. A tal fine, distingue nelle fattispecie tipiche che danno luogo alla successione, come la cessione dei diritti, tra atto di cessione ed effetti: in particolare, l'A. afferma che per cogliere la natura e la funzione della successione la prospettiva dell'effetto sia quella più giusta, nonché quella sulla quale si è concentrato il legislatore italiano. Sotto questa prospettiva, allora, risulta chiaro che la successione opera non con riguardo all'atto, bensì con riguardo al rapporto giuridico che ne scaturisce (sul punto, proprio con riguardo alla convenzione arbitrale, si richiama PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2000, pp. 553 ss.), circostanza che assumerà particolare rilievo nel pensiero dell'A. in merito alla definizione della successione del patto compromissorio alla luce della sua autonomia.

⁵ SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1964, p. 89, secondo cui «l'affermazione dell'identità del rapporto modificato ha un valore non speculativo ma pratico: essa vuole indicare la compatibilità della modificazione con la continuazione del rapporto preesistente e, cioè, in definitiva, con la conservazione della situazione giuridica, salva la modificazione».

realizzazione di un altro diritto principale – e dunque non solo i diritti di garanzia)⁶, anche se parte della dottrina ha messo in rilievo l’erroneità del richiamo al concetto di accessorietà, in considerazione della diversità dei due piani, ove l’accessorietà venga ricondotta al concetto tecnico-giuridico di pregiudizialità⁷. Si è evidenziato, infatti, che non sempre, quando un diritto è funzionale alla conservazione o all’attuazione di un altro, è ravvisabile un vincolo di dipendenza civilistica tra i due⁸.

In tale ambito, inoltre, può richiamarsi l’antica *querelle* sulle relazioni tra successione nel diritto di azione e successione nel diritto sostanziale che l’azione tende a tutelare.

Per fugare il campo da possibili equivoci⁹, può dirsi che il problema dell’azione si pone, ad esempio, quando si domanda se il trasferimento del diritto di proprietà comporti anche il trasferimento del diritto di chiederne l’accertamento in via giurisdizionale¹⁰.

La dottrina è ormai concorde nell’affermare l’indipendenza del diritto di azione rispetto al diritto sostanziale, con la conseguenza di escludere pacificamente il nesso di pregiudizialità che, pertanto, non può essere richiamato per giustificare la successione congiunta nei due diritti. Ciononostante, ricorre l’assunto secondo cui la successione nel diritto sostanziale debba, almeno tendenzialmente, portare con sé la successione nell’azione.

Al riguardo, possono richiamarsi le affermazioni del Redenti, secondo cui, data per pacifica l’autonomia dell’azione rispetto al diritto, «il nesso genetico tra diritto primario e azione, essendo altresì un nesso di scopo finale (tutela del diritto), permane

⁶ RUBINO, *La responsabilità patrimoniale, il pegno*, in *Tratt. di dir. civ. it.*, Torino, 1956, p. 190; ALLARA, *Delle obbligazioni*, Torino, 1939, pp. 198 ss.

⁷ GIALONGO, *Note in tema di sospensione, pregiudizialità e connessione nel processo civile*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1985, pp. 616 ss.

⁸ ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, cit., p. 413.

⁹ Come evidenziato da parte della dottrina, infatti, alcuni autori confondono diritti ed azioni e ritengono che certi diritti siano mere azioni: si fa l’esempio del trasferimento del diritto di credito, che importa il diritto del successore ad ottenere la revocazione degli atti di alienazione compiuti in frode. Al riguardo, si è giustamente osservato come anche in questo caso si tratta di una relazione tra diritti sostanziali, il diritto di credito e il diritto di rendere a proprio favore inopponibili gli atti del depauperamento del patrimonio posto a garanzia del suddetto credito (cfr. LUISSO, *Diritto processuale civile*, Milano, 2000, pp. 4 ss, secondo cui dalla violazione del diritto scaturisce, usualmente, un altro diritto sostanziale, il quale trova poi la propria corrispettiva azione).

¹⁰ Il quesito potrebbe porsi con riferimento a ciascuno dei diritti “primari” previsti dall’ordinamento.

come tale e manifesta, più o meno, i suoi effetti anche nel seguito e cioè, nelle possibili vicende dell'azione»¹¹.

Si arriva, quindi, ad affermare che ove il diritto sostanziale sia oggetto di trasferimento (in quanto disponibile), la successione nel correlativo diritto di azione avviene *naturaliter*, è, cioè, la regola¹².

Secondo parte della dottrina¹³, inoltre, un indizio in merito al correlato trasferimento di diritto ed azione potrebbe rinvenirsi nella regola della legittimazione ordinaria ad agire, che impone la tendenziale corrispondenza tra il soggetto titolare del diritto di azione e il titolare del diritto sostanziale fatto valere.

In particolare, si afferma che il diritto di azione non contiene, come elemento della fattispecie complessa che vi da origine, il diritto primario tutelato; eppure, il collegamento con il suddetto diritto, in chiave di affermazione, attraverso la legittimazione ad agire, ha ripercussioni sul regime della successione ed impone la regola del trasferimento congiunto, salve le dovute eccezioni. Conseguentemente, non può ritenersi che l'autonomia tra diritti impedisca la successione congiunta.

Considerazioni analoghe a quelle appena svolte in merito al diritto d'azione, possono svolgersi con riferimento alla convenzione arbitrale e, in particolare, al diritto di devolvere la lite ad arbitri. Anche in tale ipotesi, infatti, vengono in questione due diverse posizioni giuridiche – il diritto sostanziale e il diritto di compromettere la lite – che appaiono in qualche misura legate l'una all'altra.

Come evidenziato nel precedente capitolo¹⁴, secondo parte della dottrina¹⁵, il patto compromissorio costituisce in capo alle parti poteri processuali, i quali sono del tutto autonomi rispetto al diritto sostanziale oggetto dell'opzione arbitrale. Infatti, il patto compromissorio crea in capo ai contraenti un insieme complesso di posizioni

¹¹ REDENTI, VELLANI, *Diritto processuale civile*, Milano, 2000, p. 66.

¹² Secondo REDENTI, op. cit., p. 82, la regola della successione congiunta è confermata anche con riferimento al diritto di proprietà e all'azione di accertamento. Al riguardo, si è osservato che ove il dante causa si sia riservato l'azione, pur cedendo il diritto, l'interpretazione di una tale pattuizione viene adattata, sul piano sostanziale, ad una ipotesi di trasferimento di proprietà condizionato all'esperimento positivo della causa di accertamento. Viceversa, ove sia trasferita soltanto l'azione, si deve intendere che il successore accerti il diritto di proprietà in proprio favore: vale a dire, occorre risolvere il problema esegetico salvando, ancora una volta, la corrispondenza tra diritto ed azione all'atto della successione (in questi termini, BIGIAMI, *Note inutili sul c.d. trasferimento delle azioni civili*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1965, pp. 148 ss., in particolare, p. 171).

¹³ ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, cit., p. 416.

¹⁴ V. Cap. I, par. 3.6.

¹⁵ ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, cit., p. 417.

giuridiche processuali che presuppongono la sola affermazione del diritto sostanziale. Si è visto, inoltre, che il patto compromissorio si pone in concorso con il diritto di azione in quanto, garantendo una tutela analoga, ne esclude l'esercizio per tutto il corso della sua vigenza.

Ad avviso di tale dottrina, pertanto, a partire dal momento in cui venga stipulato un patto compromissorio, con riguardo ad un determinato diritto sostanziale, la parte titolare di quel diritto non può esercitare il diritto di azione, in quanto gli spettano i poteri arbitrari, alternativi a questo. Il diritto primario, dunque, è (seppure per il tempo di vigenza del patto compromissorio) sprovvisto della tutela giurisdizionale, ma può essere tutelato unicamente in sede arbitrale.

Nell'ipotesi in cui il titolare del diritto primario decida di trasferirlo ad un terzo, si ritiene che a tale ultimo soggetto non venga trasferito il correlativo – anche se autonomo – diritto di azionare il diritto primario davanti all'autorità giudiziaria. Tale assunto si fonda sulla considerazione in base alla quale l'azione (*rectius* il diritto d'azione) non può ritenersi più operativa dal momento della stipula del patto compromissorio: in tale contesto, quindi, il diritto primario sarebbe privo, per il successore, della indispensabile tutela giudiziaria.

La dottrina appena richiamata evidenzia, inoltre, che dal momento del trasferimento del diritto primario, i poteri costituiti in capo al dante causa con il patto compromissorio perdono il requisito indefettibile della legittimazione a disporre del diritto sostanziale. Il dante causa, infatti, non è più fornito della legittimazione a disporre del diritto sostanziale per effetto della sua alienazione, con la conseguenza che viene meno il requisito indispensabile per esercitare validamente i poteri arbitrari che il patto compromissorio ha costituito.

Per evitare, quindi, la paradossale situazione per la quale né l'avente causa, né il dante causa (che ha perduto la legittimazione) possono ottenere tutela del diritto, rispettivamente, acquistato e ceduto, si arriva ad affermare che, anche con riguardo ai poteri arbitrari costituiti con il patto compromissorio, la successione opera *naturaliter* con il diritto sostanziale che ne costituisce il presupposto, in virtù del rapporto di concorso che si instaura tra il medesimo patto compromissorio e il diritto d'azione¹⁶.

¹⁶ ZUCCONI GALLI FONSECA, op. loc. ult. cit., cui si rinvia per una attenta critica delle obiezioni mosse per escludere l'automatico trasferimento del patto compromissorio in capo al successore del diritto.

Ad avviso di tale dottrina, potrebbe sostenersi una soluzione diversa solo a patto di ritenere che, nel momento in cui l'avente causa succede nella situazione giuridica, si costituisce in capo a tale soggetto un nuovo diritto di azione, correlato al diritto primato acquistato¹⁷; ma, a ben vedere, occorrerebbe ipotizzare che il diritto di azione non sia mai suscettibile di modificazione soggettiva e che possa essere generato solo a titolo originario e mai a titolo derivativo. E' facile rilevare, al riguardo, che tale affermazione non trova riscontro in nessuna norma positiva e che, anzi, viene contraddetta da diverse ipotesi in cui il legislatore ammette il trasferimento di azioni (si fa l'esempio dell'art. 1261 c.c.).

A favore della regola della successione congiunta nel diritto sostanziale e nel diritto a compromettere in arbitri, possono richiamarsi quelle teorie che, pur non ricostruendo la convenzione arbitrale quale contratto che crea in capo ai contraenti un insieme complesso di posizioni giuridiche processuali, attribuiscono particolare rilievo al collegamento del patto compromissorio con un rapporto sostanziale.

Al riguardo, si è evidenziato¹⁸ che, poiché la convenzione presuppone l'esistenza o almeno la "prospettività" di una situazione sostanziale da cui possono sorgere le liti da dirimere in arbitri, non risulta ammissibile il trasferimento del vincolo compromissorio separatamente dal rapporto sostanziale collegato. Il diritto di azione davanti al giudice ordinario o agli arbitri è riconosciuto dall'ordinamento a specifica tutela di un diritto sostanziale e non è cedibile senza la contemporanea alienazione di tale diritto¹⁹.

Diversamente, si evidenzia, al pari della teoria precedentemente richiamata, come la parte del rapporto sostanziale che in ipotesi cedesse l'azione arbitrale, rimarrebbe priva di ogni tutela, non potendo reagire alle eventuali lesioni del suo diritto.

¹⁷ Si richiama, in proposito, la critica mossa da BIGIAMI, *Note inutili sul c.d. trasferimento delle azioni civili*, cit., pp. 137 ss., il quale osserva che «l'azione è per così dire sempre collegata con una certa situazione giuridica, per modo che colui il quale è titolare di un diritto (sostanziale) può esercitare quel diritto autonomo che è l'azione a tutela del suo diritto leso. Trasferendo il diritto sostanziale, egli non si trova più nella situazione che gli consente di avvalersi dell'azione, egli perde irrimediabilmente l'azione. Corrispondentemente, colui che acquista il diritto sostanziale viene a trovarsi in una situazione che gli consente, essendo titolare del diritto stesso, di esercitare l'azione a tutela del medesimo». «Il cessionario del credito acquista l'azione a titolo originario».

¹⁸ FESTI, *La clausola compromissoria*, cit., p. 1026.

¹⁹ FESTI, op. loc. cit., rinvia a PANUCCIO, *Cessione dei diritti*, *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960, pp. 826 ss.; PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, in *Comm. Cod. Civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1982, sub art. 1263, pp. 150-151; REDENTI, *Sui trasferimenti delle azioni civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, pp. 74 ss.; CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, 1933, p. 42; BIGIAMI, *Note inutili sul c.d. trasferimento delle azioni civili*, cit., pp. 130 ss.

Si aggiunge, inoltre, che consentire un trasferimento separato del rapporto compromissorio significherebbe mettere il titolare del diritto di azione nell'impossibilità di esercitare il diritto stesso per carenza di interesse ad agire (art. 100 c.p.c.).

In definitiva, si può ritenere che per il diritto a compromettere in arbitri, al pari del diritto di azione, la successione opera congiuntamente al diritto sostanziale che ne costituisce il presupposto: la *ratio* di tale affermazione può rinvenirsi nella strumentalità del diritto alla tutela (arbitrale o giurisdizionale) rispetto al diritto sostanziale, esplicitata nella regola della legittimazione ad agire²⁰.

1.2 Il fondamento consensuale del rapporto compromissorio.

Nel richiamare quanto accennato in apertura del presente capitolo, deve ribadirsi che la successione nel rapporto compromissorio assume connotazioni peculiari in virtù delle caratteristiche del patto arbitrale che, da un lato, presuppongono un particolare collegamento ad un determinato rapporto sostanziale – evidenziato nel precedente paragrafo – e, dall'altro lato, hanno un imprescindibile fondamento consensuale.

Occorre, quindi, soffermarsi su tale ultima caratteristica del patto compromissorio per individuare le implicazioni che il fondamento consensuale determina con riferimento alle ipotesi di successione nello stesso patto arbitrale.

Al riguardo, giova rilevare che nell'esperienza italiana viene affermato il tradizionale principio per cui la clausola compromissoria non possa vincolare soggetti diversi da quelli che la hanno originariamente stipulata, a meno che essi non manifestino la propria accettazione di sottoporre agli arbitri, e non più al giudice ordinario, le controversie nascenti dal rapporto cui la clausola è riferita e del quale assumono la titolarità.

Sulla base di tale affermazione, si è comunemente ritenuto di dedurre che le vicende soggettive del rapporto principale non si riflettano automaticamente sul rapporto compromissorio, poiché il mutamento dei soggetti vincolati dallo stesso patto compromissorio resterebbe comunque subordinato alla specifica accettazione della clausola da parte di tali soggetti.

²⁰ ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, cit., p. 420.

In particolare, si è rilevato²¹ che se non si pongono particolari problemi in merito all'ammissibilità della successione nel rapporto compromissorio - in quanto il verificarsi di una delle vicende che provocano l'uscita di una parte dal rapporto compromissorio non può determinare, per ciò solo, la cessazione del "ciclo vitale" di un compromesso o di una clausola compromissoria²² - alcune criticità emergono, invece, in merito all'individuazione delle modalità con cui la successione nel rapporto compromissorio si può verificare in relazione alle diverse caratteristiche di ciascuna ipotesi di vicenda soggettiva del rapporto principale.

Nel rinviare l'analisi delle singole fattispecie che possono dare luogo al fenomeno della circolazione della clausola compromissoria ai successivi capitoli, occorre evidenziare che l'aspetto comune a tutte le diverse ipotesi è, secondo parte della

²¹ CARLEO, *La successione nel rapporto compromissorio*, in ALPA (a cura di), *L'arbitrato – Profili sostanziali*, II, Torino, 1999, pp. 675 ss., il quale ritiene che il problema della successione interessa molto di più la clausola compromissoria che il compromesso, poiché è il rapporto nascente da quest'ultimo ha durata limitata, essendo il suo «ciclo vitale», a differenza di quello della clausola, destinato ad esaurirsi con la soluzione della determinata controversia alla quale si riferisce. Al riguardo, l'A. richiama le osservazioni di REDENTI, voce *Compromesso*, in *Noviss. Dig. It.*, III, Torino, 1959, p. 807, secondo cui, mentre per il compromesso il ciclo vitale inizia nel momento stesso in cui questo si perfeziona, e si esaurisce con la chiusura del giudizio arbitrale che da esso nasce, invece per la clausola compromissoria il momento perfezionativo non determina la nascita di un giudizio, ma solo la potenziale possibilità di giudizi arbitrali futuri su controversie che in quel momento non sono ancora nate: perché un giudizio ne sorga occorrerà l'integrazione di ulteriori atti *ad hoc*, e cioè, per lo meno la proposizione dei quesiti. Nel giudizio che nasce dalla clausola così integrata si esaurisce non il suo ciclo vitale (come per il compromesso) ma solo il ciclo di quella sua episodica integrazione e la clausola conserva il suo valore potenziale originario. Invece, il ciclo della clausola compromissoria termina solo quando venga meno in assoluto la possibilità che sorgano tra le parti controversie in essa previste, giacché può accadere che siano sottoposte agli effetti della clausola – anche ragione del cosiddetto principio di autonomia della medesima – controversie postume, cioè che sorgano dopo la cessazione del contratto cui la clausola accede, ma in dipendenza di fatti pregressi (si richiama sul punto ZACCHEO, *Pluralità di parti e clausola compromissoria*, in *Rass. Dir. civ.*, 1986, II, p. 785). Si ritiene che le osservazioni appena svolte possano essere condivise solo ove il compromesso contenga anche la proposizione della domanda d'arbitrato e la nomina degli arbitri; viceversa, laddove il compromesso contenga solo la manifestazione di volontà di devolvere ad arbitri la lite, lo stesso potrebbe avere un "ciclo vitale" di durata pari a quello della clausola compromissoria, poiché il momento di pendenza del giudizio arbitrale viene individuato dalla dottrina attuale (v. BORGHESI, *La domanda di arbitrato*, in AA. VV., *Arbitrato*, a cura di CARPI, cit., pp. 312-313) nella notifica dell'atto contenente la domanda d'arbitrato, la manifestazione dell'intento di attivare la procedura arbitrale e la nomina dell'arbitro, dovendosi ricollegare al compromesso, alla clausola compromissoria e alla convenzione arbitrale non contrattuale eguali effetti (vale a dire, richiamando quanto esposto nei precedenti paragrafi, l'impossibilità di adire il giudice ordinario per la tutela dei diritti oggetto del patto arbitrale). In ogni caso, può convenirsi sull'affermazione per cui il "ciclo vitale" della clausola è normalmente più lungo di quello del compromesso, poiché la stessa caratteristica del compromesso – quella di avere ad oggetto una lite già sorta – fa sì che l'instaurazione del giudizio arbitrale avvenga in tempi ristretti rispetto alla conclusione dell'accordo compromissorio.

²² E, oggi, della convenzione arbitrale non contrattuale; per cui le ipotesi di morte di una parte, di fusione di società, di cessione del contratto, di cessione o surrogazione del credito, ecc., non determinano di per sé l'estinzione del contratto compromissorio.

dottrina²³, l'assoluta necessità di un consenso al vincolo arbitrale, manifestato da parte dei soggetti che, in quanto titolari del rapporto principale, vi restano assoggettati.

In mancanza del consenso al vincolo arbitrale, la successione nel rapporto compromissorio si porrebbe in contrasto con il fondamento consensuale dell'arbitrato, per cui «deve esservi assoluta identità tra coloro che stipulano la clausola compromissoria e coloro fra i quali insorgeranno le controversie»²⁴.

Laddove non vi fosse il consenso delle parti assoggettate al vincolo compromissorio, verrebbe ad integrarsi una illegittima fattispecie di arbitrato obbligatorio, in violazione dell'art. 25, comma 1, Cost. e del combinato disposto degli artt. 24, comma 1, e 102, comma 1, Cost., in virtù dei quali, secondo quanto affermato dalla giurisprudenza, «il fondamento di qualsiasi arbitrato è da rinvenirsi nella libera scelta delle parti; perché solo la scelta dei soggetti (intesa come uno dei possibili modi di disporre, anche in senso negativo, del diritto di cui all'art. 24, comma 1, Cost.) può derogare al precetto contenuto nell'art. 102, comma 1, Cost.»²⁵.

Alla luce delle considerazioni appena svolte, appare chiaro che, attribuendo rilievo al fondamento consensuale del patto arbitrale, la successione nel rapporto compromissorio può aver luogo solo quando il successore subentri nella titolarità del rapporto principale e accetti di succedere in quello compromissorio. Si arriva, quindi, ad affermare²⁶ che la successione nel rapporto principale, da un lato, è presupposto necessario perché si verifichi la successione del rapporto compromissorio, tanto da integrare un fenomeno di «trasmissibilità indipendente», ma dall'altro, è in una relazione di «condizionalità necessaria e non sufficiente» rispetto a questa, la quale, per realizzarsi, necessita altresì di un consenso in tal senso da parte dell'avente causa.

Si discute, però, se tale consenso debba risultare da un'accettazione espressa e specifica, come sostenuto dall'orientamento tradizionale, oppure se, seguendo le più recenti tendenze, la clausola compromissoria possa trasferirsi automaticamente ai successori che accettano di subentrare nel rapporto principale (atteso che una manifestazione di consenso sarebbe comunque riconoscibile).

²³ ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, VI, Napoli, 1964, p. 775.

²⁴ ANDRIOLI, op. loc. ult. cit.

²⁵ In tal senso, tra le molte, Corte Cost., 14 luglio 1977, n. 127, in *Foro it.*, 1977, I, p. 1849; Cass. S.U., 10 febbraio 1992, n. 1458, in *Foro it.*, 1992, p. 673.

²⁶ CARLEO, *La successione nel rapporto compromissorio*, cit., p. 678, che segue la costruzione di ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, Torino, 1941, pp. 61 e 117.

A tale proposito, la dottrina²⁷ distingue le ipotesi in cui la dichiarazione di volontà dell'avente causa si inserisce nella fattispecie di trasferimento quale elemento costitutivo, da quelle in cui opera solo come condizione: nella prima ipotesi (ravvisata, ad esempio, nella successione a titolo particolare per cessione del contratto), l'accettazione del cessionario di subentrare nella clausola compromissoria dovrebbe essere manifestata esplicitamente e in ogni caso nella richiesta forma scritta, in quanto il consenso prestato alla successione nel rapporto sostanziale non potrebbe estendersi anche a quello compromissorio che, in virtù della comune configurazione del cosiddetto principio di autonomia della clausola compromissoria²⁸, è un rapporto distinto; nella seconda (che si avrebbe, ad esempio, in caso di successione a titolo universale e di surrogazione legale), invece, la clausola compromissoria si trasferirebbe automaticamente, senza la necessità dell'esplicito consenso del successore, per le ragioni che saranno indicate nel successivo paragrafo.

Occorre evidenziare, anticipando quanto si dirà nei successivi capitoli, che il richiamo al principio di autonomia della clausola compromissoria per escludere la successione automatica è stato ritenuto erroneo, in quanto in tal modo si finirebbe per confondere regole che debbono rimanere separate.

Si è osservato²⁹, infatti, che il patto compromissorio conserva la sua autonomia rispetto al contratto principale senza che, per ciò solo, si debba negare la successione automatica nella scelta del rimedio di risoluzione del conflitto, per effetto del trasferimento del diritto sostanziale primario.

Al riguardo, si suole affermare che il patto compromissorio presenta due facce: da un lato, l'autonomia e dall'altro, l'accessorietà e sarebbe proprio questa seconda faccia a prevalere in caso di successione³⁰. Si è obiettato³¹, però, che tale assunto conferma, più che smentire le tesi di coloro che ritengono inoperante la successione automatica, perché autonomia ed accessorietà si contraddicono vicendevolmente.

²⁷ ANDRIOLI, *Commento*, cit., p. 786.

²⁸ CARLEO, *Le vicende soggettive della clausola compromissoria*, cit., pp. 15 ss.; sulle diverse teorie formulate in merito al concetto di autonomia della clausola compromissoria, v. Cap. I, par. 5.

²⁹ ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, cit., pp. 419-420.

³⁰ RESCIGNO, *Arbitrato e autonomia contrattuale*, in *Riv. arb.*, 1991, pp. 27 ss.; IRTI, *Compromesso e clausola compromissoria nella nuova legge sull'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1994, p. 654; SALVANESCHI, *L'arbitrato con pluralità di parti*, Padova, 1999, pp. 86 ss., secondo cui il principio di autonomia è un principio relativo, affermatosi solo per taluni limitati fini, in particolare per non sottrarre alla competenza degli arbitri le questioni sulla nullità ed esistenza del contratto.

³¹ ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, cit., p. 420.

In realtà, nella successione non bisogna confondere l'atto con l'effetto: la convenzione arbitrare è e resta autonoma dal contratto che ha dato origine al rapporto principale, benché l'atto che da luogo al mutamento soggettivo del medesimo rapporto principale comporti l'effetto di causare il mutamento soggettivo dei poteri arbitrari costituiti con il patto compromissorio³².

2. Le ipotesi di successione nel rapporto compromissorio.

Al fine di una esauriente trattazione del tema della circolazione della clausola compromissoria, occorre esaminare brevemente le diverse ipotesi di successione nel rapporto compromissorio, concentrando l'analisi delle ipotesi di successione per cessione del contratto e per cessione del credito nei successivi capitoli³³.

In questa sede, pertanto, verranno affrontate le questioni della successione *mortis causa*, della trasformazione, fusione e scissione societarie e della surrogazione; invece, le fattispecie di fideiussione, *factoring*, delegazione, espromissione, accollo e contratto a favore di terzi verranno esaminate nel capitolo dedicato alla cessione del credito per analogia delle soluzioni adottate e perché, in tali ultime ipotesi, non si realizza una vicenda successoria, ma si pone un problema di estensione dell'efficacia della clausola compromissoria nei confronti dei terzi.

2.1 La successione *mortis causa* nel rapporto compromissorio.

Per quanto riguarda la successione universale, è ricorrente l'affermazione per cui gli eredi universali sono di regola investiti dagli effetti dei contratti, ivi incluso quello compromissorio, salvi casi eccezionali.

Nel nostro ordinamento, infatti, vige un generale principio di trasmissibilità all'erede dei rapporti giuridici derivanti da convenzioni (interamente o parzialmente) ineseguite³⁴, ispirato all'esigenza di evitare la dispersione delle utilità che ne derivano e di non creare nocumeto alla sicurezza dei traffici. La regola non opera se ricorre un

³² ZUCCONI GALLI FONSECA, op. loc. ult. cit.; CARLEO, *Le vicende soggettive della clausola compromissoria*, cit., preferisce parlare di una sorta di consenso implicito, consenso dato con la trasmissione del rapporto principale.

³³ Il tema della successione nel rapporto compromissorio per effetto della cessione del contratto cui accede una clausola compromissoria sarà affrontato nel Capitolo III, mentre quello relativo alla cessione del credito verrà approfondito nel Capitolo IV.

³⁴ Cfr. GROSSO-BURDESE, *Le successioni (parte generale)*, in *Tratt. dir. civ. italiano*, diretto da VASSALLI, Torino, 1977, pp. 14 ss.; GALGANO, *Diritto privato*, Padova, 1992, pp. 806-807.

interesse pubblico contrario³⁵, né qualora si possa prospettare un apprezzabile interesse privato della controparte al non trasferimento del rapporto a soggetti diversi dal *de cuius*, come accade, ad esempio, nel mandato non avente per oggetto il compimento di atti d'impresa (art. 1722, n. 4, c.c.)³⁶, oppure, in determinate circostanze, nell'appalto (art. 1674 c.c.)³⁷.

E' proprio sul principio generale di trasmissibilità e sull'assenza di ragioni per derogarvi che si fonda l'unanime convinzione del subentro nell'erede nel rapporto originato dalla clausola arbitrale pattuita dal *de cuius*³⁸.

In altri termini, si ammette la successione nella clausola compromissoria – e nel compromesso – stipulata dal dante causa, per il solo fatto della successione nei rapporti giuridici ai quali il patto arbitrale si riferisce, in conformità con le regole generali del trasferimento delle posizioni giuridiche soggettive³⁹.

In tale ipotesi, inoltre, è pacifico che non occorra una specifica accettazione della clausola compromissoria da parte del successore, in quanto l'avente causa, succedendo in tutti i rapporti giuridici facenti capo al dante causa, subentra direttamente anche in quello compromissorio⁴⁰. Si è osservato⁴¹, quindi, che in tale ipotesi l'automatismo non contrasta con la regola generale per cui è necessaria la manifestazione del consenso, essendo conseguenza della diversa regola che disciplina la successione universale, poiché è evidente che l'accettazione di succedere nell'universalità dei rapporti implica ovviamente anche l'accettazione della clausola.

Il fenomeno dell'automatica successione nel rapporto arbitrale viene ammesso anche nell'ipotesi di successione a titolo particolare *mortis causa*, quando si accetta la tesi per cui, nelle controversie inerenti al diritto oggetto del legato, sia il legatario e non l'erede, a subentrare nel rapporto arbitrale.

³⁵ RUBINO- IUDICA, *Dell'appalto*, in *Comm. Cod. Civ.*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, Bologna-Roma, 1992, sub artt. 1674-1675, p.491.

³⁶ La regola «*mandatum morte finitur*» può, però, essere derogata per volontà delle parti; v. MINERVINI, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, in *Tratt. dir. civ.*, cit., pp. 24 e 209.

³⁷ RUBINO, *Appalto privato*, in *Noviss. Dig. It.*, I, Torino, 1975, p. 701.

³⁸ FESTI, *La clausola compromissoria*, in *I contratti di composizione delle liti*, a cura di GABRIELLI e LUISO, Torino, 2005, p. 1028.

³⁹ ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, cit. p. 424 che richiama sul punto CARNEVALI, voce *Successione*, I) *Profili generali*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1993, p. 2.

⁴⁰ Inoltre, nonostante la prescrizione di forma di cui all'art. 807 c.p.c., non è indispensabile, perché si verifichi la successione dell'erede nel rapporto compromissorio, che l'accettazione dell'eredità venga espressa per iscritto, ma appare sufficiente l'accettazione tacita o l'acquisto *ope legis* di cui all'art. 485, comma 2, c.c.

⁴¹ CARLEO, *La successione nel rapporto compromissorio*, cit., p. 678.

In tale situazione, l'automatismo non contrasterebbe, comunque, con i principi sopra richiamati relativi al necessario fondamento consensuale dell'arbitrato, in quanto, da un lato, poiché la disciplina del legato non prevede l'accettazione⁴², risulterebbe senz'altro eccessivo prospettare una necessaria accettazione del solo patto compromissorio, e dall'altro lato, la successione non potrebbe comunque verificarsi contro la volontà del legatario, stante la possibilità di rinuncia al legato⁴³.

L'eventuale rifiuto, inoltre, dovrà avere necessariamente ad oggetto il diritto sostanziale ed avrà automaticamente effetto anche per il collegato rapporto arbitrale.

Si osserva⁴⁴, infatti, che quest'ultimo non potrebbe essere acquistato o rifiutato separatamente, non essendo concepibile una separazione tra la titolarità del diritto d'azione e quella del diritto sostanziale. Non può ammettersi, in altre parole, che il legatario subentri nel rapporto sostanziale e l'erede subentri nel collegato rapporto compromissorio o viceversa, mantenendo posizioni nettamente distinte, in quanto, dal lato processuale attivo, un'azione senza diritto o un diritto senza azione risultano inutili, mentre, dal lato passivo, non si può impedire al compromittente sopravvissuto di convenire il controinteressato sostanziale – legatario o erede – davanti all'organo arbitrale.

Infine, si ritiene che analogo subingresso nel rapporto nascente dalla convenzione arbitrale dovrebbe verificarsi nel «legato *ex lege*»⁴⁵. Anch'esso, infatti, integra un'ipotesi di successione a titolo particolare ed è soggetto ad un trattamento analogo al legato in senso proprio, fatta eccezione per le particolarità dovute al carattere legale della fonte, le quali non sembrano ostare, in generale, alla circolazione del rapporto compromissorio.

2.2 Fusione, trasformazione e scissione di società.

Considerazioni analoghe a quelle svolte in merito alla successione *mortis causa* possono farsi con riferimento agli eventi successori universali che colpiscono le persone

⁴² In virtù dell'art. 649, comma 1, c.c., il legatario acquista il diritto sostanziale - e subentra contemporaneamente nel rapporto compromissorio - «senza bisogno di accettazione, salva la facoltà di rinunciare».

⁴³ CARLEO, *La successione nel rapporto compromissorio*, cit., p. 679.

⁴⁴ FESTI, *La clausola compromissoria*, cit., p.1033.

⁴⁵ BENATTI, *Sulla circolazione della clausola compromissoria*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, p. 110.

giuridiche, benché in dottrina si siano fatte, in proposito, alcune distinzioni a seconda delle diverse fattispecie.

La dottrina, infatti, ritiene che non possa porsi alcun dubbio in ordine al “subingresso” o alla “permanenza” nel rapporto compromissorio della società risultante a seguito della fusione – sia se questa avvenga mediante la costituzione di una nuova società sia se si realizzi tramite l’incorporazione in una società già esistente – negli eventuali rapporti compromissori di cui fossero parte le società partecipanti alla fusione stessa⁴⁶. Tale conclusione è imposta dall’art. 2504-*bis*⁴⁷, comma 1, c.c., norma di portata generale alla quale non vi è ragione di derogare nel caso i cui i diritti e i doveri della società estinta discendano da una convenzione arbitrale. L’unica ipotesi in cui si verifica il venir meno del rapporto compromissorio si ha qualora le parti dell’accordo arbitrale coincidano con le società partecipanti alla fusione.

Per quanto riguarda la trasformazione, una regola analoga a quella appena richiamata è contenuta nell’art. 2498 c.c., che porta ad escludere che la società trasformata possa sottrarsi al patto compromissorio stipulato prima della trasformazione⁴⁸.

Infine, il trasferimento del rapporto arbitrale avviene, pur con alcune particolarità, anche nell’ambito dell’istituto disciplinato dagli artt. 2506 ss. c.c.

Con l’atto di scissione, di norma, i soci stabiliscono a quale società, preesistente o di nuova costituzione, debbano essere imputati i singoli contratti di cui la società scissa è parte. In quest’evenienza, la trasmissione del rapporto compromissorio potrà, quindi, essere esplicita nell’ipotesi in cui i soci dispongano espressamente l’assegnazione della convenzione arbitrale, ovvero implicita, nel caso in cui sia specificata la destinazione del solo contratto sostanziale concernente la clausola

⁴⁶ BENATTI, *Sulla circolazione della clausola compromissoria*, cit., p. 116; FESTI, *La clausola compromissoria*, cit., p. 1036; REDENTI, *Compromesso (diritto processuale civile)*, III, Milano, 1957, p. 808; PUNZI, *Disegno sistematico dell’arbitrato*, I, Padova, 2000, p. 186; SALVANESCHI, *L’arbitrato con pluralità di parti*, cit., p. 146; SCHIZZEROTTO, *Dell’arbitrato*, Milano, 1988, p. 186.

⁴⁷ FESTI, *op.loc.ult.cit.*, rileva che la natura della fusione è discussa (successione universale o modifica degli atti costitutivi delle società partecipanti), ma osserva che il dibattito non assume alcun rilievo in ordine alla circolazione della convenzione arbitrale, in quanto, qualunque sia la tesi accolta, è certo che la società risultante dalla fusione subentra in tutti i rapporti giuridici facenti capo alle società fuse. La questione ha, invece, importanza per stabilire – anche nell’ambito del processo ordinario – se la fusione societaria possa implicare l’interruzione del processo di cui sia parte la società incorporata.

⁴⁸ SALVANESCHI, *L’arbitrato con pluralità di parti*, cit., pp. 137 ss., che osserva che la trasformazione consiste in una mera modificazione della società, per cui il patto compromissorio conserva il suo valore vincolante.

compromissoria. Anche a quest'ultimo riguardo, occorre ribadire che la successione nel rapporto sostanziale implica il subingresso nel rapporto processuale ad esso collegato. Risulta peraltro inammissibile che i soci imputino a due diverse società rispettivamente il contratto sostanziale ed il collegato rapporto compromissorio, così scindendo la titolarità del rapporto sostanziale dalla titolarità del rapporto processuale.

2.3 Pagamento con surrogazione e azione surrogatoria.

La dottrina si interroga sulla sorte del rapporto compromissorio collegato al rapporto sostanziale da cui origina il credito, sia con riferimento all'istituto regolato dagli artt. 1201 ss. c.c., sia con riferimento all'azione surrogatoria *ex art.* 2900 c.c.

In relazione alla surrogazione per pagamento, si ritiene che la stessa – o almeno la sua specie più importante prevista dall'art. 1203, n. 3, c.c.– affonda le sue radici nel diritto del *solvens* di ottenere dal creditore soddisfatto la «cessione della azione in giudizio» nei confronti dei condebitori, per cui non dovrebbero sussistere incertezze in ordine alla sottoposizione ad arbitrato della lite tra terzo surrogato e debitore.

Si evidenzia, però, che il dibattito sulla natura dell'istituto⁴⁹ in questione può far sorgere qualche criticità con riferimento al problema della successione nel rapporto compromissorio.

In particolare, se si accoglie la tesi secondo cui la surrogazione per pagamento concreterebbe una successione del terzo nella stessa posizione del creditore (e nelle azioni relative) – rimanendo anche immutato l'obbligo del debitore -, non dovrebbero esservi esitazioni in ordine alla permanenza del rapporto compromissorio, potendosi applicare *a fortiori* le medesime conclusioni raggiunte in tema di cessione del credito dalla più attenta dottrina⁵⁰.

Qualora, invece, si accogliesse la diversa tesi secondo cui la surrogazione per pagamento consisterebbe nella nascita di un rapporto obbligatorio nuovo, anche se di contenuto simile a quello estinto, potrebbero sorgere alcuni dubbi. Essi, però, verrebbero eliminati, almeno per quanto riguarda la surrogazione legale e quella per volontà del creditore – figure in cui non ricorre la partecipazione del debitore – sulla base della considerazione per la quale, quale costruzione dell'istituto si adotti, si è

⁴⁹ BIANCA, *L'obbligazione*, in *Diritto civile*, Milano, 2004, pp. 356 ss.; CARPINO, *Surrogazione (pagamento con)*, in *Noviss. Dig. It.*, XVIII, Torino, 1971, p. 964 ss.

⁵⁰ V. Cap. IV.

sempre pacificamente esclusa qualsiasi modifica della posizione del debitore diversa da quelle strettamente conseguenti all'adempimento del terzo e all'avvicendamento nella posizione del creditore.

La questione rimane, invece, aperta con riferimento alla surrogazione in cui è necessario il consenso del debitore (art. 1202 c.c.), in quanto quando il trasferimento del credito si fa in occasione di un contratto concluso con il debitore, deve ricercarsi se, nei rapporti dei contraenti non si sia diversamente convenuto. La soluzione dipende, in altri termini, dalla tesi accolta circa la natura dell'istituto.

Per ragioni analoghe a quelle esposte in tema di pagamento con surrogazione, si può condividere l'opinione della dottrina maggioritaria⁵¹ secondo cui l'attore in surrogatoria *ex art. 2900 c.c.* è vincolato al patto compromissorio stipulato tra il surrogato ed il terzo. Anche in tale ipotesi, infatti, l'inerzia del surrogato, ed il conseguente riconoscimento al surrogante di agire al suo posto, non possono giustificare la privazione del diritto del terzo di contestare l'*an* o il *quantum* del credito davanti all'organo giudicante preventivamente scelto con la stipula del patto compromissorio.

Si osserva, poi, che concettualmente è la stessa norma a specificare che il creditore surrogante esercita «le azioni che spettano verso i terzi al proprio debitore»⁵².

Ad analoga conclusione giunge la giurisprudenza⁵³ con riferimento all'arbitrato rituale⁵⁴, sulla semplice premessa che il surrogante agisce in veste di sostituto processuale del surrogato.

⁵¹ BENATTI, *Sulla circolazione della clausola compromissoria*, cit., pp. 116-117; CODOVILLA, *Del compromesso e del giudizio arbitrale*, Torino, 1915, p. 252; FESTI, *La circolazione della clausola compromissoria*, cit., p. 1058.

⁵² NICOLÒ, *Dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, in *Comm. Cod. Civ.*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, VI, *Tutela dei diritti*, Bologna-Roma, 1959, sub art. 2900, p. 20.

⁵³ Cass., 25 maggio 1995, n. 5724, in *Corr. Giur.*, 1996, I, 1, pp. 1524 ss. con note di MURONI, *L'ambito soggettivo di efficacia della clausola compromissoria e la sua opponibilità al creditore attore in surrogatoria* e di CONSOLO, *Postilla: su arbitrato, azione surrogatoria e designazione degli arbitri*; Cass., 20 ottobre 1975, n. 3448, in *Rep. Foro it.*, 1975, «*Surrogatoria (azione)*», n. 6, p. 2750.

⁵⁴ Con riferimento all'arbitrato irrituale la Cassazione con sent. 27 giugno 1977, n. 2761, basandosi sulla tesi per cui gli arbitri irrituali sarebbero chiamati, in qualità di mandatari di personale fiducia delle parti, a svolgere un'attività sostitutiva rispetto a quella delle stesse parti, anche mediante una composizione transattiva della situazione controversa, ha, in un primo tempo, addirittura concluso per l'inammissibilità in radice della surrogatoria quando il giudizio diretto alla riscossione del credito sia di competenza di arbitri irrituali, per la considerazione che il creditore surrogante non può compiere atti di disposizione del diritto, quali la rinuncia o la transazione (arg. *ex art. 2900*, comma 1, c.c.). Successivamente, la Corte ha mutato opinione ed ha affermato la possibilità di esercizio dell'azione surrogatoria, ma anche – sulla base delle medesime ragioni – l'inopponibilità al creditore surrogante del rapporto compromissorio irrituale (Cass., 25 maggio 1995, n. 5724, cit.).

2.4 La successione a titolo particolare.

Come anticipato nel corso della presente trattazione, all'analisi delle principali forme di successione a titolo particolare in un rapporto giuridico cui accede una clausola compromissoria saranno dedicati i successivi capitoli. In questa sede, però, appare opportuno svolgere alcune considerazioni di carattere generale richiamando le osservazioni svolte da un'autorevole dottrina in merito al problema dell'efficacia del patto compromissorio nei confronti del successore a titolo particolare, che acquista a titolo derivativo il diritto costituente il presupposto dell'azione arbitrale⁵⁵.

Ai fini di una corretta impostazione del problema in esame, tale dottrina parte dalla definizione delle nozioni di avente causa e dei suoi rapporti con la successione.

In particolare, accogliendo la tradizionale definizione secondo cui avente causa è «colui che acquista a titolo derivativo»⁵⁶, sottopone a critica le singole caratteristiche: precisa, infatti, che si tratta pacificamente di un fenomeno di successione in una determinata e specifica posizione giuridica o in un determinato e specifico complesso di posizioni giuridiche, in contrapposizione con la successione universale, caratterizzata dal subentro nella totalità dei rapporti giuridici facenti capo al *de cuius*.

Quanto al carattere necessariamente derivativo – in particolare in relazione all'art. 2909 c.c. –, si evidenzia il dibattito dottrinale, diviso tra coloro⁵⁷ che ritengono indispensabile la natura derivativa dell'acquisto dell'avente causa, affinché se ne possano trarre i corollari circa l'efficacia dell'accertamento sulla posizione giuridica del dante causa nei confronti del successore; e coloro i quali ritengono⁵⁸ che l'acquisto a titolo originario può venire in rilievo, non con riguardo alla sussistenza del diritto acquistato, bensì alla sua conformazione o al suo modo di essere.

Si afferma, inoltre, che un ulteriore requisito per poter parlare di successore-avente causa in senso proprio riguarda l'identità degli elementi oggettivi che caratterizzano il rapporto giuridico di cui diviene titolare l'avente causa, rispetto a quello del dante causa. Tale requisito consente di escludere dall'area dei successori tutti

⁵⁵ Si fa riferimento all'importante indagine svolta da ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, cit., pp. 426 ss.

⁵⁶ Si richiama, sul punto, LUIO, *Sul concetto di "avente causa"*, dell'art. 2909 c.c., in *Studi in onore di Tito Carnacini*, Milano, 1984, p. 1084; MESSINEO, *Contratto in genere*, in *Trattato di dir. civ.*, diretto da CICU e MESSINEO, II, Milano, 1972, p. 115, che afferma che l'avente causa non può essere sempre definito parte, ma, piuttosto, subparte, perché deriva la propria posizione dalle parti.

⁵⁷ PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, Napoli, 1964, pp. 127 ss.

⁵⁸ LUIO, *Sul concetto di avente causa*, cit., p. 1050.

coloro che sono titolari di rapporti strettamente connessi, dipendenti, ma pur sempre oggettivamente differenti rispetto a quello dedotto in giudizio e consente altresì di poter parlare di derivatività come correlazione tra perdita e acquisto e di porre in rilievo la continuazione del rapporto giuridico⁵⁹.

Sulla base di tale premesse, la dottrina in questione ritiene che affinché possa dirsi realizzata la successione nel patto arbitrato occorre verificare che il terzo sia succeduto, in via derivativa, nell'identico rapporto giuridico che le parti originarie hanno assoggettato ad arbitrato, in modo tale che si possa inferire la perdita, in capo al dante causa, della legittimazione a compromettere per la tutela di quel diritto, conseguenza della fattispecie acquisto-perdita che caratterizza la successione con identità oggettiva⁶⁰.

La successione, in altri termini, deve presentare il necessario requisito della perfetta identità oggettiva del rapporto giuridico.

Da tale affermazione, si evidenziano interessanti risvolti applicativi: nel caso in cui la clausola compromissoria riguardi il fascio di rapporti giuridici che nasce da un determinato contratto, il trasferimento automatico del patto arbitrato potrà avvenire soltanto se il terzo subentra nei rapporti contrattuali attraverso la cessione del contratto medesimo.

Il patto arbitrato, infatti, comprende – almeno potenzialmente – l'intero complesso dei rapporti che si costituiscono, modificano o estinguono, compresa la sorte stessa del contratto tra le parti contraenti: pertanto, solo succedendo in questa posizione, opera anche il trasferimento della correlativa tutela arbitrato.

Tale assunto rileva con riferimento al problema delle vendite a catena: si tratta, infatti, di stabilire se il successivo compratore del bene erediti anche la clausola compromissoria convenuta tra le originarie parti del contratto di vendita. Al riguardo, si ritiene che nel caso della rivendita non vi è identità oggettiva tra il rapporto giuridico cui si riferisce la clausola compromissoria (cioè il fascio dei rapporti contrattuali) e quello in cui subentra l'avente causa, potendosi se mai raffigurare un nesso di

⁵⁹ Per quanto riguarda le applicazioni concrete dell'identità oggettiva fra rapporti, sulle quali non vi è accordo in dottrina, si rinvia alle considerazioni svolte dall'A. nell'opera in esame, ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrato rituale rispetto ai terzi*, cit. pp. 429-432.

⁶⁰ PROTO PISANI, *Opposizione*, cit. p. 135.

pregiudizialità⁶¹, il quale non da luogo a successione⁶². Si esclude, pertanto, l'operatività della clausola compromissoria con riferimento al successivo compratore del bene, in quanto non vi è una successione nei diritti – e nelle correlate azioni – contrattuali, dall'uno all'altro anello della catena.

Allo stesso modo, può dirsi che nessuna successione, né nel rapporto giuridico, né nel patto compromissorio correlato, avviene nel caso del contratto derivato o subcontratto, avente ad oggetto la attribuzione, in tutto o in parte, al terzo del godimento di una cosa (sublocazione) o del compimento di una obbligazione (subappalto): il subconcedente non perde, ma cumula la sua posizione di originario contraente del contratto base, per cui potrà, al limite, porsi, ancora una volta un problema di pregiudizialità-dipendenza tra rapporti.

La clausola compromissoria contenuta nel contratto base, dunque, non esplica alcun vincolo diretto nei confronti del subcontratto, salva la possibilità per il terso investito degli effetti del lodo di aderire al patto compromissorio e partecipare, così, alla formazione dell'atto decisorio⁶³.

⁶¹ Si evidenzia che la pregiudizialità tra rapporti giuridici, da sola, non può giustificare l'estensione del contratto pregiudiziale al terzo contraente del negozio pregiudicato, perché vi osta l'art. 1372 c.c.

⁶² PROTO PISANI, *Note in tema di limiti soggettivi della sentenza civile*, in *Foro it.*, 1985, I, pp. 2385 ss.; GAMBINERI, *Garanzia e processo*, Milano, 2001, pp. 175 ss.

⁶³ ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, cit. p.439 e più approfonditamente pp. 475 ss.

CAPITOLO III
LA CIRCOLAZIONE DELLA CLAUSOLA COMPROMISSORIA NELLA CESSIONE
DEL CONTRATTO

SOMMARIO: 1. Premessa; 2. La cessione del contratto; 2.1 La natura della cessione e il consenso del contraente ceduto; 2.2 L'oggetto della cessione; 2.3 La causa; 2.4.I rapporti tra contraente ceduto e cessionario; 2.5 La cessione *ex lege* del contratto; 3. La cessione del contratto cui accede una clausola compromissoria; 3.1 Il trasferimento automatico della clausola compromissoria; 3.2 La specifica accettazione della clausola compromissoria e il principio di autonomia; 3.3 Il dibattito giurisprudenziale; 4. La cessione d'azienda.

1. Premessa

Dopo aver affrontato, partendo da una prospettiva generale, il tema della successione nel rapporto compromissorio, nel presente capitolo si cercherà di esaminare le diverse soluzioni fornite dalla giurisprudenza e dalla dottrina ad una delle ipotesi di maggiore frequenza applicativa di successione nel rapporto compromissorio: la cessione del contratto cui accede una clausola compromissoria.

In particolare, si evidenzierà il dibattito, che possiamo ritenere ancora non concluso, circa l'automaticità o meno della circolazione della clausola compromissoria per effetto della cessione del contratto in cui essa è inserita. Si esaminerà, quindi, sia la teoria secondo cui la successione nel patto compromissorio consegue quale effetto, in *re ipsa*, del trasferimento nell'intera posizione giuridica derivante dal contratto ceduto, sia quella secondo cui è necessaria una specifica manifestazione di volontà ai fini dell'efficacia del vincolo derivante dalla stessa clausola compromissoria.

Prima, però, di entrare nel merito delle questioni appena accennate, appare opportuno svolgere qualche considerazione in relazione alla disciplina dettata dal Codice Civile per le ipotesi di cessione del contratto, stante la rilevanza che le previsioni codicistiche possono assumere con riferimento al tema in esame, soffermandosi, in particolare, sul ruolo del consenso nella fattispecie di cessione e sul regime delle eccezioni opponibili.

2. La cessione del contratto.

Nel Codice Civile del 1865 la possibilità di cedere il contratto nella sua interezza era prevista – in modo implicito – solo in tema di locazione. L'art. 1573, infatti,

prevedeva la possibilità del conduttore di cedere la propria posizione ad un terzo se «tale facoltà non gli è stata vietata»¹.

La mancanza di una norma che autorizzasse l'operazione negoziale identificata con l'espressione "cessione del contratto" veniva giustificata sulla base di una considerazione logico-giuridica: si riteneva impossibile, innanzitutto sotto il profilo di teoria generale, che un'obbligazione rimanesse immutata a seguito della sostituzione anche di uno solo dei soggetti originari².

La dottrina, dal canto suo, aveva elaborato tre diverse teorie in tema di circolazione del contratto: la teoria atomistica o della scomposizione, la teoria unitaria e la teoria della rinnovazione.

Una breve esposizione delle stesse può assumere particolare interesse, non solo per soddisfare esigenze di completezza storica nella conoscenza dell'istituto, ma anche al fine di meglio definire i caratteri della cessione del contratto, chiarendo la lettera dell'attuale norma civilistica, in quanto tali teorie furono attentamente valutate dal legislatore del 1942.

I fautori della teoria della scomposizione o atomistica negavano che l'ordinamento giuridico consentisse la completa sostituzione di un soggetto di un altro in un rapporto già instaurato, sì da determinare una successione particolare nei crediti e nei debiti in forza di un negozio. Il rapporto contrattuale andava «scomposto» in diritti ed obblighi, rispettivamente trasmissibili mediante la cessione dei crediti (il lato attivo) e la delegazione o l'accollo (il lato passivo)³.

Tale teoria, in altri termini, frazionava l'operazione "cessione del contratto" in una cessione degli elementi attivi e in un accollo degli elementi passivi, partendo dall'idea

¹ Nel vigente Codice la cessione del contratto di locazione trova la sua specifica disciplina nell'art. 1594 c.c., norma speciale rispetto a quella generale di cui agli artt. 1406 ss. c.c. Per le locazioni adibite ad uso diverso da quello abitativo è prevista una disciplina *ad hoc* dall'art. 36 della legge 27 luglio 1978, n. 392.

² PACCHIONI, *Delle obbligazioni in generale*, Padova, 1935, p. 328, il quale sembrava legato alla concezione romanistica della personalità dell'obbligazione, in quanto riteneva che la garanzia dell'obbligazione, piuttosto che trovare fondamento nel patrimonio del soggetto, era fondata sulla sua persona; conseguentemente, la modifica dal lato soggettivo del rapporto obbligatorio non poteva determinare il trasferimento del rapporto stesso, ma unicamente una nuova obbligazione.

³ Tale assunto rappresenta il nucleo essenziale della teoria che trova poi sfumature distintive più o meno mercate nei suoi principali sostenitori REDENTI, *Dei contratti nella pratica commerciale*, Padova, 1931, pp. 149 ss.; FINZI, *La riassicurazione e la cessione del portafoglio*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, I, p. 656; FONTANA, *Cessione di contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1934, I, p. 173; FERRARA, *Teoria dei contratti*, Napoli, 1940, p. 304.

che la successione nel debito dovesse considerarsi inammissibile, sulla base di due distinte considerazioni.

In primo luogo, a sostegno dell'inammissibilità della successione nel debito si rilevava la stessa essenza economica del debito: «il debito, in quanto non valore o valore negativo non è suscettibile, né concettualmente, né praticamente, di essere trasferito da un soggetto ad un altro»⁴.

Tale argomentazione sarà oggetto di critica da parte dei sostenitori delle contrapposte teorie sulla cessione del contratto che evidenzieranno come la stessa, al di là di ogni valutazione di merito, rischia di provare troppo e per dimostrarne la scarsa rilevanza rileveranno come nella successione universale *mortis causa* «l'erede subentra nella titolarità attiva e passiva di tutti i rapporti giuridici esistenti in capo al *de cuius*, assumendo la medesima posizione giuridica che, rispetto a quei rapporti, aveva il precedente titolare. La piena identità della posizione giuridica dell'erede di fronte a quella del suo *dante causa*, sia relativamente agli elementi attivi, sia agli elementi passivi del patrimonio di questo dimostra l'assoluta aderenza del concetto tecnico di successione». Premesso ciò, non si comprende «perché dovrebbero esserci difficoltà di ordine logico ad ammettere, in astratto, anche la successione del debito a titolo particolare»⁵.

Se poi si considera che la successione a titolo particolare è, per sua essenza, identica alla successione universale - di cui non rappresenta che una riduzione quantitativa - ogni ostacolo di ordine concettuale all'astratta ammissibilità dovrebbe ritenersi superato⁶.

Altro preteso limite all'ammissibilità di una successione nel debito era rappresentato dalla necessità che non muti il patrimonio sul quale è garantita l'obbligazione, perché non venga meno l'identità di questa⁷. È evidente il richiamo al concetto di obbligazione formulato dalla dottrina tedesca, secondo cui l'obbligazione stessa sarebbe costituita da elementi diversi, il debito e la responsabilità; posta la loro essenzialità ai fini della individuazione della obbligazione, si conclude inevitabilmente che non possa aversi una successione a titolo particolare del debito ogni volta che,

⁴ PACCHIONI, *Successione singolare nei debiti*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, I, pp. 1045 ss.

⁵ NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, p. 279 ss.

⁶ CLARIZIA, *La cessione del contratto*, in *Commentario al Codice Civile*, a cura di SCHLESINGER-BUSNELLI, Milano, 2005, p. 16.

⁷ PACCHIONI, *op. ult. cit.*

cambiando la persona del debitore, cambia il patrimonio dal quale l'obbligazione è garantita.

A tale costruzione si è obiettato⁸ che è erroneo considerare i due elementi, debito e responsabilità, come operanti sullo stesso piano del concetto di obbligazione, dato che la responsabilità costituisce un elemento secondario rispetto al debito che è elemento primario.

I "rischi" rilevati da coloro che sostenevano l'inammissibilità della successione nel debito non avrebbero, invece, dovuto presentarsi nel caso di modifica del lato attivo del rapporto obbligatorio, stante l'indifferenza per il debitore del soggetto nei cui confronti e seguire la prestazione.

Nel tentativo di superare le criticità connesse alla teoria atomistica, parte della dottrina⁹ elaborò la cosiddetta teoria unitaria per la quale, invece, è possibile con un negozio di disposizione sul contratto, considerato un complesso unitario di diritti ed obblighi, realizzare la successione nel lato attivo e in quello passivo del rapporto.

La teoria della rinnovazione¹⁰, invece, attribuiva rilievo centrale all'assenso del contraente ceduto che, in tal modo «rinnoverebbe» nei confronti della nuova parte (cessionario) la propria dichiarazione come se questi fosse stato destinatario della originaria dichiarazione. In tale ottica, appare chiaro che non ha senso parlare di successione – peraltro irrealizzabile, per quanto riguarda il lato passivo, con un negozio giuridico – perché il contraente ceduto e il cessionario con le rispettive dichiarazioni riproducono, infatti, il contratto precedentemente in corso tra cedente e ceduto.

Il legislatore del 1942, nel tentativo di fornire una soluzione al dibattito dottrinale, ha aderito chiaramente alla teoria unitaria, disciplinando l'istituto – seppur con un regolamento piuttosto scarno – in maniera autonoma e distinta rispetto alla cessione dei crediti e all'accollo di cui, rispettivamente, agli artt. 1260 e 1273 c.c.

Gli articoli 1406 e seguenti del Codice, infatti, disciplinano la cessione del contratto quale fenomeno negoziale unitario, proprio al fine di offrire positiva e definitiva sistemazione al fenomeno invalso nei rapporti commerciali e non

⁸ COVIELLO, *Successione dei debiti a titolo particolare*, in *Arch. Giur.*, 1889.

⁹ Con specifico riguardo al trasferimento del contratto di vendita commerciale, MOSSA, *Vendita di contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1928, II, p. 633; in generale, PULEO, *La cessione del contratto*, Milano, 1939, p. 9, secondo cui, «con l'espressione *cessione di contratto* si suole indicare la convenzione in virtù della quale si trasferisce da uno dei contraenti ad un terzo il complesso dei rapporti giuridici posti in essere con un contratto».

¹⁰ NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, cit., p. 279 ss.

adeguatamente fronteggiabile attraverso la scomposizione tra elementi attivi e passivi e l'utilizzo dei tradizionali strumenti della cessione dei crediti e dell'accollo di debiti.

Con l'introduzione del nuovo codice, la dottrina maggioritaria protende per la configurazione unitaria della cessione quale negozio con il quale le parti trasferiscono l'intera posizione contrattuale, entità unica comprensiva non solo dei crediti e dei debiti, ma anche di tutti i diritti potestativi, che ineriscono alla titolarità del rapporto.

Parte della dottrina¹¹, in senso critico, però, ritiene che la predetta tesi non rappresenti il reale intento perseguito dalle parti e il significato pratico della cessione qual è stato recepito dalla disciplina codicistica.

Sul piano dogmatico si osserva che, quando per giustificare il trasferimento del *quid pluris* costituito dai diritti potestativi di risoluzione o manutenzione del rapporto, rispetto alla "nuda" cessione del credito si fa riferimento alla peculiare natura sinallagmatica delle posizioni di credito e debito, in realtà si finisce per richiamare implicitamente il rapporto obbligatorio connesso al sinallagma e la fonte contrattuale dal quale lo stesso scaturisce.

Il persistente riferimento al rapporto e alla sua fonte rivela l'erroneità dell'approccio atomistico e conferma che i citati diritti potestativi sono strumentali alla tutela dell'interesse contrattuale inteso nella sua globalità e non "strumenti di attuazione della corrispettività" delle posizioni di credito e debito.

2.1 La natura della cessione e il consenso del contraente ceduto.

L'espressa previsione dell'istituto della cessione del contratto nel codice civile del 1942 evidenzia la volontà del legislatore di offrire alla prassi uno strumento di portata generale: anche da un punto di vista sistematico, la collocazione delle norme sulla cessione del contratto nella parte generale dei contratti consente di qualificare tale cessione come schema astratto che, finalizzato alla concreta sostituzione di un soggetto ad un altro nella titolarità di un rapporto giuridico, presenta struttura aperta e risulta applicabile in via di principio a tutti i contratti¹².

La formulazione dell'articolo 1406 c.c., se da un lato evidenzia il ruolo affidato dal legislatore all'autonomia privata (affidando a ciascuna delle parti la possibilità di sostituire a sé un terzo nei rapporti derivanti da un contratto con prestazioni

¹¹ BIANCA, *Diritto civile*, III, Milano, 2000, p. 716.

¹² CHINÈ-FRATINI-ZOPPINI, *Manuale di diritto civile*, V ed., Roma, 2014, p. 1408.

corrispettive, se queste non sono state ancora eseguite e sempre che il contraente ceduto vi consenta), dall'altro lato non indica la natura giuridica dell'istituto né chiarisce quale sia la sua struttura.

Si discute se il consenso, cui fa riferimento l'art. 1406 c.c., sia elemento costitutivo della fattispecie o mero requisito di efficacia, esterno alla stessa.

Secondo la tesi atomistica, il consenso del contraente ceduto è elemento esterno al contratto, di portata analoga all'accettazione del credito da parte del debitore ceduto (artt. 1267 e 1248 c.c.) e alla dichiarazione del terzo di voler profittare dell'accollo a suo favore (artt. 1273 e 1411 c.c.), con il logico corollario che il contratto di cessione ha struttura bilaterale.

Secondo tale teoria, quindi, il consenso del ceduto costituirebbe una mera *condicio iuris*. Benché unitario, poi, il contratto risulterebbe dalla combinazione di cessione di credito e accollo di debiti. Pertanto, la mancata adesione del ceduto manterrebbe in vita il rapporto come cessione di crediti, da un lato, e accollo interno di debiti¹³, dall'altro.

La dottrina dominante¹⁴ e la giurisprudenza¹⁵, invece, ritengono che la cessione di contratto sia un contratto trilaterale e si concluda, quindi, con l'incontro dei consensi del cedente, del cessionario e del ceduto, il quale può limitarsi ad aderire all'accordo tra le altre due parti¹⁶, ma la cui partecipazione al contratto è essenziale.

Si ritiene, infatti, che il contraente ceduto non possa, senza il suo consenso, essere assoggettato ad una modifica della propria sfera giuridica derivante dal subentro del nuovo soggetto del rapporto contrattuale originariamente sorto con il cedente: la necessità del consenso della parte ceduta comporta che, in mancanza, il contratto non possa considerarsi concluso¹⁷, configurandosi come negozio *in itinere*¹⁸.

A conseguenze meno radicali giunge quella parte della dottrina¹⁹ che sottolinea la non necessaria biunivocità tra consenso della parte e qualità di parte, stante la possibilità di un atto preventivo o postumo (rispettivamente approvazione o ratifica) che autorizzi o approvi la modifica della propria sfera giuridica ad opera di terzi.

¹³ L'applicazione dei principi in tema di accollo implica che la mancata adesione del creditore abbia quale unico effetto la conversione dell'accollo "esterno" in accollo meramente "interno"; in questi termini, Cass., 20 settembre 2002, n. 13746; Cass., 11 aprile 2000, n. 4604; Cass., 26 agosto 1997, n. 8044.

¹⁴ Così CLARIZIA, *La cessione del contratto*, cit., p. 24.

¹⁵ Cfr. Cass. n. 3547/2004; Cass. n. 869/2004; Cass. n. 5244/2004.

¹⁶ In tal senso anche Cass. n. 6157/2008.

¹⁷ CLARIZIA, *La cessione del contratto*, cit., p. 34.

¹⁸ CARRESI, *La cessione del contratto*, Milano, 1950, p. 64.

¹⁹ BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 718.

Secondo tale orientamento, se il contraente ceduto si limita ad acconsentire al contratto di cessione stipulato tra cedente e cessionario senza assumere nei confronti del cessionario alcun impegno traslativo, egli rimane terzo rispetto a tale contratto. «Il contratto produce effetti anche nei confronti del ceduto ma ciò in virtù di un atto autorizzativo che è distinto rispetto al negozio autorizzato»²⁰.

Tale ricostruzione, ritenendo il consenso necessario per la produzione dell'effetto nei confronti del ceduto, e non già per la perfezione del negozio di cessione, ravvisa nella mancanza dello stesso un motivo di inefficacia, piuttosto che di invalidità o inesistenza.

Aderendo alla tesi della trilateralità, deve ritenersi che il perfezionamento del contratto coinciderà con la conoscenza da parte del contraente proponente (che può anche essere il cessionario) dell'ultima accettazione. Fino a questo momento, secondo la regola generale, la proposta è revocabile. Secondo una diversa dottrina²¹, invece, se cedente e cessionario raggiungono un accordo notificandolo poi al ceduto, si sarebbe in presenza di una proposta irrevocabile.

Il consenso del contraente ceduto può anche essere tacito, oltre che espresso, al pari del consenso degli altri due contraenti la cessione, salvo che il contratto ceduto se necessario una forma particolare, nel qual caso la stessa deve essere adottata da tutte le parti (e quindi anche dal ceduto) anche per la cessione del contratto.

In tale ipotesi, il consenso tacito deve essere provato da chi intende avvalersi della cessione: deve, quindi, risultare da atto scritto se il contratto di cessione pretende tale forma, in base alla regola generale secondo cui i negozi modificativi devono rivestire la stessa forma del negozio cui si collegano (la c.d. forma *per relationem*).

Il consenso può essere, poi, manifestato dal contraente ceduto anche prima della cessione mediante apposita clausola inserita nel contratto. In tal caso, il contratto nasce validamente tra cedente e cessionario²², ma la sostituzione è efficace dal momento in cui essa è notificata al ceduto o dal momento in cui egli l'ha accettata (*ex art. 1407 c.c.*).

Analogamente a quanto previsto dall'art. 1265 c.c., sembra potersi pretendere tale forma quando si tratta di dirimere un conflitto tra più cessionari, conflitto che può verificarsi, ovviamente, solo nel caso di autorizzazione preventiva, attesa la trilateralità.

²⁰ Testualmente, BIANCA, op. cit., p. 718.

²¹ CARRESI, *La cessione del contratto*, cit., p. 123.

²² Cfr. Cass. n. 8098/1990.

Deve infine evidenziarsi che l'essenzialità del consenso del contraente ceduto e la diversità ontologica e strutturale rispetto alla cessione del solo credito - per la quale, come noto, il consenso non è necessario - è stata sottolineata anche di recente dal giudice delle leggi²³, per il quale il diritto di credito costituisce un bene, come tale idoneo a circolare senza coinvolgimento della persona del debitore e dei suoi diritti inviolabili, laddove la cessione del contratto (assunta come *tertium comparationis*) presuppone l'esistenza, al momento della cessione stessa in capo ad entrambe le parti di un complesso unitario di situazioni giuridiche attive passive e, pertanto, la necessità del consenso del contraente ceduto, in quanto titolare delle situazioni attive corrispondenti agli obblighi gravanti sul cedente.

Dalle considerazioni appena svolte e dalle diverse teorie dottrinali richiamate, emerge la centralità del consenso nel fenomeno della cessione del contratto: occorre precisare che tale consenso ricade sull'accettazione di *quel* complesso contrattuale e sulla *continuazione* di esso con un *altro* soggetto e non già sul voler partecipare all'elaborazione di un nuovo contratto che ricalchi il precedente²⁴.

Tale rilievo che, secondo parte della dottrina è l'essenza della cessione - che, pertanto, appare come una successione di soggetti nella stessa posizione e ruolo - assume particolare importanza ai fini che interessano in questa sede in quanto consente di affermare che il soggetto che subentra si impegna a riconoscere le regole del rapporto, considerato nel suo complesso, così come predisposte dai contraenti originari.

Secondo tale impostazione può ritenersi, quindi, che il consenso del cessionario ricada sul contratto così come interamente voluto dagli originari paciscenti, anche per quanto riguarda lo strumento di tutela delle posizioni giuridiche derivanti da quel contratto.

Appare chiaro, pertanto, che il rilievo riconosciuto al consenso nell'ambito del fenomeno in esame può svolgere un importante ruolo ai fini della soluzione al problema dell'automaticità o meno del trasferimento della clausola compromissoria in caso di cessione del contratto cui essa acceda, sul quale si tornerà nei successivi paragrafi.

²³ Corte Cost., ord. 10 marzo 2006, n. 95, in *www.giurcost.it*.

²⁴ PESCATORE, *Cessione del contratto ed interpretazione*, in *Riv. trim dir. proc. civ.*, 1999, pp. 583 ss., secondo cui il cessionario è «terzo rispetto alla fonte contrattuale (l'accordo originario di quelli che, nella cessione, diverranno cedente e ceduto); ma diviene parte del rapporto che da essa deriva» e che «bisognerebbe dire non che con la cessione si trasferisce una posizione giuridica, ma che un soggetto subentra nella posizioni giuridica - *proprio in quella* - di altri».

2.2 L'oggetto della cessione.

Appare opportuno evidenziare brevemente che l'art. 1406 c.c. circoscrive l'ambito oggettivo della cessione del contratto attraverso una duplice limitazione: a) deve trattarsi di contratto con prestazioni corrispettive; b) tali prestazioni non devono essere già state eseguite.

Il primo punto è denso di spunti di carattere dogmatico, implicanti la stessa nozione di corrispettività. La dottrina prevalente ha evidenziato il superamento, quantomeno dal punto di vista normativo, dell'identificazione tra corrispettività e bilateralità, in favore di quella tra corrispettività e onerosità. Infatti, nonostante sul piano concettuale la distinzione tra onerosità e corrispettività sussista e meriti di essere mantenuta, attenendo la prima al vantaggio che si ricava dall'attribuzione ad altri e la seconda al nesso di reciprocità tra le prestazioni, sul piano normativo le ipotesi di contratto oneroso coincidono con quelle di contratto a prestazioni corrispettive²⁵.

Più problematica appare la seconda delle limitazioni sopra individuate, ponendo interrogativi su tutta l'area dei contratti con obbligazioni a carico di una sola parte o dei contratti con obbligazioni sinallagmatiche, per i quali è già intervenuta l'esecuzione della prestazione gravante su una delle parti²⁶.

Senza voler addentrarsi nel dibattito dottrinale circa la identificazione della cessione del contratto, occorre in questa serie rilevare che vige il principio di immodificabilità dei contenuti del contratto ceduto.

Il concetto di sostituzione soggettiva è utilizzato dal legislatore sia per descrivere la fattispecie della cessione del contratto (art. 1406), sia per indicarne l'effetto caratteristico (artt. 1407, commi 1 e 2, c.c.; 1408, comma 1, c.c.; 1409, comma 1, c.c.).

Affermare che la cessione del contratto è la sostituzione di un nuovo soggetto nel complesso giuridico che era del cedente equivale a dire che con essa si trasferisce il

²⁵ MESSINEO, *Contratto in genere*, in *Trattato di dir. civ.*, diretto da CICU e MESSINEO, II, Milano, 1972, p. 920.

²⁶ Per i quali si rinvia a CARRESI, *La cessione del contratto*, cit., p. 48 il quale specifica che «quando il contratto è con prestazioni a carico di una sola parte, sorge soltanto un diritto di credito con la correlativa obbligazione. In tal caso non si cedrebbe una posizione contrattuale, ma una posizione creditizia o una posizione debitoria»; NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., p. 291. Per l'opposto orientamento secondo cui anche in tali fattispecie è possibile differenziare la cessione delle singole posizioni di debito-credito dalla cessione del rapporto, dal quale le stesse scaturiscono, comprensivo di diritti potestativi spettanti a ciascuna delle parti quali titolari del contratto, v. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Commentario al codice civile*, Torino, 1980, p. 421.

complesso giuridico originario in capo ad un diverso soggetto, sicché l'identità di contenuto diviene un elemento essenziale e inderogabile nella fattispecie.

Si afferma al riguardo che «caratteristica della successione non è la generica successione di un soggetto nuovo ad uno precedente, ma è la permanente identità della posizione giuridica: identità per cui rapporti in capo al successore, resta nei suoi elementi oggettivi, così com'era costituito in capo al predecessore»²⁷.

Anche la giurisprudenza ha avuto modo di affermare che «*presupposto della cessione del contratto ex art. 1406 c.c. è che il complesso giuridico oggetto della cessione rimanga immutato, poiché il contenuto sostanziale della contrattazione è rappresentato dalla sostituzione di uno dei soggetti del rapporto con un terzo, che subentra per intero nella titolarità dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto*»²⁸.

Inoltre, occorre evidenziare che in dottrina²⁹ si è sottolineato che l'immutabilità dei contenuti originari debba riferirsi al contratto nell'interpretazione datane dalle parti, così come ricavabile dalle trattative, dai comportamenti in *executivis* o da eventuali negozi di interpretazione. Si è voluto con ciò segnalare, con una considerazione che tornerà utile ai fini della soluzione del problema della circolazione della clausola compromissoria nella fattispecie in esame, che, nella misura in cui l'oggetto della cessione è una complessa posizione contrattuale, è evidente che essa debba inglobare anche l'interpretazione pacificamente data dalle parti originarie al contratto, poiché essa nella sua storicità contribuisce a plasmare gli effetti del contratto stesso.

2.3 La causa.

La disciplina codicistica della cessione del contratto, incentrata sugli effetti della sostituzione soggettiva, sembra lasciare in ombra il profilo della causa, sul quale, invece, si registra un acceso dibattito in dottrina.

Alcuni autori³⁰ sostengono la unicità della causa, identificata sostanzialmente con l'attuazione del trasferimento di una preesistente posizione contrattuale, mentre altri³¹

²⁷ BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1954, p. 32.

²⁸ Cass., 24 giugno 1992, n. 7752, in *Rep. Foro it.*, 1992.

²⁹ PESCATORE, *Cessione del contratto e interpretazione*, cit., p. 583.

³⁰ ANDREOLI, *La cessione del contratto*, Padova, 1951, pp. 29 ss.: «si noti, poi, che nel negozio di cessione del contratto, alla rilevata unicità di disposizione ed unicità di dichiarazione di volontà negoziale da parte di ciascuno dei tre soggetti, fa riscontro anche la unicità della causa (obiettiva) del negozio di cessione qui considerato, mentre se si fosse in presenza di più negozi traslativi dei singoli elementi attivi e passivi – come vuole la tesi qui combattuta – dovrebbe emergere una correlativa plurimità di cause che,

ritengono che non si possa individuare una causa unica, tipica, costante, in quanto essa assume di volta in volta la causa del contratto base; e altri ancora³², coerentemente con

invece, esula completamente in *subiecta materia*. Nella cessione di contratto la causa è una sola: attuare cioè il trasferimento di una preesistente posizione contrattuale (unitariamente intesa) da uno dei contraenti originari (cedente) ad un nuovo soggetto (cessionario) in modo che il primo venga per così dire estromesso dal contratto di base, ed il secondo subentri ad ogni effetto nella posizione contrattuale del primo, rispetto al contraente ceduto e soggettivamente immutato: cioè, come con formula incisiva è stato detto, passaggio del contratto come un tutto e non trasferimento isolato dei vari elementi che lo compongono». BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1954, pp. 41 ss. afferma che «La cessione del contratto ha una tipica funzione economico-sociale, una causa propria consistente nell'attuare consensualmente la successione a titolo particolare nel rapporto obbligatorio. Poiché, però, la cessione del contratto ha per oggetto il trasferimento non già di un bene, ma della qualità di contraente di una delle parti del contratto a prestazioni corrispettive, questa funzione economico-sociale viene a collocarsi in maniera diversa secondo gli intenti pratici che le parti intendono perseguire. Il ché non è da fraintendere nel senso che la cessione del contratto “assuma volta a volta la causa del contratto base” (CARRESI) giacché il cedente può, per esempio, donare o dare *in solutum* una posizione contrattuale di compratore, ma si vuole dire che la cessione del contratto rientra in quella categoria di negozi con causa variabile in funzione dei diversi assetti di interessi che sono, poi, schemi parziali di negozi, i quali assumono vita e fisionomia tipica solo quando siano integrati in concreto per l'attuazione di un assetto di interessi determinato».

³¹ CARRESI, *La cessione del contratto*, cit., pp. 53 ss. innanzitutto evidenzia che non può la cessione del contratto definirsi uno schema contrattuale astratto, bensì un negozio causale: «ed infatti la struttura tipica della cessione sembra corrispondere ad una tipica funzione economico-sociale, quale è quella di attuare negozialmente la successione a titolo particolare nel contratto, e ad uno scopo pratico costante, quale è quello che cedente, cessionario e ceduto si propongono con il far subentrare il cessionario nella posizione giuridica del cedente». Ma poiché il negozio di cessione del contratto non ha ad oggetto il trasferimento di un bene, bensì di una posizione contrattuale a cui sono inscindibilmente collegati diritti e obblighi, il contenuto normativo del rapporto preesistente viene ad essere assunto a contenuto del negozio nuovo. «La cessione del contratto non ha quindi una causa individuata, tipica, costante, come hanno i negozi causali veri e propri, ma assume volta a volta la causa del contratto base: essa perciò, pur rimanendone strutturalmente distinta, assolve la stessa funzione del contratto sinallagmatico che ne costituisce il punto di riferimento oggettivo. (...) Concludendo: la cessione del contratto non rientra né fra i negozi astratti né fra quelli causali, ma tra i negozi a causa variabile i quali, secondo l'opinione più accreditata, sono schemi parziali di negozi causali che assumono vita e fisionomia tipica soltanto quando siano integrati in concreto in una causa determinata».

³² CICALA, *Il negozio di cessione del contratto*, Napoli, 1962, pp. 144 ss. critica tutte le precedenti definizioni di causa della cessione del contratto, in quanto la corrente impostazione «non procede da una conoscenza analitica del fenomeno e quindi si esaurisce nelle note descrizioni dell'oggetto, della causa e dell'effetto del negozio di cessione formulate con i concetti generici (ed equivoci) di “rapporto contrattuale”, “qualità di parte”, ecc.». Ci si deve dunque allontanare, a giudizio dell'A., da queste sintesi puramente verbali che non hanno rilevanza alcuna nella realtà giuridica ed andare alla sostanza delle cose e «si scopre allora che i soggetti del negozio di cessione (che sono soltanto il cedente e il cessionario: non anche il contraente ceduto, com'è invece *communis opinio*) concludono il negozio medesimo, non perché abbiano interesse alla circolazione del contratto, bensì almeno perché l'uno, il cedente, ha interesse ad ottenere la liberazione dei debiti e perciò trasferisce i crediti, mentre l'altro, il cessionario, ha interesse ad acquistare crediti e perciò si accolla i debiti. Lo scambio tra cessione dei crediti ed assunzione dei debiti è già sufficiente a realizzare «l'assetto di interessi necessari ad integrare uno schema causale completo» (p. 146). In conclusione, l'A. ritiene che «alla luce dell'analisi dinanzi svolta si profila, per lo più, completamente o parzialmente, lo schema causale della compravendita: trasferimento dei crediti verso il corrispettivo dell'accollo dei debiti e, se vi è del cosiddetto prezzo della cessione (...) Comunque, la qualificazione del negozio di cessione del contratto, dati i molteplici atteggiamenti che il negozio stesso può concretamente assumere, non è generale, costante; non puoi dirsi cioè che il negozio di cessione del contratto è in ogni caso senz'altro una vendita, benché lo schema della vendita sia di solito presente, anche se parzialmente. In particolare, come risulta dall'analisi che segue, nel negozio di cessione del

la premessa di configurare la cessione del contratto come cessione di crediti e accollo di debiti corrispettivi, qualificano la causa come «scambio tra cessione di crediti e assunzione dei debiti».

A conclusione di una serrata critica delle ultime due posizioni dottrinali, perviene ad un diverso inquadramento Criscuoli³³ che rielabora, ampliandola, la teoria sostenuta da Andreoli³⁴. Ad avviso dell'Autore, «questo negozio ha una causa propria, fissa, determinata e caratteristica, consistente nel sostituire il cessionario al cedente»³⁵. In tal modo, infatti, si realizzerebbe «il motivo ultimo determinante» il consenso dei tre soggetti (cedente, cessionario e ceduto): «il loro consenso risulta, quindi, determinato dalla medesima causa del sostituire».

In tempi più recenti, si è rilevato come, in realtà, nessuna delle suddette teorie possa apparire pienamente convincente³⁶. Si sottolinea, infatti, che già quest'ultima teoria, di cui si fa promotore in particolare il Criscuoli, sembra contraddirsi proprio sul principale argomento riferibile al contraente ceduto che certamente, come motivo ultimo determinante il proprio consenso, non ha quello di voler sostituire il cessionario al cedente. Il ceduto, normalmente, subisce la sostituzione e, comunque, raramente se ne farà promotore: sicché da questo punto di vista non sembra possano i tre soggetti (cedente, cessionario e ceduto) porsi sullo stesso piano, perché non può in tal modo qualificarsi la causa del contratto di cessione se ad essa vuole attribuirsi oltre che una configurazione oggettiva in termini squisitamente funzionalistici anche una connotazione (appena) soggettivistica quale sintesi della volontà delle parti.

Secondo la dottrina appena richiamata, quindi, occorre attribuire particolare rilievo al fatto che la cessione del contratto è una fattispecie negoziale che si presenta necessariamente e immediatamente produttrice di effetti nell'ambito di altri contratti.

In altri termini, ferma la distinzione tra il contratto che realizza la cessione della posizione contrattuale e quello che da esso risulta modificato soggettivamente, deve evidenziarsi che il nesso tra i due è marcato, in qualche modo insolubile e d'altro canto gli stessi artt. 1408 e 1409 c.c. ne sono una evidente manifestazione. Ed allora una tale

contratto può ravvisarsi, secondo le peculiarità delle singole ipotesi, una vendita o una permuta o un contratto misto o un contratto innominato o un *negotium mixtum cum donatione*».

³³ CRISCUOLI, *Il negozio di sostituzione e la cessione del contratto*, in *Giust. Civ.*, 1957, p. 1064.

³⁴ V. nota n. 25.

³⁵ CRISCUOLI, op.ult.cit., p. 1065.

³⁶ CLARIZIA, *La cessione del contratto*, cit. p. 42.

caratteristica va anche a connotare peculiarmente la causa della cessione che non sarà individuabile nel trasferimento della posizione contrattuale genericamente inteso, ma solo in quello che abbia le suddette caratteristiche³⁷. In una tale ottica, l'individuazione della causa della cessione del contratto non può tener conto esclusivamente della nozione offerta dall'art. 1406 c.c., ma deve sintetizzare, dal punto di vista effettuale, la "sistemazione" dei rapporti così come descritta dei successivi articoli. Sicché la globale lettura degli artt. 1406-1410 c.c. evidenzia che questa disciplina non si limita a definire una modificazione soggettiva dell'originario rapporto, ma precisa quali interferenze sussistono e sopravvivono tra il vecchio e il nuovo rapporto contrattuale e come, in particolare, questi vengono a strutturarsi a seguito dell'avvenuta cessione³⁸.

La tesi oggi prevalente in dottrina è quella unitaria che individua la causa della cessione, con varie sfumature, nello scambio tra il prezzo della cessione e la sostituzione nella qualità di parte, rientrando la cessione *latu sensu* nei negozi di alienazione³⁹. Si afferma che, «in quanto la cessione designa in generale i contratti che hanno per oggetto il trasferimento di un rapporto contrattuale, essa non ha una causa propria, già pure generica, ne può dirsi propriamente che essa abbia una causa variabile. Deve dirsi piuttosto che come tutti i negozi di alienazione la cessione del contratto ha la funzione che di volta in volta giustifica l'operazione. Secondo la causa riscontrata, l'alienazione del contratto rientrerà nel tipo della vendita, della donazione, della transazione, ecc.»⁴⁰.

2.4 I rapporti tra contraente ceduto e cessionario.

Come anticipato nella premessa al presente capitolo, appare opportuno soffermarsi sui rapporti tra il contraente ceduto e il cessionario, la cui disciplina è contenuta nell'art. 1409 c.c., in quanto, da un lato, il problema della circolazione della clausola compromissoria nell'ipotesi di cessione del contratto si pone proprio con riferimento al cessionario che non ha stipulato il patto arbitrare e, dall'altro lato, l'art. 1409 c.c. è stato invocato dalla dottrina per affermare o escludere la possibilità per il contraente ceduto di sollevare l'eccezione di compromesso nei confronti del cessionario.

³⁷ CLARIZIA, op. ult. cit., p. 43.

³⁸ CLARIZIA, op. ult. cit., p. 44.

³⁹ MESSINEO, *Il contratto in generale*, II, Milano, 1968, pp. 19 ss.

⁴⁰ BIANCA, *Diritto civile*, cit., pp. 681 ss.

Alla luce delle considerazioni svolte nei precedenti paragrafi, è possibile affermare che la cessione genera il subentro di un terzo nel contratto con effetto sostitutivo del cedente, ma lascia inalterati i contenuti dello stesso e, quindi, le oggettive posizioni contrattuali preesistenti.

Su tale affermazione si fonda la norma di cui all'art. 1409 c.c., per la quale «*il contraente ceduto può opporre al cessionario tutte le eccezioni derivanti dal contratto, ma non quelle fondate su altri rapporti con il cedente, salvo che ne abbia fatto espressa riserva al momento in cui ha consentito alla sostituzione*».

In particolare, la possibilità di riserva di eccezioni fondate su altri rapporti con il cedente (diversi da quello alienato) tende a “congelare” integralmente i rapporti tra le parti, nonostante l'intervento di sostituzione soggettiva⁴¹.

In dottrina⁴² si è da subito rilevata la laconicità della norma sul versante del cessionario: non poteva dubitarsi del fatto che anche il cessionario conservasse tutte le eccezioni derivanti dal contratto, trattandosi di una conseguenza naturale e implicita del subentro, mentre maggiori perplessità si sono addensate intorno alla possibilità di riserve da parte del cessionario.

Secondo una prima tesi, rimasta però isolata, nel silenzio della norma, anche il cessionario, similmente al ceduto, potrebbe espressamente riservarsi, al momento della stipula, la possibilità di formulare eccezioni basate sul rapporto tra cedente e ceduto, diverse da quelle fondate sul contratto oggetto di cessione.

A tale orientamento si è, però, da più parti replicato evidenziando la terzietà del cessionario rispetto ai rapporti non aventi titolo nel contratto alienato, quale circostanza che inibisce la legittimazione sostanziale del medesimo. In altri termini, mentre il ceduto nella misura in cui fa espressa riserva delle eccezioni relative ad altri rapporti con il cedente comunque dispone di diritti di cui è titolare, il cessionario diversamente disporrebbe di posizioni giuridiche di cui non è titolare e che di certo non transitano nella sua sfera giuridica per il semplice subentro nel contratto alienato⁴³.

Un ulteriore aspetto lasciato parzialmente in ombra dalla norma in esame è quello relativo all'opponibilità delle eccezioni riguardanti la vicenda contrattuale del trasferimento. In dottrina la questione è ripartita avendo riguardo al procedimento di

⁴¹ CHINÈ-FRATINI-ZOPPINI, *Manuale di diritto civile*, cit., p. 1420.

⁴² ZACCARIA, *Cessione del contratto e garanzia della sua validità*, in *Riv.dir.civ.*, 1985, p. 268.

⁴³ CLARIZIA, *La cessione del contratto*, cit., p. 127.

formazione del contratto, non già perché dal diverso modo di atteggiarsi dello stesso possono indursi variabili effettuali, quanto perché nell'ipotesi di cessione previamente autorizzata⁴⁴, la bilateralità del contratto, con il quale è operato il trasferimento, lascia fuori il ceduto autorizzante. Il ceduto, in questa ipotesi, non è parte del successivo contratto di cessione, ragion per cui non potrebbe far valere le eccezioni fondate sullo stesso, salva la nullità *ex art.* 1421 c.c.

2.5 La cessione *ex lege* del contratto.

Al termine di questa breve disamina della disciplina della cessione del contratto, occorre fare riferimento all'ipotesi di cessione *ex lege* per la quale, come si vedrà nel prosieguo della trattazione, si arriva a soluzioni diverse rispetto a quelle adottate in tema di cessione volontaria con riferimento al problema della circolazione della clausola compromissoria

In alcuni casi espressamente previsti dal legislatore, la situazione soggettiva del contratto è l'effetto automatico del trasferimento della titolarità del bene oggetto del contratto base.

La legge, infatti, assai spesso prevede casi di cessione di contratto in cui si prescinde dal consenso del contraente ceduto, con la conseguenza che in tali casi deve parlarsi più propriamente di successione *ex lege*, fenomeno diverso dalla cessione volontaria, la cui disciplina, quindi, non è applicabile nemmeno in via analogica.

Caso tipico di successione *ex lege* è quella prevista dall'art. 2558 c.c. in caso di trasferimento d'azienda, in cui si assiste ad una successione immediata, salvo recesso del terzo contraente per giusta causa. Altra ipotesi è, poi, quella contemplata dall'art. 36, l. 392/1978. una disciplina tutta particolare di successione è, infine, quella dettata per il contratto di locazione dall'art. 6, l. 392/1978.

Si osserva che «la cessione legale non richiede l'accordo delle parti, né l'adesione del contraente ceduto. Il trasferimento del rapporto si determina pertanto quando si perfeziona la fattispecie traslativa legale»⁴⁵.

⁴⁴ V. art. 1407 c.c., «Se una parte ha consentito preventivamente che l'altra sostituisca a sé un terzo nei rapporti derivanti dal contratto, la sostituzione è efficace nei suoi confronti dal momento in cui le è stata notificata o in cui essa l'ha accettata».

⁴⁵ BIANCA, op. cit., p. 726.

3. La cessione del contratto cui accede una clausola compromissoria.

Nei precedenti paragrafi si è evidenziato come la cessione del contratto *ex artt.* 1406 ss. c.c. comporti il trasferimento della intera posizione contrattuale determinando il subentro di una nuova parte nel contratto ceduto: l'attuale disciplina codicistica considera il contratto ceduto – salva diversa volontà delle parti – come una «continuazione» del contratto originario⁴⁶.

Si è osservato, inoltre, che l'art. 1409, con una norma integrativa, prevede il trasferimento del rapporto contrattuale ceduto nella sua integralità e la non trasmissione di altre eventuali relazioni tra cedente e ceduto per arrivare alla conclusione per cui, qualora le parti abbiano semplicemente pattuito di cedere un determinato contratto senza ulteriori precisazioni, può presumersi che esse abbiano inteso trasferire «tutto» il rapporto contrattuale e «solo» quello.

E' arrivato, quindi, il momento di interrogarsi sul fatto se in tale «tutto» debba ritenersi compresa anche la clausola compromissoria convenuta dalle parti del contratto ceduto. A tale interrogativo dottrina e giurisprudenza hanno fornito soluzioni opposte sulla base delle più svariate considerazioni, anche e soprattutto in considerazione del peculiare legame che sussiste tra clausola compromissoria e il contratto cui essa accede e della natura della stessa.

E' bene precisare che il problema della circolazione della clausola compromissoria in caso di cessione del contratto cui essa accede si pone qualora le parti, nell'operazione di cessione *ex artt.* 1406 ss. c.c., nulla dicano circa il patto compromissorio accluso⁴⁷.

Possono, infatti, ritenersi ammissibili diverse ipotesi in cui i tre soggetti interessati dalla cessione (cedente, cessionario e ceduto) assumano determinazioni in ordine al patto arbitrale: a) le parti possono volere – ed è, secondo l'impostazione tradizionale, l'ipotesi presunta nel caso in cui esse si siano limitate a dichiarare di voler cedere il “contratto” senza aggiunte⁴⁸ – il subentro del cessionario nel rapporto originato dalla clausola compromissoria inserita in contratto, ferma restando la competenza del giudice ordinario per le eventuali controversie tra cedente e cessionario⁴⁹; b) le parti possono

⁴⁶ Come confermato dai lavori preparatori del Codice Civile del 1942, cfr. *Relazione al Re Imperatore sul libro «Delle obbligazioni»*, n. 105, in *Le Leggi*, 1941, pp. 1042 ss.

⁴⁷ ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, cit., p. 440.

⁴⁸ È l'ipotesi in cui si presume che le parti abbiano inteso cedere tutto il contratto.

⁴⁹ FESTI, *La clausola compromissoria*, cit., p. 1044, il quale precisa che in tale ipotesi resta ferma, ovviamente, la competenza del collegio arbitrale per le eventuali residue liti tra contraente ceduto e

risolvere consensualmente il patto compromissorio contenuto nel contratto originario⁵⁰;

c) le parti possono, congiuntamente ad una delle precedenti ipotesi, stipulare una nuova convenzione arbitrale per le liti tra cedente e cessionario che possono sorgere dal contratto di cessione; d) le parti possono, infine, apporre al contratto ceduto una clausola arbitrale, non presente prima della cessione.

Giova evidenziare, però, che non è ammissibile la cessione della clausola compromissoria separatamente dal rapporto sostanziale cui sia collegata.

Qualora le parti nulla dispongano in ordine alla successione nel rapporto compromissorio, si pone il problema di capire se la cessione del contratto determini automaticamente il trasferimento della clausola compromissoria ovvero se a tal fine sia necessaria una specifica manifestazione di volontà.

Al riguardo, come evidenziato in precedenza, le soluzioni fornite dalla dottrina e dalla giurisprudenza sono le più disparate e si ha la sensazione che la Suprema Corte non abbia ancora inteso elaborare e sviluppare le linee guida e gli argomenti sistematici che ci consentano di optare coerentemente per la trasmissibilità della clausola compromissoria unitamente al rapporto ceduto in forza della cessione del contratto, ovvero di escluderla⁵¹.

Si cercherà, quindi, di illustrare nei successivi paragrafi le diverse teorie interpretative formulate in ordine alla questione della circolazione della clausola compromissoria nell'ipotesi di cessione del contratto cui essa accede, limitandosi ad esaminare l'ipotesi della cessione del contratto antecedente all'instaurazione del giudizio arbitrale⁵² e, quindi, di successione nella convenzione arbitrale.

cedente. Si pensi ad un'azione di risarcimento del danno promossa dal ceduto nei confronti del cedente per violazione di obblighi contrattuali di buona fede (ad esempio, doveri di informazione) di cui il ceduto sia venuto a conoscenza successivamente alla cessione. Quanto all'azione in garanzia da parte del ceduto nei confronti del cedente nel caso di inadempimento del cessionario, essa, in assenza di specifiche previsioni delle parti, dovrebbe essere di competenza del giudice ordinario, trattandosi di lite non prevedibile al momento della stipula della convenzione arbitrale e conseguente ad una successiva manifestazione di volontà. Diversa potrebbe essere la conclusione se nel contratto originario fosse contenuto il patto di cui all'art. 1407 c.c. perché in tal caso si potrebbe presumere l'intenzione dei contraenti di dirimere in arbitri anche le liti derivanti dalla cessione.

⁵⁰ FESTI, op. loc. ult. cit., sottolinea che la risoluzione potrebbe essere anche parziale, nel senso che potrebbe riguardare solo le liti insorgenti dal rapporto tra ceduto e cessionario e non quelle dal rapporto tra ceduto e cedente o viceversa.

⁵¹ In tal senso, CRISCUOLO, *Cessione del contratto e autonomia della clausola compromissoria*, in *Riv. arb.*, 1996, pp. 701 ss.

⁵² Nel caso in cui, invece, il contratto in cui è contenuta la clausola compromissoria venga ceduto successivamente all'instaurazione del giudizio arbitrale, si pone un problema di successione nel procedimento arbitrale già pendente, che in qualche modo si interseca con quello della successione nella

3.1 Il trasferimento automatico della clausola compromissoria.

La dottrina è sostanzialmente pacifica nel ritenere che la cessione del contratto, realizzando una successione a titolo particolare nel rapporto giuridico contrattuale, mediante la sostituzione di un nuovo soggetto (cessionario) nella posizione giuridica attiva e passiva di uno degli originari contraenti (cedente), comporta anche il trasferimento del vincolo nascente dalla clausola compromissoria con la quale le parti originarie si siano impegnate a deferire ad arbitri rituali ogni e qualsiasi controversia insorta tra le parti⁵³.

Già Carnelutti⁵⁴ ebbe ad affermare che «per spiegare come mai l'accordo processuale conchiuso dal cedente valga anche in confronto del cessionario, cioè a favore o contro di lui» occorre fare riferimento al concetto della successione nel rapporto giuridico litigioso e, più precisamente, secondo l'illustre Autore, nella lite.

In particolare, nel commentare la sentenza della Corte di Appello di Torino del 28 giugno 1937, secondo cui «la cessione di un contratto, salvo riserve o condizioni espresse, si intende comprendere indivisibilmente anche le convenzioni che attengono all'esercizio dell'azione giudiziaria», afferma che il carattere dell'identità del diritto o del rapporto, sul quale il concetto della successione si fonda, non si risolve in altro che nella efficacia in confronto del successore di fatti od atti rilevanti rispetto all'autore e, in particolare, di atti compiuti dall'autore medesimo.

Tra tali atti, ad avviso dell'illustre giurista, deve essere posta anche la clausola di competenza, oppure la clausola compromissoria o qualunque altro accordo processuale concernente il rapporto o la situazione giuridica traferita, perché se la legge reputa tale accordo rilevante in confronto dell'autore non vi sarebbe ragione per negarne la rilevanza rispetto al successore: se, per esempio, l'accordo tra compratore e venditore oppure tra mutuante e mutuatario vale a spostare la competenza per territorio, è naturale che lo stesso effetto si operi anche quando il credito nascente dalla vendita o dal mutuo sia stato ceduto.

convenzione arbitrale. In tale ipotesi vengono in rilievo gli artt. 815-*quinquies* e *sexies* c.p.c., rubricati rispettivamente “*Intervento di terzi e successione nel diritto controverso*” e “*Morte, estinzione o perdita della capacità della parte*”.

⁵³ ALPA-FUSARO, *Cessione del contratto*, in *Digesto civ.*, Torino, II, 1988, p. 339; BENATTI, *Sulla circolazione della clausola compromissoria*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, p. 110; RESCIGNO, *Arbitrato e autonomia contrattuale*, in *Riv. Arb.*, 1991, p. 29.

⁵⁴ CARNELUTTI, *Efficacia degli accordi sulla competenza di fronte al cessionario del credito*, in *Riv.dir.proc.civ.*, 1937, p. 172.

Tali osservazioni valgono, quindi, secondo il pensiero dell'Autore, sia con riferimento alla cessione del contratto che con riferimento alla cessione del credito, perché la successione nel rapporto o meglio la successione nella lite esprime la identità della situazione nonostante il mutamento di uno dei suoi soggetti o meglio la efficacia rispetto ad essa, nonostante tale mutamento, degli atti, che sarebbero stati efficaci in confronto del soggetto precedente⁵⁵.

Ad analoghe conclusioni è pervenuta anche altra parte della dottrina che, senza accogliere la particolare concezione di Carnelutti sulla natura della clausola compromissoria⁵⁶, si è mostrata favorevole al trapasso del vincolo compromissorio sulla base di diverse argomentazioni.

In primo luogo, si è fatto riferimento alla natura della cessione, che non altera il contenuto del regolamento contrattuale trasferito, ma solo l'elemento soggettivo di questo⁵⁷; nonché alla previsione di cui all'art. 1409 c.c., secondo cui il contraente ceduto può far valere contro il cessionario tutte le eccezioni derivanti dal contratto.

Con riferimento alla natura della cessione⁵⁸, si evidenzia che la cessione del contratto *ex artt.* 1406 ss. c.c. realizza una successione a titolo particolare del rapporto giuridico contrattuale attraverso la integrale sostituzione di un nuovo soggetto nella posizione giuridica di uno degli originari contraenti. Questo nuovo soggetto assume, in forza del negozio di cessione, la qualifica di vera e propria «parte», la dottrina avendo curato di distinguere, in proposito, la tradizionale nozione di parte (in senso formale) del contratto, intesa quale soggetto autore dell'atto, da una nuova nozione collegata al dettato di cui all'art. 1372 c.c., che impone di considerare «parte» (in senso sostanziale)

⁵⁵ CARNELUTTI, *op. loc. cit.*, p. 174.

⁵⁶ Per la quale, v. Cap. I, par. 3.

⁵⁷ E' in sostanza la tesi sostenuta da Cass., 16 febbraio 1993, n. 1930, benché poi la Cassazione finisca per esigere, ai fini dell'automatico trapasso, un'analisi esegetica del caso concreto, per verificare se i contraenti abbiano voluto istituire un nesso inscindibile fra contratto e soluzione arbitrale delle controversie. In realtà la letteratura sulla natura della cessione del contratto è variegata, come evidenziato nei precedenti paragrafi (v. par. 2.1). Secondo CICALA, *Cessione del contratto*, cit., pp. 878 ss., posto che la cessione del contratto indica l'atto di trasferimento nonché l'effetto di succedere nell'intera posizione contrattuale del cedente, la successione nella posizione contrattuale è concetto incerto: in realtà tutti i poteri che ineriscono al cessionario spettano a lui non perché siano oggetto del contratto di cessione ma perché il cessionario subentra in debiti e crediti, e costituiscono effetti dell'effetto del contratto di cessione; vale a dire l'effetto della cessione del contratto è il subentro in debiti e crediti, mentre i poteri sono a loro volta effetto di tale effetto. Si noti che il cedente può restare ancora soggetto alla clausola compromissoria se l'accettazione non libera il cedente: la c.d. successione *cumulativa*.

⁵⁸ Per una più dettagliata analisi delle tesi sulla natura della cessione, v. par. 2.1.

ogni soggetto nella sfera giuridica del quale si realizza l'incidenza degli effetti dell'atto. In altri termini, «parte» è tanto la parte dell'atto, quanto la parte del rapporto⁵⁹.

La conseguenza più immediata di questa pur evidente notazione risiede, secondo parte della dottrina⁶⁰, nel fatto che la posizione del cessionario è tale da rendergli imputabile non soltanto l'assetto economico degli interessi divisato dalle parti dell'atto, ma anche le ulteriori pattuizioni logicamente e ontologicamente comuni a tale assetto, seppure autonome sul piano strettamente causali-tipologico. La cessione del contratto, infatti, comporta che il terzo cessionario subentri al cedente in una posizione contrattuale che ben può rivestire caratteri di particolare complessità dal punto di vista della funzione oggettiva dei singoli patti.

Rinviando a quanto sopra esposto in merito alla causa della cessione, si evidenzia che il dibattito sviluppatosi sulla stessa può costituire utile fondamento per le seguenti considerazioni in ordine all'ambito di rilevanza del fenomeno successorio conseguente alla cessione di parola. La quasi totalità delle posizioni richiamate, pur muovendo da differenti prospettive e coltivando diverse nozioni della categoria causale, concordano nel constatare che in ciò consiste l'effetto (che per taluno è poi anche funzione) dello strumento in esame, nella sostituzione piena e completa di un soggetto ad un altro nella posizione contrattuale di parte. E quando si prescindano da tale elementare constatazione che si perde di vista la disciplina dell'istituto e la lettera della norma⁶¹.

Ai fini della corretta individuazione della disciplina dell'istituto, occorre quindi interrogarsi su quale sia l'accezione del termine contratto che il legislatore ha assunto nel dettare la disciplina in questione. Come precedentemente evidenziato, la valenza del termine verosimilmente fatta propria dal legislatore è quella di «regolamento»⁶², complesso organico di regole la cui individuazione presuppone un preventivo vaglio del risultato perseguito dai contraenti nel quadro delle norme e dei principi sulla liceità e meritevolezza dell'esercizio della libertà connessa ai privati di autoregolare i propri interessi.

⁵⁹ FERRI, voce *Parte nel negozio giuridico*, in *Enc. del diritto*, ora in *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1993, pp. 259 ss.

⁶⁰ CRISCUOLO, *Cessione del contratto e autonomia della clausola compromissoria*, in *Riv. arb.*, 1996, p. 704.

⁶¹ CRISCUOLO, op. loc. cit., p. 705.

⁶² CLARIZIA, *La cessione del contratto*, cit., pp. 48 ss.

Sulla base di tali premesse, quindi, non si ritiene di poter dubitare che la cessione in discorso abbia ad oggetto il contratto inteso quale regolamento, rapporto giuridico contrattuale organico, al tempo stesso complesso ed unitario, soltanto così potendo realizzarsi quel trasferimento della globalità di situazioni attive e passive unitariamente considerate, che costituisce l'effetto proprio della disciplina in esame, la direzione impressa alla totalità dei propri interessi dalle parti che fanno ricorso a tale strumento⁶³

In relazione al secondo argomento posto a sostegno dell'automaticità del trasferimento, si rileva che il disposto dell'art. 1409 c.c. prevede il trasferimento del rapporto contrattuale ceduto nella sua integralità: qualora le parti abbiano pattuito puramente e semplicemente di cedere un determinato contratto senza ulteriori precisazioni, si deve logicamente concludere che, nel silenzio delle parti, esse abbiano inteso trasferire tutto il rapporto contrattuale.

In realtà, il richiamo all'art. 1409 c.c. è stato anche utilizzato per sostenere la tesi che nega l'automatico trasferimento della clausola in caso di cessione del contratto. Si è, infatti, ritenuto che l'eccezione di arbitrato non deriva dal contratto ceduto, perché si fonda su una distinta pattuizione, e quindi è un'eccezione fondata su "altri" rapporti col cedente, per conservare la quale è necessario un'apposita pattuizione o un'espressa riserva⁶⁴. Al riguardo, si può però obiettare che la nozione di "contratto" presupposta dall'art. 1409 c.c. non si identifica in un nucleo essenziale di derivazione normativa o in un astratto tipo legale, ma fa riferimento al «complesso delle pattuizioni approvate dai contraenti»⁶⁵ cui il cessionario ha prestato adesione, con la conseguenza di poter ritenere che in tale pattuizioni sia ricompresa anche la clausola compromissoria.

Si aggiunge, inoltre, che così come non vi è dubbio che la cessione di un contratto comprenda – in assenza di diversa previsione pattizia – anche la clausola penale ivi contenuta, nonostante la sua autonomia in caso di risoluzione del contratto

⁶³ CRISCUOLO, *Cessione del contratto e autonomia della clausola compromissoria*, cit., p. 706.

⁶⁴ VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2006, p. 58, il quale però ritiene che nel caso cessione del contratto si ponga una *quaestio voluntatis*: pur affermando che l'esistenza di una convenzione di arbitrato si traduce sul piano processuale in una eccezione fondata su "altri" rapporti col cedente *ex art. 1409 c.c.*, rileva che di solito, però, essendo la clausola inserita nel testo del contratto ceduto, e quindi formando un solo documento, la cessione del contratto va intesa come relativa a tutto ciò che è inserito nel precedente documento contrattuale, così che il trasferimento del contratto implica anche il trasferimento della clausola (sempre che siano rispettati i necessari requisiti formali).

⁶⁵ SCHLESINGER, *Complessità del procedimento di formazione del consenso ed unità del negozio del contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, p. 1353.

stesso, non è parimenti discutibile il coinvolgimento nella cessione della clausola compromissoria⁶⁶.

Giova evidenziare che tale impostazione risulta pienamente compatibile con il principio consensualistico⁶⁷, che costituisce il necessario fondamento della scelta arbitrale, in quanto nell'automatico trasferimento della clausola compromissoria ai successori che accettano di subentrare nel rapporto principale sarebbe comunque riconoscibile una manifestazione di consenso⁶⁸: si è evidenziato, infatti, che nel caso in cui le parti si siano limitate a dichiarare di voler cedere il contratto, si presume la loro volontà di far subentrare il cessionario nel rapporto originato dalla clausola compromissoria inserita nel contratto.

Parte della dottrina⁶⁹ precisa, al riguardo, che la presunzione interpretativa vale, però, solo per l'ipotesi più frequente in cui la clausola sia inserita nel medesimo documento contenente il negozio sostanziale oggetto di cessione, facendo così parte in modo omogeneo di un unico complessivo regolamento contrattuale. Non opera, invece, qualora la convenzione di cui all'art. 808 c.p.c. sia inserita – come consente il primo comma della stessa norma – in un documento separato da quello contenente il contratto sostanziale oggetto di cessione, senza che ad essa si faccia in alcun modo riferimento nel medesimo contratto sostanziale⁷⁰.

Gli argomenti posti a sostegno dell'automaticità del trasferimento della clausola compromissoria – natura della cessione e previsione di cui all'art. 1409 c.c. – però, non sono stati ritenuti sufficienti per dimostrare il trapasso della scelta arbitrale in capo al cessionario del contratto⁷¹. Con riferimento alla natura della cessione, infatti, potrebbe obiettarsi che la clausola compromissoria abbia dato luogo ad un regolamento contrattuale diverso e separato, per cui occorre dimostrare la premessa, vale a dire che

⁶⁶ In tal senso, FESTI, *La clausola compromissoria*, cit., p. 1042, il cui pensiero viene criticato da CAVALLINI, *Il trasferimento della clausola compromissoria*, in *Riv.dir.civ.*, 2003, p. 480, nota n. 17, il quale ritiene che, in realtà, clausola compromissoria e clausola penale hanno in comune solo il termine "clausola", essendo la "penale" una vera *pattuizione accessoria* al contenuto del contratto regolante esclusivamente la predeterminazione della misura del risarcimento in caso di inadempimento (e con non secondaria funzione di coercizione all'adempimento medesimo), in quanto tale applicabile altresì in sede di tutela arbitrale.

⁶⁷ Per l'esame delle questioni connesse al rapporto tra principio consensualistico e successione nel patto compromissorio, v. Cap. II, par. 1.2.

⁶⁸ In tal senso, CARLEO, *La successione nel rapporto compromissorio*, cit., p. 678.

⁶⁹ FESTI, *La clausola compromissoria*, cit., p. 1042.

⁷⁰ Nel medesimo senso sembra esprimersi anche VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, cit., p. 58.

⁷¹ ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale*, in CARPI (a cura di), *Arbitrato*, Bologna, 2008, pp. 55-56.

anche questo formi oggetto della cessione. Ciò vale anche con riferimento all'argomento che fa leva sull'art. 1409 c.c., in quanto questo muove da un preconetto, cioè che le eccezioni sollevabili dal ceduto riguardino, oltre al rapporto contrattuale oggetto di cessione, anche quello, diverso e distinto, scaturente dal patto compromissorio⁷².

Si è ritenuto⁷³, invece, che il vincolo compromissorio possa più semplicemente trarsi dalla regola generale della legittimazione a compromettere⁷⁴. In particolare, richiamando quanto esposto in relazione ai limiti soggettivi di efficacia del patto arbitrale⁷⁵, il concetto di legittimazione a compromettere postula che non soltanto può stipulare un patto compromissorio colui che si afferma titolare di un diritto, bensì anche colui che, pur non affermandosi tale, è legittimato a disporre.

Secondo tale impostazione, quindi, si deve distinguere tra un legittimato *ordinario* a compromettere, vale a dire il titolare della situazione sostanziale dedotta come presupposto del patto compromissorio; e un legittimato *straordinario*, vale a dire colui che, pur non essendo titolare della situazione sostanziale dedotta come presupposto del patto compromissorio, è fornito del potere di disporre⁷⁶.

L'art. 806 c.p.c., nella sua nuova veste di modello di riferimento per l'intero *genus* delle convenzioni arbitrali, rappresenta la norma chiave ai fini della definizione della nozione di legittimazione a compromettere: esso impone la coincidenza tra il potere di compromettere e la titolarità della «controversia», fissando così requisito della legittimazione a compromettere nella – affermata – titolarità del diritto.

Per la clausola compromissoria contrattuale vi è l'ulteriore previsione di cui all'art. 808 che può essere letta sotto due diversi aspetti: in primo luogo, conferma che vi è una corrispondenza naturale tra la parte titolare della situazione giuridica

⁷² ZUCCONI GALLI FONSECA, op. loc. ult. cit. riprende la tesi di BOVE, *Processo arbitrale e terzi*, in *Riv. arb.*, 1995, pp. 788 ss.

⁷³ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Commento all'art. 806*, cit., p. 51.

⁷⁴ Tale regola, occorre ribadire, appare decisiva al fine di verificare se vi siano casi eccezionali in cui si realizza una vera e propria estensione del vincolo compromissorio a terzi.

⁷⁵ V. Cap. I, par. 6.

⁷⁶ Quale tipico caso di disgiunzione tra titolarità di un diritto soggettivo e titolarità del diritto di disporre si menziona la sostituzione sostanziale, nella quale si verifica un allargamento soggettivo del patto compromissorio: si fa l'esempio della *cessio bonorum*, del contratto estimatorio, del mandato senza rappresentanza, del contratto fiduciario e così via. Per poter compromettere in arbitri su diritti altrui non basta, però, essere provvisti di un più generico potere di interferire nella sfera di altri. E' il caso della 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.

controversa e la parte legittimata a compromettere. Sotto altro aspetto, invece, l'art. 807 indica il criterio straordinario di legittimazione a compromettere: se il soggetto non sia titolare del diritto, egli può compromettere ove abbia il potere di disporre di quel diritto⁷⁷.

Sulla base delle considerazioni appena svolte, appare quindi agevole affermare che, se il potere di compromettere corrisponde alla titolarità della situazione controversa, in caso di successione nella posizione contrattuale di una delle parti, il successore diverrà legittimato a compromettere (il che val quanto dire che legittimata a compromettere è la parte in senso sostanziale del contratto)⁷⁸, pertanto, nel caso di cessione del contratto, il cessionario subentra nel patto compromissorio, mentre il cedente perde la legittimazione a compromettere sulle controversie nascenti dal contratto medesimo⁷⁹.

Altra parte della dottrina⁸⁰, invece, pur ritenendo irragionevole la pretesa di offrire una soluzione unitaria e generale del problema, rileva che la cessione del contratto, in sé e per sé, non implica di necessità – né, evidentemente, di necessità esclude – la trasmissione del vincolo compromissorio. Essa appare comportare la successione del cessionario anche nel rapporto nascente dal patto compromissorio tutte quelle volte in cui a quest'ultimo può essere attribuita una funzione complementare o integrativa dello scopo del negozio ceduto; tutte quelle volte, cioè, in cui è possibile individuare nella scelta arbitrale un nesso di stretta dipendenza rispetto alla realizzazione dell'operazione economica perseguita dai contraenti⁸¹. Così la clausola compromissoria, in linea di massima autonoma dal punto di vista funzionale-tipologico, rimane tutt'altro che indipendente rispetto al contesto, posto che la funzione di essa si rende strumentale alla realizzazione della causa concreta dell'operazione, degli interessi in concreto perseguiti⁸².

⁷⁷ Ciò non significa che la convenzione arbitrale sia atto dispositivo. In essa, al pari del negozio di accertamento, vi è un profondo iato tra autonomia patrimoniale (costituzione di rapporti giuridici e non solo estinzione o modificazione) e legittimazione a disporre in senso stretto (pura rinuncia o alienazione): cosicché la legittimazione a disporre appare espressione della prima regola e non della seconda, tipica invece dei negozi propriamente dispositivi.

⁷⁸ ZUCCONI GALLI FONSECA, op. loc. cit.

⁷⁹ ad eccezione dell'ipotesi della c.d. successione cumulativa.

⁸⁰ CRISCUOLO, *Cessione del contratto e autonomia della clausola compromissoria*, cit., pp. 701 ss.

⁸¹ In tal senso anche Cass., 16 febbraio 1993, n. 1930.

⁸² BIANCA, *Se il terzo a favore del quale sia stato stipulato il contratto possa avvalersi della clausola compromissoria contenuta nel contratto medesimo*, in *Rass.dir.civ.*, 1988, rileva che «pur essendo la clausola compromissoria un negozio distinto rispetto al contratto costitutivo del credito, essa conferisce

In senso sostanzialmente analogo, una parte della dottrina⁸³ ritiene che il trasferimento della clausola compromissoria dipenda, non dalla funzione complementare o integrativa dello scopo del negozio ceduto che può essere riconosciuta alla clausola compromissoria, ma dall'indagine sulla volontà delle parti: si pone, in altri, termini, una *quaestio voluntatis*. Infatti, ad avviso di tale orientamento, l'esistenza di una convenzione di arbitrato si traduce, sul piano processuale, in un'eccezione e, secondo l'art. 1409 c.c. «il contraente ceduto può opporre al cessionario tutte le eccezioni derivanti dal contratto, ma non quelle fondate su altri rapporti con il cedente, salvo che ne abbia fatto espressa riserva al momento in cui ha consentito alla sostituzione». E' possibile chiosare la disposizione, ponendo il rilievo che l'eccezione di arbitrato non deriva dal contratto ceduto, perché si fonda su di una distinta pattuizione, e quindi che è un'eccezione fondata su "altri" rapporti col cedente, per conservare la quale è necessaria un'apposita pattuizione o un'espressa riserva. Di solito, però, essendo la clausola inserita nel testo del contratto ceduto, e quindi formando un solo documento, la cessione va intesa come relativa a tutto ciò che inserito nel precedente documento contrattuale, così che il trasferimento del contratto implica anche il trasferimento della clausola. Di conseguenza, mentre in questo caso sarà necessario che le parti espressamente escludano il trasferimento della clausola, sarà necessario il riferimento espresso alla clausola quante volte la convenzione di arbitrato sia stata stipulata autonomamente⁸⁴.

Infine, con riferimento al problema del rispetto dell'onere di forma scritta prescritto dall'art. 808 c.p.c. – problema che si pone in quanto la cessione sarebbe automatica e, quindi, senza alcuna espressa pattuizione che possa rivestire la forma richiesta – è stato sostenuto che «il requisito di forma è assolto *per relationem*, attraverso la dichiarazione produttiva dell'efficacia del contratto per il cessionario»⁸⁵.

un diritto, quello di esercitare in sede arbitrale le ragioni inerenti al credito, che è un accessorio di quest'ultimo».

⁸³ VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, cit., p. 58.

⁸⁴ VERDE, op. loc. ult. cit.

⁸⁵ RESCIGNO, *Arbitrato e autonomia contrattuale*, cit., pp. 28 ss.; in tal senso anche BENATTI, *Sulla circolazione della clausola compromissoria*, cit. pp. 110-111; per l'opposta tesi secondo cui in caso di cessione del contratto la clausola compromissoria deve, per essere efficace nei confronti del cessionario, essere oggetto di specifico richiamo nella scrittura di cessione, v. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, 1988, pp. 188 ss.; CAVALLINI C., *Il trasferimento della clausola compromissoria*, in *Riv.dir.civ.*, 2003, pp. 480-481; FERRO, *La clausola compromissoria*, cit., pp. 661 ss.

In particolare, si è precisato⁸⁶ che, poiché il cessionario subentra nella posizione del cedente in base al negozio di cessione, le clausole formalmente valide del contratto ceduto sono opponibili al cessionario a prescindere da una sua accettazione formale, con la conseguenza che il «cessionario non potrebbe contestare una valida clausola compromissoria assumendo di non averla accettata per iscritto»⁸⁷.

3.2 La specifica accettazione della clausola compromissoria e il principio di autonomia.

Un orientamento dottrinale ritiene che il vincolo determinato dalla clausola compromissoria non dovrebbe trasferirsi automaticamente al successore a titolo particolare per atto tra vivi, essendo a tal fine necessario che egli manifesti il proprio consenso espressamente e con la dovuta forma scritta⁸⁸.

Il principale argomento, di ordine sistematico, posto sostegno di tale interpretazione, fa leva sul cosiddetto principio di autonomia della clausola compromissoria, in forza del quale questa, costituendo un negozio distinto da quello cui si riferisce, non potrebbe impegnare il successore al regime compromissorio, altrimenti costui potrebbe trovarsi soggetto ad un accordo che non ha voluto o, comunque, al quale non ha partecipato, o di cui, magari, ignorava l'esistenza. Pertanto si troverebbe privato del suo giudice naturale e, ove il giudizio arbitrale fosse già iniziato, sarebbe anche pregiudicato nella sua difesa, dato che, intervenendo, dovrebbe assumere il giudizio in *statu et terminis*⁸⁹.

In realtà, tale argomento è facilmente superabile se solo si precisa l'esatta definizione e funzione di quello che è comunemente definito il principio di autonomia della clausola compromissoria.

⁸⁶ BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, cit., p. 289, nota 41.

⁸⁷ BIANCA, op. loc. ult. cit.

⁸⁸ Tra le argomentazioni poste a sostegno di tale orientamento si rileva che la tesi in questione annovera tra le pronunzie conformi una sentenza a Sezioni Unite (Cass., 3 giugno 1985, n. 3285); sul punto, si veda TETI, *La giurisprudenza e l'arbitrato nelle società*, in AA. VV., *L'arbitrato: fondamenti e tecniche*, Napoli, 1995, p. 99, il quale paventa l'incidenza di un così autorevole precedente in materia di subentro del socio in compagini nelle quali lo statuto preveda clausole compromissorie. Al riguardo, CRISCUOLO, op. cit., p. 702, osserva che l'argomento è tutt'altro che risolutivo, giacché in quella ipotesi le Sezioni Unite furono chiamate a pronunciarsi solo perché era stato sollevato regolamento preventivo di giurisdizione, non con la funzione specifica di dirimere il contrasto giurisprudenziale già al tempo in atto.

⁸⁹ Così SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, 1988, p. 188, il quale aggiunge che da ciò conseguirebbe un'eccessiva dilatazione degli effetti della trasmissione delle posizioni giuridiche soggettive a titolo particolare.

Nel rinviare alle considerazioni svolte nel capitolo dedicato alla clausola compromissoria⁹⁰, in questa sede occorre ribadire che il principio in questione nacque dalla elaborazione del Carnelutti⁹¹, il quale evidenziò, da un canto, la diversa funzione del compromesso rispetto al regolamento cui accede, dall'altro canto, la diversa natura di esso, atto non contrattuale ma «complesso» attraverso il quale «le parti non regolano un conflitto di interessi segnando il punto di equilibrio nel quale il conflitto si compone», ma «cercano il miglior giudice per una certa categoria di liti».

A prescindere dal rilievo in ordine alla natura della clausola compromissoria, la vera intuizione dell'illustre Autore risiede nel fatto di aver percepito, prima di altri, che, pur essendo la clausola compromissoria inserita logicamente e temporalmente nel contratto, nondimeno costituisce un atto con funzione a sé stante e, per di più, dotata di una propria specifica causa.

Giova sottolineare che la ragione prima di tale elaborazione risiedeva, all'evidenza, nella necessità di salvare l'opzione arbitrale in caso di invalidità del regolamento sostanziale.

E' stato evidenziato⁹² come negli sviluppi di quella intuizione, utilizzando un tratteggio riferimento al principio in parola, si è pervenuti ad una riduzione ad unità delle due diverse problematiche dell'autonomia e dell'indipendenza della clausola, che nell'originaria formulazione ben potevano rimanere distinte, altro essendo la questione della diversità funzionale, altro quella della strumentalità in concreto della scelta arbitrale alla realizzazione del complessivo assetto di interessi diviso dai contraenti⁹³.

Su queste basi, la nostra dottrina ha immeritadamente assunto il principio a vero proprio dogma: dogma che, alla stregua del rilievo da attribuire in concreto alla relazione che le parti intendono istituire tra clausola e regolamento, si rivelerebbe di per sé ed in assoluto inidoneo anche a legittimare la soluzione del problema che più premeva a coloro che si sono affannati in tale elaborazione, quello della sorte e dell'eventuale travolgimento della clausola in caso di invalidità del contratto. Insomma, muovendo dal principio in esame, si è affermata una sorta di extravaganza della

⁹⁰ V. Cap. I, par. 3.

⁹¹ CARNELUTTI, *Clausola compromissoria e competenza degli arbitri*, in *Riv. dir. comm.*, 1921, pp. 327 ss.

⁹² CRISCUOLO, *Cessione del contratto e autonomia della clausola compromissoria*, cit., p., 703.

⁹³ MARINI, *Note in tema di autonomia della clausola compromissoria*, in AA. VV., *L'arbitrato: fondamenti e tecniche*, cit., p. 65.

clausola rispetto al regolamento sostanziale, laddove nella prospettiva di una ponderata valutazione dell'indipendenza della clausola rispetto al contesto dei patti, non si sarebbe certo potuto prescindere da un'indagine sull'essenzialità della clausola medesima, con la conseguente necessità di rendere applicabile il congegno di cui all'art. 1419 c.c.⁹⁴.

L'importanza assunta dal principio di autonomia della clausola compromissoria appare confermata anche da quelle teorie che, favorevoli alla successione automatica della clausola compromissoria, hanno cercato di conciliare tale successione automatica con il principio in questione, attribuendo in tal modo al principio di autonomia un rilievo maggiore di quello in concreto posseduto⁹⁵.

Si è, infatti, affermato che il problema relativo alla conciliazione dei principi in questione, potrebbe forse essere risolto ritenendo che la regola del trasferimento automatico non comporta necessariamente la negazione del principio di autonomia, che comunque conserva una valenza, per così dire, «negativa», nel senso che la clausola compromissoria, proprio in virtù della sua autonomia, può essere esclusa dal trasferimento, senza che tale esclusione determini alcuna modifica del rapporto trasferito, di talché la clausola compromissoria circola unitamente ad esso, riferendosi il consenso alla successione tanto al rapporto principale, quanto a quello compromissorio, ogniqualvolta non risulti - per espressa pattuizione in tal senso ovvero mediante una prudente applicazione delle norme in tema di interpretazione del contratto - che le parti abbiano inteso escluderla dal trasferimento.

Tali considerazioni, a ben vedere, potrebbero consentire di risolvere il problema ritenendo che il trasferimento della clausola, che di fatto appare automatico in seguito alla successione nel contratto principale, in realtà dipende comunque da un consenso specifico che, benché desunto in via interpretativa, non muta per questo la propria natura⁹⁶.

⁹⁴ CRISCUOLO, op. loc. cit.

⁹⁵ Si può infatti rilevare come non vi fosse alcuna ragione di rendere compatibile la teoria della successione automatica con il principio di autonomia della clausola compromissoria, posto che tale principio, come evidenziato, attiene ad un piano del tutto differente da quello che viene in rilievo con la successione.

⁹⁶ CARLEO, *La successione nel rapporto compromissorio*, cit., p. 682.

Occorre, infine, richiamare un orientamento dottrinale⁹⁷ che, nell'escludere la successione automatica, propone una particolare ricostruzione del principio di autonomia della clausola compromissoria.

In particolare, si fa la premessa per cui «il patto compromissorio, anche quando riveste la forma della clausola inserita in un contratto, mantiene inalterata la sua funzione, di manifestazione di una *comune* volontà di *impedire* la giurisdizione del giudice ordinario, sulle controversie arbitrabili, senza che i vizi invalidanti il contratto possano estendersi ad invalidare la clausola»⁹⁸. Anzi, si osserva che, ancora più marcatamente nella clausola compromissoria, emerge la rilevanza di un'*autonoma* volontà dei contraenti, volta esclusivamente a siglare un *accordo* sulle modalità di tutela dei diritti oggetto del contratto. In buona sostanza, la c.d. autonomia della clausola compromissoria rileva, proprio e innanzi tutto, come manifestazione dell'*autonoma* volontà negoziale esplicitata ai fini dell'accordo arbitrale, e quindi *distinta* dal consenso delle parti contraenti, necessario alla conclusione del contratto.

Sulla base di tale premessa, quindi, si afferma che la prospettiva per risolvere i problemi concernenti le vicende circolatorie della clausola compromissoria, deve essere quella di valutare l'incidenza di tale *autonoma* volontà dei contraenti, che permea la clausola compromissoria come *accordo* per le modalità di tutela delle controversie nascenti dal contratto, nelle vicende stesse vicende circolatorie. In altri termini, già dal punto di vista del metodo, non si ritiene condivisibile rilevare che sia la disciplina del negozio che attua il trasferimento o la successione nel contratto a dettare la regola e la soluzione positiva della circolazione altresì del patto compromissorio. Al contrario, si ritiene che è la rilevanza del peculiare ed in questo senso autonomo consenso all'arbitrato che va inserito, per così dire, nella struttura del negozio successorio, onde valutarne l'*automatica* (o meno; ma sarebbe meglio dire *implicita*) rinnovazione⁹⁹.

In tale ottica, assume particolare importanza la previsione della forma scritta (e debitamente sottoscritta) dell'accordo arbitrale, in quanto la stessa racchiude la legittima

⁹⁷ CAVALLINI, *Il trasferimento della clausola compromissoria*, in *Riv.dir.civ.*, 2003, pp. 473 ss.

⁹⁸ CAVALLINI, op. ult. cit., p. 479.

⁹⁹ CAVALLINI, op. ult. cit., pp. 479-481, cui si rinvia per le critiche mosse all'argomento dell'opposta tesi che fa leva sull'art. 1409 c.c. che, ad avviso dell'A. sembra avvalorare proprio la distinta rilevanza del consenso espresso tra le parti per la conclusione del contratto, da un lato, e, dall'altro lato, quello manifestato per raggiungere l'accordo circa le modalità di tutela dei diritti nascenti dal medesimo.

manifestazione del consenso dei contraenti, preordinato a conferire la agli arbitri il potere di decidere la controversia.

Ad avviso della dottrina in esame, quindi, la forma scritta della clausola ha la funzione di evidenziare che l'esplicitazione del consenso dei contraenti all'arbitrato è una manifestazione di volontà *diversa e distinta* da quella resasi necessaria per la stipulazione del contratto: un'esplicitazione che ben dovrebbe rientrare nell'eccettuazione che l'art. 1409 c.c. compie con riguardo alle eccezioni che il contraente ceduto può opporre al cessionario.

Anzi, proprio per effetto della struttura trilatera del negozio di cessione, ove la prestazione del consenso del contraente ceduto costituisce un elemento centrale della fattispecie perfezionativa del negozio medesimo, la rilevanza così assunta dall'*autonomia* del consenso all'arbitrato rispetto al contenuto del contratto ceduto impone che tale consenso venga debitamente rinnovato concessionario e il contraente ceduto, con il necessario rispetto della forma scritta. In assenza di tale dovuta rinnovazione, è l'art. 1409 c.c. che detta la regola: il contraente ceduto, convenuto dal cessionario avanti al giudice ordinario non può opporre l'*exceptio compromissi*, che invero avrebbe potuto eccepire al cedente; o viceversa, il contraente ceduto, cui viene notificata la domanda, può legittimamente rifiutarsi di nominare il proprio arbitro e far accertare in ogni tempo l'inesistenza del patto compromissorio¹⁰⁰.

3.3 Il dibattito giurisprudenziale.

Alla varietà delle tesi sostenute in dottrina in merito alla circolazione della clausola compromissoria nell'ipotesi in cui il contratto cui essa acceda divenga oggetto di cessione, corrispondono altrettanti orientamenti giurisprudenziali. In questa sede si cercherà, pertanto, di richiamare le pronunce di maggior rilievo al fine di verificare se sia possibile tracciare un'evoluzione sul tema in esame che consenta di ritenere una tesi prevalente sulle altre.

Può evidenziarsi che le pronunce più risalenti¹⁰¹ avevano ritenuto che la cessione del contratto in cui era contenuta una clausola compromissoria determinasse l'automatico trasferimento della clausola. Sulla base di tali pronunce, si era consolidato un orientamento giurisprudenziale per il quale la cessione del contratto, realizzando una

¹⁰⁰ CAVALLINI, op. ult. cit., p. 481.

¹⁰¹ Corte d'Appello di Torino, 28 giugno 1937, in *Dir.proc. civ.*, 1937, pp. 168 ss.

successione a titolo particolare nel rapporto giuridico contrattuale mediante la sostituzione di un nuovo soggetto nella posizione giuridica attiva e passiva di uno degli originari contraenti, comporta anche il trasferimento del vincolo nascente dalla clausola compromissoria con la quale le parti originarie si siano impegnate a deferire ad arbitri le controversie insorte tra le parti.

La Cassazione¹⁰² ha, infatti, ritenuto che la clausola compromissoria può trasferirsi al cessionario del contratto anche se non espressamente accettata da questo. Tuttavia, la Suprema Corte, in questa occasione, non è giunta ad affermare che ciò costituisca la regola, ma si è limitata a puntualizzare che «il negozio di cessione del contratto, se non comporta automaticamente la successione nel compromesso, non esclude neppure in modo automatico»¹⁰³.

Tale tendenza, accolta favorevolmente da una parte rilevante della dottrina è stata invertita da una pronuncia a Sezioni Unite¹⁰⁴ che ha negato, seppur in un *obiter dictum*, l'automatico trasferimento della clausola compromissoria che acceda ad un contratto che venga ceduto, conseguentemente ritenendo che né il contraente ceduto, né il cessionario possano avvalersi di detta clausola.

Sulla scia della pronuncia a Sezioni Unite, una successiva sentenza del 2003¹⁰⁵, argomentando dall'autonomia della clausola compromissoria ai sensi dell'art. 808 c.p.c., ha escluso che la cessione del contratto contenente la clausola compromissoria comporti altresì, in difetto di specifico accordo tra le parti, l'automatica cessione della clausola stessa.

¹⁰² Cass., 16 febbraio 1993, n. 1930, cit.

¹⁰³ La lettura della motivazione chiarisce come la Corte abbia soltanto statuito su una fattispecie del tutto particolare, relativa ad una clausola compromissoria inserita in un contratto preliminare di compravendita, senza intendere di modificare il consolidato orientamento accolto nel testo. Al riguardo, si richiama il passo in cui la Corte enuncia che «la volontà delle parti manifestata nel negozio di cessione, emerge dalla funzione del compromesso nell'ambito della disciplina complessiva della fattispecie ceduta. Nella specie, infatti, la clausola diretta regolare le modalità di attuazione e costituisce parte integrante del preliminare di vendita. La scissione tra il preliminare e il negozio di vendita, astrattamente possibile, in concreto non sussiste. In realtà, per effetto della pattuizione intervenuta, i due negozi vengono considerati indissolubilmente connessi, essendo il secondo diretto regolare l'esecuzione del primo».

¹⁰⁴ Cass. S.U., 17 dicembre 1998, n. 12616, in *Foro it.*, 1999, I, p. 2979 ss.

¹⁰⁵ Cass., 19 settembre 2003, n. 13893, in *Corr. Giur.*, 2003, pp. 1583 ss., con nota critica di MARICONDA, *Cessione del credito e clausola compromissoria: le inaccettabili conclusioni della cassazione*, e in *Riv. arb.*, 2004, pp. 467 ss., con nota di PETRILLO, *Circolazione della clausola compromissoria in ipotesi di cessione del credito*; tale pronuncia, sulla base dei principi affermati in merito alla circolazione della clausola compromissoria nell'ipotesi di cessione del contratto, ha ritenuto anche che, e a maggior ragione, sarebbe escluso che il subentro automatico nella clausola possa verificarsi a favore del mero cessionario del credito protagonista di una vicenda di contenuto ed effetti assai minori; ciò a differenza del debitore ceduto il quale potrebbe invocare nei confronti del cessionario la clausola compromissoria.

Giova evidenziare che tale nuovo orientamento è stato fondato pressoché esclusivamente sul principio di autonomia della clausola compromissoria, il più delle volte richiamato genericamente, senza una specifica analisi delle ragioni poste a sostegno della c.d. autonomia.

Un più recente orientamento giurisprudenziale¹⁰⁶ ha ritenuto che la clausola compromissoria non possa essere trasferita nell'ipotesi di cessione del contratto quando manchi il consenso espresso del contraente ceduto: secondo la Corte non sarebbe sufficiente l'accordo raggiunto sulla cessione del contratto dal momento che la clausola compromissoria è autonoma rispetto al contratto in cui è inserita, con la conseguenza che «la sua accettazione da parte del ceduto deve essere conforme alle regole formali che fanno conseguire una rinuncia alla giurisdizione dello Stato». Si afferma, quindi, la necessità perché la clausola compromissoria circoli unitamente al contratto cui è apposta, che il contraente ceduto aderisca esplicitamente alla clausola compromissoria¹⁰⁷.

Tuttavia, non può ritenersi che tale ultimo orientamento sia da considerarsi prevalente in quanto continuano a seguirsi sul tema in questione contrastanti pronunce¹⁰⁸ che a volte negano e a volte ammettono l'automatico trasferimento della clausola compromissoria.

A ciò si aggiunga che manca nell'ordinamento un'indicazione chiara, che allo stato dei fatti dovrebbe provenire dalla suprema Corte, sull'orientamento da seguire per la soluzione dei problemi di circolazione della clausola compromissoria.

Alla luce del delineato quadro giurisprudenziale, quindi, può affermarsi che il dibattito sull'automaticità o meno del trasferimento della clausola compromissoria non può ancora ritenersi concluso.

¹⁰⁶ Cass., 22 marzo 2007, n. 7652, in *Corr giur.*, 2007, p. 1227, con nota di ROCCHIO, *Circolazione della clausola compromissoria e cessione d'azienda*.

¹⁰⁷ La sentenza non affronta specificamente il problema se analoga adesione debba essere data anche dal cessionario, ma sembrerebbe esprimersi nel senso di ritenere che la necessità dell'adesione del cessionario vada verificata caso per caso.

¹⁰⁸ Tra le ultime pronunce favorevoli all'automatico trasferimento si ricorda Cass., 28 ottobre 2011, n. 22522, «la cessione del contratto, realizzando una successione a titolo particolare nel rapporto giuridico contrattuale, mediante la sostituzione di un nuovo soggetto (cessionario) nella posizione giuridica attiva e passiva di uno degli originari contraenti (cedente), comporta anche il trasferimento del vincolo nascente dalla clausola compromissoria con la quale le parti originarie si siano impegnate a deferire ad arbitri rituali ogni e qualsiasi controversia insorta tra le parti circa l'attuazione, l'interpretazione e la risoluzione del contratto».

4. La cessione d'azienda.

Un discorso a parte merita l'ipotesi della cessione d'azienda (artt. 2558 ss. c.c.) la quale configura una vicenda non assimilabile alla cessione del contratto. La cessione di azienda, infatti, realizza i propri effetti, che consistono nel trasferimento di un complesso di rapporti contrattuali in corso, indipendentemente dal consenso del contraente ceduto. Pertanto il medesimo effetto del trasferimento di un rapporto contrattuale si verifica nel contesto di un più ampio trasferimento, relativo ad un'universalità di rapporti, che si realizza in virtù di un accordo bilaterale, concluso a differenza che nella cessione del contratto, senza la partecipazione contraente ceduto (per cui la tutela dell'interesse del contraente ceduto a non subire modificazioni nella propria sfera giuridica a prescindere dalla propria volontà - che nella cessione del contratto è assicurata dall'art. 1406 c.c. mediante la previsione della necessità che egli presti il proprio consenso alla cessione - è molto più limitata, invece, nella cessione di azienda, ossia relativamente ai contratti stipulati con un imprenditore che hanno per oggetto prestazioni inerenti all'esercizio dell'impresa, per i quali l'art. 2558, comma 2, prevede soltanto la possibilità per il terzo contraente di esercitare il diritto di recesso).

Ne consegue che nella fattispecie della cessione d'azienda, il fenomeno del trasferimento automatico del rapporto compromissorio appare, secondo gli stessi principi che la governano, compatibile con la natura, la struttura e gli effetti della fattispecie, tanto da potersi giustificare più agevolmente rispetto alla fattispecie della cessione del contratto¹⁰⁹.

Tra gli argomenti posti a sostegno di tale conclusione si richiamano, in primo luogo, il carattere globale ed unitario della cessione del complesso dei rapporti in corso facenti capo all'azienda, tanto che la cessione dell'azienda si configura come una vendita di universalità di cose; in secondo luogo, la struttura bilaterale della fattispecie, alla quale non partecipa il contraente ceduto per cui se il cessionario su non subentrasse automaticamente nel rapporto compromissorio, il ceduto (come si vedrà anche nel capitolo seguente sulla cessione del credito) verrebbe ad essere privato della possibilità di ricorrere agli arbitri per effetto di un negozio cui egli non ha partecipato¹¹⁰.

¹⁰⁹ RESCIGNO, *Arbitrato e autonomia contrattuale*, in *Rivista arbitrato*, 1991, pp. 28 ss.

¹¹⁰ CARLEO, *La successione nel rapporto compromissorio*, cit., p. 696.

La giurisprudenza è concorde nel ritenere che la clausola compromissoria inserita in un contratto che circoli, in caso di cessione d'azienda ai sensi dell'art. 2558 c.c., sia automaticamente "trasferita" insieme a tutti i contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda ceduta.

Si afferma, infatti, che la cessione dei contratti conseguente alla cessione d'azienda si verifica in modo automatico e, quindi, a differenza dell'ipotesi generale della cessione del contratto (art. 1406 c.c.), prescinde dalla volontà delle parti stipulanti e non richiede neppure il consenso del contraente ceduto. Ne consegue che anche la clausola compromissoria si trasferisce in capo al cessionario dell'azienda sulla base del medesimo automatismo contemplato dall'art. 2558 c.c.¹¹¹.

¹¹¹ In tal senso, Cass. 28 marzo 2007, n. 7652, in *Corr. Giur.*, 2007, p. 1227.

CAPITOLO IV
LA CIRCOLAZIONE DELLA CLAUSOLA COMPROMISSORIA NELLA CESSIONE
DEL CREDITO

SOMMARIO: 1. Premessa; 2. La cessione del credito; 2.1 La natura giuridica; 2.2 La natura dei crediti e i divieti di cessione; 2.3 La causa della cessione; 2.4 L’oggetto della cessione; 2.5 La struttura della cessione; 2.6 Le eccezioni; 2.7 Il *factoring*; 3. La cessione del credito derivante da un contratto in cui è inserita una clausola compromissoria; 3.1 La tesi dell’inoperatività della clausola tra debitore ceduto e cessionario; 3.2 La circolazione automatica della clausola compromissoria; 3.3 La tesi giurisprudenziale della circolazione «a senso unico» della clausola arbitrale; 3.3.1 Le critiche della dottrina; 4. L’evoluzione giurisprudenziale; 5. Ulteriori ipotesi di circolazione della clausola compromissoria: *factoring*, delegazione, espromissione, accollo, fideiussione e contratto a favore di terzi.

1. Premessa.

Proseguendo l’analisi delle ipotesi di successione nel rapporto compromissorio, nel presente capitolo si cercherà di affrontare la dibattuta questione se, in caso di cessione del credito avente fonte in un contratto contenente una clausola arbitrale, il cessionario del credito stesso subentri nel rapporto compromissorio e, cioè, se le eventuali liti tra cessionario e debitore ceduto debbano essere composte attraverso l’arbitrato.

Il problema, è bene precisare, presenta dei profili diversi rispetto a quelli esaminato nel precedente capitolo in tema di cessione del contratto, in quanto – a differenza della disciplina di cui agli artt. 1406 ss. c.c. – il negozio di cessione del credito si realizza senza il consenso del debitore ceduto (art. 1260, comma 1, c.c.); in secondo luogo, perché nell’ipotesi in esame viene trasferita solo una “parte” del rapporto contrattuale. Nonostante la sussistenza di tali diversità, però, le soluzioni adottate il tema di cessione del credito appaiono sempre, o comunque nella maggior parte dei casi, influenzate dalle diverse teorie formulate in tema di cessione del contratto contenente una clausola compromissoria.

Nei successivi paragrafi, quindi, tentando di mantenere distinti i profili che caratterizzano i due istituti, si farà riferimento, alla tesi dottrinale e giurisprudenziale favorevole alla permanenza del rapporto compromissorio, sulla base del rilievo per cui un negozio concluso senza la partecipazione del debitore non può alterare la sfera giuridica di quest’ultimo; nonché all’opinione minoritaria che giunge a conclusione opposta, ritenendo, invece, che il debitore ceduto non possa essere costretto a litigare in

arbitri con un soggetto diverso da quello con il quale ha stipulato la clausola compromissoria.

Particolare attenzione, infine, verrà prestata alla soluzione di matrice giurisprudenziale favorevole ad una circolazione, per così dire, «a senso unico» della clausola compromissoria, che ha suscitato un notevole dibattito dottrinale e che, ad oggi, non risulta modificata o superata da alcuna pronuncia, né di merito, né di legittimità.

Prima di esaminare tali opzioni interpretative, però, appare opportuno esaminare la disciplina della cessione del credito, soffermandosi in particolare, così come nel precedente capitolo in tema di cessione del contratto, sulla natura, sull'oggetto della cessione e sul regime delle eccezioni opponibili.

2. La cessione del credito.

Nella moderna concezione giuridica, il credito non costituisce un'intrasferibile relazione personale¹, ma piuttosto un elemento del patrimonio del creditore, come tale liberamente trasferibile: il credito può essere oggetto di atti di disposizione da cui derivi una successione nel lato attivo dell'obbligazione. Esempi tipici di tale fenomeno sono la surrogazione per pagamento e la delegazione attiva e, per quello che maggiormente interessa nel presente studio, la cessione del credito².

¹ Nel diritto romano, alla variazione di soggetti dell'obbligazione conseguiva un effetto novativo-estintivo del rapporto obbligatorio. Nei rapporti obbligatori si poneva l'accento sull'aspetto personale, per cui appariva difficilmente concepibile una sostituzione soggettiva per cui non derivasse la nascita di un nuovo vincolo giuridico (*in delegazione atque expromissione semper est novatio*). Si escludeva la trasmissibilità di un rapporto obbligatorio da persona a persona, salva l'unica ipotesi rappresentata dalla successione *mortis causa*, giustificata dal carattere dell'universalità. Per raggiungere un risultato pratico analogo alla cessione del credito, quindi, l'unica via praticabile era quella di porre in essere una novazione, la quale richiedeva, però, la collaborazione del debitore. Poiché «le esigenze pratiche connesse allo sviluppo dei traffici mercantili e dell'economia mobiliare richiedevano che le obbligazioni, le quali avevano ormai assunto il carattere di istituto schiettamente patrimoniale, divenissero commerciabili» (ASTUTI, *Cessione, (storia)*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, p. 806), si tentava successivamente di ovviare all'inconveniente del necessario consenso del debitore attraverso l'istituto della rappresentanza: il cedente cioè conferiva al cessionario il potere di rappresentanza nel giudizio contro il debitore autorizzandolo a trattenerne per sé la somma riscossa. Solo nel diritto giustiniano si addiveniva al riconoscimento, in via generale, al cessionario del credito della possibilità di esercitare *l'actio utilis*, introducendo il principio della trasferibilità dei crediti senza il consenso del debitore. Si è osservato come, sin dal principio di tale sviluppo storico, venisse avvertita l'esigenza di evitare che la cessione del credito potesse recare eccessivo pregiudizio al debitore rimasto estraneo alla cessione stessa.

² Secondo la moderna concezione del rapporto obbligatorio, la modifica dei soggetti attivi (e passivi) produce un fenomeno circolatorio e non novativo. A tal fine, è bene precisare come la successione nel credito si distingua dalla novazione soggettiva attiva per il fatto che, nel primo caso, il lato attivo del rapporto obbligatorio passa da un soggetto ad un altro con tutti gli accessori, le garanzie, le azioni e le eccezioni che gravano sul primo titolare. Nella novazione soggettiva attiva, invece, il credito passa nella

Il Codice Civile del 1865 si occupava, agli artt. 1538 ss., «Della cessione dei crediti e di altri diritti», nell'ambito del titolo VI intitolato «Della vendita».

In particolare, il legislatore³ del 1865 qualificava la cessione come una vendita tra cedente e cessionario senza bisogno del consenso del debitore ceduto e negli articoli successivi trattava anche della vendita dell'eredità (art. 1545) e dei diritti litigiosi (art. 1546). Tale normativa era fortemente criticata dalla dottrina, sia perché individuava nella vendita il solo modo di trasmissione del credito, sia perché parificava ai crediti «gli altri diritti», non svolgendo, invece, le debite differenze rispetto ai diritti reali⁴.

Nel vigente Codice Civile, la cessione del credito, la cui disciplina è dettata dagli artt. 1260 ss., è il contratto mediante il quale il creditore (cedente) trasferisce ad altro soggetto (cessionario) il proprio diritto di credito.

Si è osservato⁵ che la genericità della definizione codicistica consente una utilizzazione di tale istituto che non trova, nel suo schema originario, limitazioni né di carattere soggettivo, né causale. Alla cessione dei crediti il legislatore del 1942 affida un ruolo propulsivo nell'economia degli scambi, consentendo la circolazione del credito senza la necessità del consenso del debitore ceduto realizzando, in tal modo, la soddisfazione di variegati interessi del cedente, a seconda della specificità degli accordi intervenuti con il cessionario: l'anticipato pagamento di quanto dovuto dal debitore (se il credito è “venduto”), la realizzazione di un'attribuzione titolo gratuito (se il credito è “donato”), la disponibilità ai fini della loro gestione (se il credito è oggetto di un mandato) ed allora ci si interroga se la cessione del credito costituisca un'autonoma fattispecie negoziale o se rappresenti soltanto un possibile effetto di uno dei contratti traslativi tipici⁶.

titolarità di un altro soggetto, ma il rapporto giuridico che ne risulta è diverso da quello che faceva capo al precedente titolare; si estinguono, così, tutte le garanzie, gli accessori e le eccezioni inerenti al rapporto trasferito.

³ L'art. 1538 prevedeva che «La vendita o cessione di un credito, di un diritto o di un'azione, è perfetta e la proprietà se ne acquista di diritto dal compratore o cessionario al momento che si è convenuto sul credito o sul diritto da cedere e sul prezzo, quantunque non ne sia trasferito il possesso. Il possesso si trasferisce mediante la consegna del documento che prova il credito o diritto ceduto».

⁴ GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, Firenze, 1883, pp. 63 ss.

⁵ CLARIZIA, *Cessione del credito*, in AA. VV., *I contratti per il finanziamento dell'impresa*, Padova, 2010, pp. 57 ss.

⁶ MUCCIOLI, *Efficacia del contratto e circolazione della ricchezza*, Padova, 2004, p. 31.

2.1 La natura giuridica.

Per quanto concerne la natura giuridica, benché una tesi minoritaria⁷ ravvisi nella cessione uno schema incompleto di negozio che andrebbe poi integrato con un titolo oneroso o gratuito, atto a giustificare il trasferimento⁸, non può dirsi che la cessione costituisca un autonomo tipo negoziale⁹, perché essa coincide, sotto questo aspetto, con lo schema negoziale tipico di volta in volta idoneo ad operare il trasferimento o comunque a giustificarlo. Generalmente¹⁰, quindi, si ritiene che la cessione del credito, di per sé, sia solamente uno strumento con cui si realizza una fattispecie di più vasta portata.

Ciò spiega la disposizione dell'art. 1260 c.c. che pone in evidenza il dato dinamico dell'attività del creditore e non già quello statico dello strumento contrattuale (non si definisce, infatti, la cessione come contratto), specificando peraltro che la cessione può essere a titolo oneroso o gratuito, costituendo tale binomio il fondamentale criterio di raggruppamento delle varie giustificazioni causali. Così, se il credito è ceduto dietro pagamento di un prezzo si avrà una vera e propria compravendita, secondo quanto dispone l'art. 1470 c.c. che ricomprende in tale schema tipico anche il trasferimento di un diritto diverso da quello di proprietà. Se il credito ceduto è, invece, a titolo gratuito si tratterà di una donazione ex art. 769 c.c., che richiederà la forma dell'atto pubblico con due testimoni, a meno che non sia di modico valore (ex art. 783 c.c.) o si tratti di un negozio ex art. 1333 c.c. qualificato da un interesse patrimoniale del cedente.

2.2 La natura dei crediti e i divieti di cessione.

L'art. 1260 c.c., rubricato «cedibilità dei crediti», al comma 1, conferisce al creditore la possibilità di trasferire a titolo oneroso o gratuito il proprio credito, anche senza il consenso del debitore, purché, però, il credito non abbia carattere strettamente personale o il trasferimento non sia vietato dalla legge.

⁷ PANUCCIO, voce *Cessione dei crediti*, in *Enc. dir.*, vol. VI, Milano, 1960, p. 851.

⁸ La cessione, in altri termini, deve essere considerata l'effetto di un separato negozio presupposto, nel quale deve essere individuata la causa della cessione.

⁹ Sul punto, PANUCCIO, *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*, Milano, 1955, p. 15, osserva che nella causa totale della cessione possono distinguersi una causa generica costante e una causa specifica variabile. Ogni costruzione del negozio di cessione come negozio (relativamente) autonomo deve fare leva sulla causa generica costante.

¹⁰ In tal senso, GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XIV ed., Napoli, Edizioni Scientifiche italiane 2009, e BIANCA, *Diritto Civile*, vol. IV, Milano, 1998, p. 586.

Infatti, secondo la previsione codicistica, si esclude la cedibilità per i crediti strettamente personali (fra i quali vanno ricordati i crediti alimentari), per alcuni crediti il cui trasferimento è vietato per legge¹¹ o per i crediti la cui cessione è esclusa dalle stesse parti. Le parti del rapporto obbligatorio possono, quindi, escludere la cedibilità del credito, ma tale patto non è opponibile al cessionario se non si prova che egli lo conosceva al tempo della cessione.

Il *pactum de non cedendo* non ha dunque un'efficacia esclusivamente obbligatoria (che legittimerebbe solo un'azione di danni in caso di inadempimento), ma la realtà, e quindi l'opponibilità *erga omnes*, è subordinata non solo alla meritevolezza del patto (analogamente a quanto previsto *ex art. 1379 c.c.*), ma anche alla c.d. pubblicità di fatto, attesa l'impossibilità di ipotizzare una pubblicità di diritto.

2.3 La causa della cessione.

La disputa¹² sulla natura di negozio autonomo o di fattispecie effettuale si ripercuote sul problema della causa della cessione.

I sostenitori della tesi effettuale, partendo dal presupposto che la cessione costituisce l'effetto di un diverso negozio (tipico o atipico), giungono ad escludere che si possa ontologicamente parlare di una causa della cessione, rilevando solo la causa del negozio presupposto e produttivo del trasferimento.

Coloro che, invece, ritengono che la cessione sia un negozio autonomo incontrano maggiori difficoltà argomentative.

Secondo una prima (e ormai obsoleta) tesi, la cessione sarebbe un negozio astratto, cioè un negozio svincolato da qualsiasi giustificazione causale, produttivo di effetti giuridici (il trasferimento del credito) indipendentemente dalla causa.

Altra parte della dottrina, invece, ritiene che la cessione presenti una causa generica costante, consistente nella finalità di trasferire la titolarità del credito, da integrare con la causa di volta in volta perseguita (la quale potrà essere onerosa o gratuita, solutoria o di garanzia).

¹¹ L'art. 1260 c.c. precisa alcuni casi di divieto in relazione alla qualità delle persone e rispetto a determinati crediti. Così, per esempio, i magistrati e i cancellieri non possono rendersi cessionari di diritti sui quali è sorta contestazione davanti all'Autorità Giudiziaria di cui fanno parte o nella cui giurisdizione esercitano la loro funzione.

¹² V. par. 2.1.

In termini sostanzialmente analoghi, la giurisprudenza afferma che la cessione del credito è negozio a causa variabile, che può assolvere a diverse funzioni, nel quale il trasferimento del credito può avvenire a titolo gratuito o oneroso, ed al quale si applica il principio della cosiddetta “presunzione di causa”, che può anche non essere indicata nello stesso negozio. Pertanto, il cessionario che agisca nei confronti del debitore ceduto è tenuto a dare prova soltanto del negozio di cessione quale atto produttivo di effetti traslativi e non anche a dimostrare la causa della cessione stessa¹³; né il debitore ceduto può interferire nei rapporti tra cedente e cessionario, in quanto il suo interesse si concreta nel compiere un efficace pagamento liberatorio, sicché egli è soltanto abilitato ad indagare sull’esistenza e sulla validità estrinseca e formale della cessione, specie quando questa gli sia stata notificata dal solo cessionario¹⁴.

2.4 L’oggetto della cessione.

Oggetto della cessione può essere qualsiasi situazione giuridica soggettiva suscettibile di costituire titolo per una prestazione. A questa stregua, oggetto di cessione potrebbero essere non solo i diritti di credito, ma anche i diritti potestativi, quelli personali di godimento ed anche l’aspettativa di diritto¹⁵. Nell’ambito dei diritti di credito la prestazione di cui alla cessione può avere ad oggetto non solo un *dare*, ma

¹³ Cfr. Cass. n. 8145/2009.

¹⁴ La cessione del credito, quale negozio a causa variabile, può essere, di conseguenza, stipulata anche a fine di garanzia e senza che venga meno l’immediato effetto traslativo della titolarità del credito tipico di ogni cessione, in quanto è proprio mediante tale effetto traslativo che si attua la garanzia, pure quando la cessione sia *pro solvendo* e non già *pro soluto*, con mancato trasferimento al cessionario, pertanto, del rischio d’insolvenza del debitore ceduto. In caso di cessione del credito in luogo dell’adempimento, ex art. 1198 c.c., quindi, grava sul cessionario, che agisca nei confronti del cedente, dare la prova dell’esigibilità del credito e dell’insolvenza del debitore ceduto; deve, cioè, provare che vi è stata un’infruttuosa escussione di quest’ultimo e che la mancata realizzazione del credito, per totale o parziale insolvenza del debitore ceduto, non è dipesa da negligenza nell’iniziare o proseguire le istanze contro il medesimo, essendo il cessionario tenuto ad un comportamento volto alla tutela del credito ceduto, anche mediante richiesta di provvedimenti cautelari e conservativi, non potendo considerarsi il medesimo non diligente solamente in caso di estinzione non soddisfattiva del credito ceduto o di perdita dell’azione, ma anche in ipotesi di insolvenza del debitore ceduto. La disciplina dell’art. 1182, comma 3, c.c., in base alla quale le obbligazioni liquide ed esigibili devono adempiersi al domicilio che ha il creditore alla scadenza, è applicabile anche alla cessione di credito, con la conseguenza che il debitore ceduto, se preavvertito dello spostamento del luogo di pagamento e purché non ne derivi un eccessivo aggravio per lui, deve adempiere al domicilio del cessionario, ancorché diverso da quello del cedente, salvo la pattuizione tra le parti originarie del contratto di un altro luogo di adempimento in via esclusiva, con rinuncia del creditore al foro del suo domicilio, opponibile al nuovo creditore. La cessione può, poi, avvenire *solvendi causa*, secondo lo schema tipico dell’art. 1198 c.c., se è mezzo per estinguere, a prescindere dall’adempimento, un’obbligazione tra cedente e cessionario, oppure allo scopo di garantire l’adempimento di un’obbligazione del cedente nei confronti del cessionario.

¹⁵ Così, PERLINGIERI, voce *Cessione dei crediti*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VI, 1988, p. 2.

anche un *facere* e un *non facere*. Il credito può anche essere non determinato nell'ammontare, come quello risarcitorio, o non esigibile, perché condizionato o a termine o futuro, purché, in tal caso, sia già venuto ad esistenza il rapporto da cui esso originerà e con rinvio dell'effetto reale al momento in cui il credito verrà ad esistenza, avendo la cessione, prima di tale momento, efficacia solo obbligatoria *inter partes*¹⁶. E' bene precisare come, in tema di crediti futuri, la mancanza dei requisiti di certezza e liquidità, così come non inficia l'efficacia traslativa dell'atto di cessione, purché si tratti di un credito non meramente eventuale, in quanto destinato a maturare nell'ambito di un rapporto identificato e già esistente, non incide neppure sull'eventuale pignorabilità del credito, e non preclude, quindi, l'azione esecutiva sullo stesso, posto che il pignoramento pone sul bene un vincolo che ha senso solo se ne sia ipotizzabile l'alienabilità¹⁷.

Parte della giurisprudenza¹⁸ ritiene cedibile anche il credito solo sperato, ma tale impostazione è criticata dalla dottrina dominante¹⁹ sul presupposto che, in tal caso, si entrerebbe nell'aleatorietà, perché oggetto della cessione è la situazione di speranza, che non configura nemmeno un'aspettativa di diritto.

Per effetto della cessione, il credito è trasferito al cessionario con i privilegi, le garanzie reali e personali e gli altri accessori, quali, ad esempio, il già maturato diritto al risarcimento del maggior danno da inadempimento, o un eventuale onere modale, ma non i limiti alla pignorabilità. Più discussa²⁰ è la trasferibilità della clausola penale e della caparra che accedono più al contratto che al credito.

Si trasferiscono al cessionario anche le azioni con cui il credito può essere tutelato ad eccezione di quelle che riguardano la fonte da cui esso scaturisce (quali, l'azione di nullità, annullabilità, rescissione, risoluzione)²¹.

2.5 La struttura della cessione.

Il dibattito dottrinale sulla cessione del credito ha visto anche come terreno di scontro quello della struttura della cessione. Ad una teoria minoritaria cd. dualista²², se

¹⁶ In tal senso, Cass. n. 6422/2003; Cass. n.15141/2002; Cass. n. 979/2002; Cass. n.7083/2001.

¹⁷ In tal senso, Cass. n.19501/2009.

¹⁸ Cass. n. 4040/1990.

¹⁹ GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XIV ed., Napoli, Edizioni Scientifiche italiane 2009, p. 620.

²⁰ In senso favorevole, PANUCCIO, *Cessione dei crediti*, cit.; in senso contrario, PERLINGIERI, voce *Cessione dei crediti (dir. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VI, 1988.

²¹ Diversa prospettiva in PERLINGIERI, *Cessione dei crediti*, cit.

ne contrappone un'altra, avallata anche dalla giurisprudenza di legittimità²³, cd. unitaria²⁴.

Secondo la teoria dualista, la cessione del credito avrebbe una duplice configurazione dogmatica: a seconda che il debitore ceduto intervenga o meno al negozio mediante accettazione, la cessione avrebbe rispettivamente carattere trilaterale o bilaterale.

Tale teoria è stata però criticata per il fatto che uno stesso negozio non può avere due strutture diverse. Si è affermata così la teoria unitaria per la quale la cessione del credito ha sempre struttura bilaterale, trattandosi di un negozio stipulato tra cedente (originario creditore) e cessionario (nuovo creditore). Il debitore ceduto rimane, cioè, estraneo al negozio essendo per lui irrilevante pagare all'uno o all'altro creditore.

La cessione si realizza, quindi, mediante un accordo tra creditore cedente e terzo cessionario. Si è dunque in presenza di un contratto consensuale²⁵ (per il cui perfezionamento, quindi, è necessario il solo scambio del consenso tra cedente e cessionario) e ad effetti reali, cui è del tutto estraneo il debitore ceduto: trattasi pertanto di un contratto bilaterale e non già trilaterale. Tuttavia, secondo l'art. 1264 c.c., la cessione è opponibile al debitore ceduto solo in caso di accettazione²⁶ (necessaria per la P.A.²⁷) o di avvenuta notifica. Anche prima di tale evento²⁸, però, il debitore può, da un lato, pagare al cessionario, e, dall'altro, se paga al cedente, non è liberato ove il cessionario dimostri che il debitore stesso era a conoscenza dell'avvenuta cessione²⁹.

²² Cfr., MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. III, Milano, 1959, p. 247, e SOTGIA, *La cessione dei crediti*, in Studi sassaresi, 1930, vol. VIII, p. 4.

²³ Così, Cass. n. 5998/2007, Cass. n. 3099/1995, Cass. n. 7013/1988.

²⁴ In tal senso, TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè, 2009, e GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit.

²⁵ Cfr., Cass. n. 15364/2011, secondo la quale il consenso attribuisce al cessionario «la veste di creditore esclusivo, unico legittimato a pretendere la prestazione (anche in via esecutiva), pur se sia mancata la notificazione prevista dall'art. 1264 c.c.».

²⁶ L'accettazione è atto unilaterale recettizio a forma libera, la cui natura è discussa. Non sembra ammissibile configurarla quale atto di adesione che finirebbe per rendere a formazione progressiva la fattispecie contro il disposto dell'art. 1260 c.c., mentre appare preferibile la teoria del riconoscimento di debito, quando non si voglia ancora qualificare l'atto come mera dichiarazione di scienza.

²⁷ In tal senso, Cass. n. 11516/1993.

²⁸ Della notifica si discute il profilo formale, se, cioè, la notificazione debba avvenire nelle forme processuali con intervento dell'ufficiale giudiziario ovvero con atto scritto avente data certa, o abbia, invece, forma libera e possa, quindi, come Gazzoni conviene, avvenire anche mediante comunicazione orale.

²⁹ Quest'ultima regola può, quindi, considerarsi, una concreta applicazione del principio secondo cui la buona fede si presume: spetta, pertanto, al terzo controinteressato dare la concreta prova della malafede del debitore che ha adempiuto nei confronti dell'originario creditore pur sapendo che costui aveva ceduto il proprio credito.

2.6 Le eccezioni.

Il codice civile nulla dice in merito al regime delle eccezioni opponibili tra cedente, cessionario e debitore ceduto.

Il «rapporto» di maggior interesse, anche ai fini che rilevano in questa sede, è quello che si instaura tra il debitore ceduto e il cessionario, per il quale vale in generale il principio per cui il debitore ceduto non deve essere pregiudicato dalla cessione e perciò egli potrà opporre al cessionario le stesse eccezioni che avrebbe potuto rivolgere al cedente³⁰. A sostegno di tale conclusione si aggiunga, inoltre, che il cessionario acquista il credito a titolo derivativo, cosicché il diritto trasferito non può avere contenuto più ampio rispetto a quello di cui era titolare il dante causa.

In particolare, il debitore ceduto può opporre al nuovo creditore l'invalidità del contratto di cessione e tutte le eccezioni di carattere oggettivo basate sul titolo (invalidità), o sul rapporto (quali, prescrizione, inadempimento del cedente, avvenuto pagamento), se relative a fatti, queste ultime, anteriori alla cessione (o, quanto meno, alla conoscenza da parte del debitore) o anche successivi, se vi è retroattività, come nel caso di cessione del credito futuro e successiva risoluzione del rapporto tra cedente e ceduto.

Tuttavia, l'accettazione pura e semplice da parte del debitore ceduto impedirà a quest'ultimo di opporre al cessionario la compensazione che avrebbe potuto opporre al cedente, valendo la sua accettazione quale rinuncia implicita ad avvalersi della compensazione. Se, invece, non vi è stata accettazione, la compensazione potrà essere opposta solo per i crediti anteriori alla notificazione³¹.

Si discute se il ceduto abbia l'obbligo di buona fede *ex art.* 1175 c.c. di comunicare tempestivamente al cessionario l'inesistenza del credito, ovvero

³⁰ Cass., 15 marzo 2007, n. 5998, in *Mass.*, 2007; Cass., 25 febbraio 2005, n. 4078, in *Mass.*, 2005, p. 255; Cass., 10 maggio 2005, n. 9761, in *Mass.*, 2005, p. 696.

³¹ La *ratio* della norma è chiara. L'accettazione pura e semplice della cessione significa rinuncia al diritto di avvalersi della compensazione legale (infatti, il problema non si pone se non quando il potere di compensare è già sorto al momento della cessione e cioè, appunto, in caso di operatività *de iure*), o comunque integra gli estremi di un comportamento tipizzato dalla legge a determinati effetti.

Se, invece, il debitore subisce la cessione, la compensazione opererà, ma solo per i crediti precedenti alla notifica, essendo questa l'evento che determina l'opponibilità al ceduto dell'atto di cessione e, dunque, la modificazione del soggetto attivo del rapporto obbligatorio. Occorre precisare, però, che, ai sensi dell'art. 125-*septies* del D.Lgs. n. 385/1993, come modificato *ex d.lgs.* 141/2010 (Credito al consumo) in caso di cessione del credito o del contratto di credito, il consumatore può sempre opporre al cessionario tutte le eccezioni che poteva far valere nei confronti del cedente, inclusa la compensazione ed anche in deroga all'art. 1248 c.c.

l'inefficacia del rapporto da cui esso trae origine³². Va esclusa una responsabilità contrattuale, ma può ravvisarsi invece una responsabilità extracontrattuale (in caso di silenzio del ceduto) che concorre con quella contrattuale del cedente *ex art. 1266 c.c.*

In una prospettiva più restrittiva tale responsabilità è ravvisata solo in caso di (dolosa) collusione del ceduto con il cedente a danno del cessionario³³.

2.7 Il *factoring*.

In questa sede occorre, inoltre, fare riferimento ad un istituto largamente diffuso nella prassi e in relazione al quale possono porsi dei problemi di circolazione della clausola compromissoria, il c.d. contratto di *factoring*.

La l. 21 febbraio 1991, n. 51 detta una speciale disciplina della cessione di crediti di impresa, nel quadro del rapporto di *factoring* se il cedente è un imprenditore, il cessionario una banca o un intermediario finanziario, il cui oggetto sociale preveda l'esercizio dell'attività di acquisto di crediti di impresa, e il credito ceduto è sorto nell'esercizio dell'impresa. Altrimenti vale l'ordinaria disciplina del codice civile, *ex art. 1, l. 52/91*.

Più precisamente, il nucleo essenziale del contratto di *factoring* è costituito dall'obbligo assunto da un imprenditore (cedente o fornitore) di cedere ad un altro imprenditore (*factor*) la titolarità dei crediti derivati o derivanti dall'esercizio della sua impresa.

La struttura del *factoring* può essere di cessione unica e globale dei crediti presenti e futuri, oppure di operazione che si attua attraverso una sequenza contrattuale articolata in una convenzione iniziale o in una o più cessioni di credito attuative. Nel primo caso, l'effetto traslativo della titolarità del credito si produce al momento della stipula del contratto di *factoring* se il credito già esiste, e al momento in cui il credito viene ad esistenza nel caso inverso; nel secondo caso, con il perfezionamento delle singole cessioni. In qualunque momento si verifichi l'effetto traslativo, comunque, si produce con il solo consenso del cedente fornitore e del cessionario *factor* indipendentemente dalla volontà del debitore ceduto e dalla conoscenza che abbia della

³² In senso contrario, Cass. n. 21556/1998.

³³ Cfr., BIANCA, *Diritto Civile*, cit., p. 604.

cessione; la conoscenza, al pari dell'accettazione, può rilevare solo come elemento di esclusione della liberatorietà del pagamento al cedente³⁴.

La cessione dei crediti che caratterizza il *factoring* non produce modificazioni oggettive del rapporto obbligatorio e non può pregiudicare la posizione del debitore ceduto in quanto avviene senza, o addirittura contro, la sua volontà; ne consegue che il debitore ceduto può opporre al *factor* cessionario le eccezioni concernenti l'esistenza e la validità del negozio da cui deriva il credito ceduto, ed anche le eccezioni riguardanti l'esatto adempimento del negozio; le eccezioni che riguardano fatti estintivi o modificativi del credito ceduto, invece, sono opponibili al *factor* cessionario solo se anteriori alla notizia della cessione comunicata al debitore ceduto e non ove successivi, in quanto, una volta acquisiti la notizia della cessione, il debitore ceduto non può modificare la propria posizione nei confronti del cessionario mediante negozi giuridici posti in essere con il creditore originario. Per quanto riguarda le eccezioni processuali, in un primo tempo si riteneva non opponibile al cessionario l'accordo che deroga alla competenza territoriale del giudice inserito nell'originale contratto concluso tra cedente ceduto, poiché ad esso il cessionario è estraneo. Successivamente, però, questo indirizzo giurisprudenziale è stato abbandonato³⁵.

3. La cessione del credito derivante da un contratto in cui è inserita una clausola compromissoria.

Nei precedenti paragrafi si è evidenziato come nella cessione del credito si opera il trasferimento della sola posizione creditoria del rapporto, il quale, a parte la modificazione dal lato attivo, resta intatto. Si è sottolineato, inoltre, come tale trasferimento si perfeziona in seguito ad un accordo tra creditore cedente e creditore cessionario, senza il consenso del debitore ceduto, con la conseguenza di ritenere che, in virtù di tale ragione, i diritti spettanti alla parte che non ha partecipato al negozio di trasferimento, devono continuare a sussistere senza subire mutazioni, nonostante l'efficacia del negozio di cessione.

³⁴ In tal senso, anche Cass. n. 10833/2007.

³⁵ Trib. Roma 28 febbraio 1994, in *Giust. Civ.*, 1994, I, p. 2029, si è espresso nel senso che il debitore ceduto possa opporre al *factor* l'eccezione di incompetenza del giudice adito fondata su una clausola del contratto dal quale il credito è sorto.

In questa sede, quindi, occorre innanzitutto stabilire se tra i diritti del debitore ceduto possa essere ricompreso anche quello di ricorrere agli arbitri per le controversie relative al debito oggetto del rapporto, in forza della clausola compromissoria stipulata con il cedente, e se tale diritto possa ritenersi compatibile con il carattere di “autonomia” della clausola compromissoria, nonché con il fondamento consensuale dell’arbitrato.

In altri termini, anche nel caso di cessione del credito, si pone un problema di circolazione della clausola compromissoria, che ha generato un acceso dibattito in dottrina e in giurisprudenza, soprattutto a seguito di recenti arresti giurisprudenziali cui si farà riferimento nel prosieguo della trattazione.

3.1 La tesi dell’inoperatività della clausola tra debitore ceduto e cessionario.

Una dottrina minoritaria³⁶ ha ritenuto che, in caso di cessione del credito derivante da un contratto cui acceda una clausola compromissoria, la tutela dei diritti debba essere domandata da entrambe le parti al giudice ordinario. Al riguardo, si è affermato, infatti, che il cessionario che non ha stipulato la clausola compromissoria debba far valere nel giudizio ordinario i propri diritti, e ciò tanto in ragione del principio consensualistico³⁷, quanto in ragione del principio di autonomia della clausola compromissoria³⁸.

Con riferimento al primo argomento, si è rilevato che per la stessa ragione per cui sono ritenuti incostituzionali gli arbitrati obbligatori, e cioè perché prescindono dalla stessa volontà delle parti, il cessionario non possa essere privato di un diritto costituzionalmente garantito, qual è quello del diritto di azione innanzi all’autorità giurisdizionale, in ragione dell’intervenuto accordo tra le altre parti.

La clausola compromissoria, quindi, in quanto contratto autonomo e distinto rispetto a quello dal quale nasce il credito oggetto di cessione, richiederebbe una specifica manifestazione di volontà del cessionario. In tale prospettiva, pertanto, si

³⁶ BOVE, *Processo arbitrale e terzi*, in *Riv. arb.*, 1995, pp. 784 ss.; MURONI, *L’ambito soggettivo di efficacia della clausola compromissoria e la sua opponibilità al creditore attore in surrogatoria*, in *Giur. It.*, 1996, I, pp.1525-1526.

³⁷ Per la rilevanza di tale principio nelle ipotesi di successione del rapporto compromissorio, v. Cap. II, par. 1.2.

³⁸ Secondo un’interpretazione ormai superata del principio di autonomia, v. Cap. I, par. 5.

colloca il c.d. principio di autonomia della clausola compromissoria, che impedirebbe, secondo una certa lettura, il trasferimento congiunto del credito e della stessa clausola.

Inoltre, si è affermata l'inopponibilità dell'eccezione di compromesso da parte del debitore ceduto in ragione del fatto che non sarebbero opponibili le cosiddette eccezioni processuali³⁹.

Tale tesi è stata oggetto di critiche in quanto contrastante con il principio dell'opponibilità da parte del debitore ceduto e nei confronti del cessionario di tutte le eccezioni che avrebbe potuto opporre al cedente⁴⁰. Si aggiunge, inoltre, che laddove siano rinvenibili delle eccezioni non opponibili, la distinzione non andrebbe operata tra eccezioni di merito ed eccezioni processuali, ma tra eccezioni che sorgono in relazione al rapporto ceduto ed eccezioni che sorgono dal rapporto autonomo. In tale prospettiva, il problema che si pone è innanzitutto quello di valutare se l'eccezione di compromesso non rientri proprio tra quelle eccezioni personali ovvero tra quelle eccezioni che hanno la causa giustificativa in un diverso rapporto, come tali non opponibili al cessionario⁴¹.

Al riguardo, la dottrina in esame ritiene che, se il cessionario non può far valere la clausola compromissoria nei confronti del ceduto in quanto quest'ultimo può aver stipulato la detta clausola in ragione della personalità del cedente e se la clausola compromissoria deve ritenersi del tutto autonoma rispetto al contratto cui accede, allora l'*exceptio compromissi* non può che ritenersi eccezione personale ovvero fondata su diverso titolo e che, quindi, non possa essere eccepita nei confronti del cessionario.

Giova rilevare che la linea interpretativa più corretta sembra in ogni caso quella che applichi i medesimi principi nei confronti di tutte le parti: se la clausola compromissoria ha carattere personale e titolo autonomo non si trasferisce e non ne è rilevabile la sua operatività in via di eccezione⁴².

Con riferimento al carattere personale dell'eccezione, si è rilevato che elevare la persona del creditore a momento essenziale del rapporto compromissorio significherebbe attestare la natura strettamente personale di tale rapporto, con la

³⁹ BOVE, op. ult. cit., pp. 788-789; MURONI, op. loc. ult. cit.

⁴⁰ La dottrina prevalente, infatti, ritiene opponibili anche le c.d. eccezioni processuali; in particolare, con riferimento alla clausola compromissoria, ed a prescindere dalla sua qualificazione come eccezione processuale, si veda CARNELUTTI, *Efficacia degli accordi sulla competenza di fronte al cessionario del credito*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1937, II, pp. 170 ss.; PERLINGIERI, *Della cessione del credito*, cit., p. 216; CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino, 2005, p. 100.

⁴¹ PETRILLO, *Circolazione della clausola compromissoria in ipotesi di cessione del credito*, in *Riv. arb.*, 2004, pp. 471 ss.

⁴² In tal senso, BOVE, op. cit., p. 789; MURONI, op. cit., p. 1526.

conseguenza di dover affermare che la clausola compromissoria, in considerazione proprio del carattere personale o *intuitu personae*, non possa circolare neanche nell'ipotesi di morte del contraente originario. Tale soluzione è unanimemente esclusa dalla dottrina e dalla giurisprudenza che ritengono che in ipotesi di successione *mortis causa*, sia a titolo universale che a titolo particolare, vi sia l'automatico subentro nella clausola in capo all'erede o al legatario.

In altri termini, non sembra che dai caratteri della personalità del contraente possa trarsi alcun argomento atto a giustificare la non trasmissibilità della clausola compromissoria⁴³.

La principale obiezione, però, che si è mossa alla soluzione che predilige l'inoperatività *tout court* della clausola compromissoria è quella secondo la quale, in tal modo, si priva, a prescindere da qualsiasi espressione di volontà in tal senso, il debitore ceduto del diritto di adire il collegio arbitrale, diritto contrattualmente e validamente sorto. Ed in secondo luogo, si è rilevato come del principio dell'autonomia della clausola compromissoria sia data in tal modo «una lettura ormai superata»⁴⁴.

3.2 La circolazione automatica della clausola compromissoria.

La dottrina pressoché unanime e la giurisprudenza, sino ad una pronuncia della fine degli anni '90 che ha segnato un mutamento di rotta⁴⁵, hanno accolto la tesi della circolazione automatica della clausola compromissoria nelle ipotesi di cessione del credito, sulla base dei principi sottesi all'istituto della cessione, volti a garantire l'intangibilità della sfera del debitore ceduto.

Data la varietà delle opinioni espresse sul tema in esame, pur nell'unicità della soluzione adottata, occorre esaminare separatamente le diverse tesi poste a sostegno del trasferimento automatico della clausola compromissoria in capo al cessionario del credito.

⁴³ Così, PETRILLO, *Circolazione della clausola compromissoria in ipotesi di cessione del credito*, cit., p. 480, la quale aggiunge che l'*intuitus personae* potrebbe riguardare la nomina dell'arbitro ad opera della parte e dunque il rapporto tra tali ultimi soggetti e non invece, in assenza di esplicita volontà in tal senso, la scelta della controparte della controversia arbitrale.

⁴⁴ SALVANESCHI, *La cessione del credito trasferisce al cessionario anche la clausola compromissoria che accede al credito stesso*, in *Riv. arb.*, 2001, p. 526.

⁴⁵ Tale mutamento di rotta ha letteralmente sconvolto il panorama giurisprudenziale e dottrinale in quanto, se nella cessione del contratto la giurisprudenza era stata sempre oscillante tra la soluzione favorevole alla circolazione automatica e quella contraria che richiedeva un'espressa e specifica dichiarazione di tutte le parti dell'accordo arbitrale, con riguardo alla cessione del credito, essa si è sempre pronunciata per la automatica circolazione della clausola.

La dottrina⁴⁶ e la giurisprudenza⁴⁷ tradizionali, in considerazione del fatto che nella cessione del credito si realizza solo la modificazione della posizione attiva dell'obbligazione originaria, che negli altri elementi resta invariata, sono costanti nel ritenere che la clausola compromissoria sia opponibile da parte del debitore ceduto al creditore cessionario, senza bisogno di apposito accordo.

Si osserva, infatti, che la clausola compromissoria attiene a «quell'elemento del rapporto che è stato trasmesso», perciò si estende automaticamente al cessionario, per effetto della convenzione conclusa con il creditore cedente, senza l'intervento del debitore ceduto, il quale, ove si giungesse all'opposta conclusione, si vedrebbe privato del diritto, che gli spetta in virtù della clausola, di far decidere da arbitri le controversie sul credito in forza di un accordo intervenuto tra cedente e cessionario, al quale egli è rimasto estraneo⁴⁸.

Da tali considerazioni, la massima consolidata secondo cui «il trasferimento del credito comporta automaticamente, e senza bisogno di apposito accordo tra cessionario e debitore, l'opponibilità, dal secondo al primo, della clausola compromissoria relativamente al credito trasmesso».

Secondo tale orientamento, quindi, nelle ipotesi di cessione del credito, e più in generale nelle ipotesi di successione nella posizione attiva del rapporto⁴⁹, il trasferimento automatico della clausola compromissoria al cessionario si giustifica in relazione alla peculiare disciplina di queste ipotesi, dalla quale deriva la necessità di tutelare la posizione del soggetto passivo, che non può essere pregiudicato da atti ai quali egli non partecipa.

⁴⁶ BIANCA, *Il debitore e i mutamenti del destinatario del pagamento*, Milano, 1963, pp. 40 ss.; DOLMETTA, voce *Cessione dei crediti*, in *Dig. Priv.*, Torino, 1988, II, pp. 297-302; PACCHIONI, *Diritto civile italiano, Delle obbligazioni in generale*, III, Padova, 1941, p. 351.

⁴⁷ Cass., 17 settembre 1970, n. 1525; Cass., 19 luglio 1964, n. 2161, in *Foro pad.*, 1965, I, p. 976 con nota di SCHIZZEROTTO, *Questioni e questioncelle in materia di arbitrato*; Cass., 16 ottobre 1953, n. 3386, in *Giust. Civ.*, 1953, I, p. 3284; Cass., 21 giugno 1939, n. 2107, in *Giur. It.*, 1939, I, 1, p. 1089.

⁴⁸ CARLEO, *La successione nel rapporto compromissorio*, in ALPA (a cura di), *L'arbitrato – Profili sostanziali*, II, Torino, 1999, p. 698.

⁴⁹ Ad analoghe conclusioni si giunge, infatti, con riferimento all'ipotesi di surrogazione volontaria, nella quale si evidenzia che si realizza solo la modificazione del lato attivo del rapporto che, per il resto, resta immutato. Ciò appare evidente, in particolare, nella fattispecie della surrogazione per volontà del creditore (art. 1201 c.c.) con riferimento alla quale, l'applicabilità della disciplina ora richiamata in relazione alla cessione del credito non solleva particolari questioni data l'analogia tra i due istituti (CARPINO, *Surrogazione (pagamento con)*, in *Noviss. Dig. It.*, XVIII, Torino, 1971, p. 965, rileva che la differenza tra la successione del surrogato nella posizione del creditore e la cessione del credito consiste nel fatto che la surrogazione presuppone il pagamento del debito preesistente, mentre nella cessione del credito il corrispettivo dato dal cedente è del tutto estraneo al pagamento del debito ecceduto).

Si ammette, infatti, l'esistenza di un vero e proprio principio generale secondo cui la cessione del credito e tutte le altre modificazioni soggettive attive del rapporto obbligatorio, attuandosi senza il consenso del soggetto passivo, non possono pregiudicare la posizione di quest'ultimo, poiché non si possono determinare contrattualmente effetti sfavorevoli nei confronti di terzi, per cui rapporto obbligatorio, salva la modifica del soggetto attivo, resta invariato⁵⁰.

In relazione a tale profilo, si rileva come nella fattispecie in esame si possa verificare un fenomeno singolare, poiché la medesima clausola compromissoria potrebbe assumere, per così dire, una "doppia valenza", vincolando contemporaneamente parti diverse: da un lato, il soggetto passivo e il nuovo titolare della posizione attiva (ovvero una pluralità di nuovi titolari, nell'eventualità in cui il cedente abbia frazionato il credito trasferendo le rispettive quote cessionari diversi) che subentra automaticamente nel rapporto compromissorio, relativamente alle controversie riguardanti il credito; dall'altro lato, il soggetto passivo e l'originario titolare della posizione attiva, il quale resta comunque nella titolarità di tutte le altre situazioni nascenti del rapporto sostanziale, diverse dalla posizione attiva ceduta, e quindi anche del rapporto compromissorio da lui stesso voluto, relativamente a tutte le altre eventuali controversie non attinenti al credito trasferito.

In realtà, si potrebbe osservare che nell'ipotesi in esame non viene in rilievo una "doppia valenza" della clausola compromissoria, posto che la stessa, a seguito della cessione è vincolante sia per il debitore ceduto che per il nuovo cessionario⁵¹ in relazione al credito oggetto di cessione: il coinvolgimento di un diverso creditore è l'effetto della successione dal lato attivo del rapporto obbligatorio che determina, appunto, la sostituzione di un nuovo soggetto all'originario contraente.

Sotto diverso profilo, la teoria in questione sottolinea come la soluzione del subentro automatico del cessionario anche nel rapporto compromissorio, sembra poter trovare conferma nella considerazione che il credito trasferito resta comunque ancorato al suo titolo d'origine che ne costituisce il fondamento causale⁵², per cui si ritiene che il

⁵⁰ PANUCCIO, voce *Cessione dei crediti*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 868; CICALA, *Il negozio di cessione del contratto*, Napoli, 1962, pp. 121 ss.

⁵¹ La soluzione dell'operatività della clausola, in altri termini, è la stessa, sia che si esamini la questione dalla prospettiva del debitore ceduto, sia che la si esamini da quella del cessionario.

⁵² GRASSO, *Successione particolare nel debito (o nel credito) corrispettivo, successione nel sinallagma e regime delle eccezioni*, in *Rass. Dir. civ.*, 1982, p. 1011.

cessionario acquista «tutto quanto attiene al diritto di credito trasferito»⁵³, con la conseguenza di ritenere che il cessionario potrà proporre tutte le azioni idonee ad assicurare la conservazione e la realizzazione del diritto acquistato.

D'altro canto, si evidenzia come la soluzione dell'automatico trasferimento del rapporto compromissorio al cessionario appare comunque necessitata dalla considerazione secondo cui, visto che il debitore ceduto deve comunque poter continuare ad opporre il vincolo arbitrale nei confronti del nuovo titolare della posizione attiva, tale facoltà non può essere preclusa al cessionario, in quanto non sarebbe ammissibile una clausola compromissoria unilaterale, vincolante per una delle parti e facoltativa per l'altra, tale quindi da riservare al solo ceduto la facoltà di scelta tra la giurisdizione ordinaria e quella degli arbitri⁵⁴.

Né in contrario potrebbe osservarsi che il problema del consenso alla circolazione della clausola compromissoria si pone non tanto con riferimento al cessionario, il quale, benché non accetti il rapporto compromissorio, tuttavia manifesta il proprio consenso al trasferimento del credito, che, in considerazione della natura e delle peculiarità della fattispecie, si può estendere anche al vincolo compromissorio inerente al credito trasferito, quanto con riferimento al ceduto, il quale subisce il mutamento del titolare del rapporto, senza che ricorra una sua qualsiasi espressione di volontà, per cui resta vincolato a prescindere dal suo consenso alla clausola compromissoria nei confronti di un terzo, rispetto al quale egli potrebbe non gradire il ricorso al procedimento arbitrale, nel qual caso la soluzione adottata dalla giurisprudenza costituirebbe per lui non una tutela, ma un pregiudizio.

Per superare il rilievo, si pone in evidenza che l'interesse del ceduto a non trovarsi vincolato nel rapporto compromissorio con un soggetto diverso da quello con cui lo aveva concordato non sembra esigere una tutela eteronoma, in quanto le stesse parti potrebbero, nell'esercizio della propria autonomia privata, prevedere espressamente in sede di formulazione della clausola compromissoria l'intrasferibilità del rapporto arbitrale qualora una di esse ceda ad altri la propria posizione attiva del rapporto principale.

⁵³ PANUCCIO, *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*, Milano, 1955, p. 48.

⁵⁴ In tal senso, CODOVILLA, *Del compromesso e del giudizio arbitrale*, Torino, 1915, pp. 288 ss.; VECCHIONE, *Sulla validità della clausola compromissoria unilaterale*, in *Giur. It.*, 1963, IV, p. 65; SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, 1988, pp. 129 ss.

Alla luce di tale considerazioni, si osserva che appare coerente la scelta di tutelare tra i due possibili interessi contrapposti del ceduto - l'uno volto ad opporre la clausola convenuta con il cedente al cessionario, l'altro volto ad evitare di restare vincolato al rapporto compromissorio nei confronti di quest'ultimo - il primo, che non potrebbe essere preventivamente regolato dalla disciplina pattizia, in quanto coinvolge la situazione giuridica del cessionario, che è terzo rispetto alla stipulazione della clausola compromissoria⁵⁵.

Altra parte della dottrina⁵⁶, pur condividendo la tesi tradizionale secondo cui la cessione del credito comporterebbe anche il trasferimento automatico della clausola compromissoria, sulla base del principio per cui il debitore ceduto non può subire modificazioni della propria sfera giuridica per effetto di un negozio al quale è rimasto estraneo, pone a sostegno di tale conclusione ragioni diverse, attinenti all'origine e al fondamento dell'istituto di cui agli artt. 1260 c.c.

L'analisi storica della cessione del credito, infatti, consente di ritenere che l'attuale disciplina ribadisce la regola della trasmissibilità del credito «anche senza il consenso del debitore» (art. 1260, comma 1, c.c.), ammettendo alcune limitate modifiche alla posizione del debitore ceduto, dirette ad agevolare la circolazione del credito, e mantenendo, solo in minima parte, il divieto di cessione di crediti litigiosi.

Alla luce delle caratteristiche dell'istituto, quindi, l'affermazione per cui la cessione del credito, in quanto *res inter alios acta*, non può modificare la posizione del debitore ceduto⁵⁷ appare, ad avviso di tale orientamento, alquanto generica⁵⁸.

Potrebbe, infatti, rilevarsi che a seguito della cessione del credito il debitore incorre in molti rischi: divenire escusso da un creditore caratterizzato da un minor livello di tolleranza; di subire la modifica del luogo dell'adempimento (cfr. art. 1182, comma 3, c.c.); di dover adempiere ad un numero maggiore di creditori (arg. ex art. 1262 cpv. c.c.); di veder cambiare la competenza (cfr. art. 18 c.p.c.); di dover ripetere un pagamento incauto al vecchio creditore (art. 1264, comma 2, c.c.); di non poter opporre al cessionario la compensazione dei crediti sorti nei confronti del cedente

⁵⁵ CARLEO, *La successione nel rapporto compromissorio*, cit., p. 702.

⁵⁶ FESTI, *La clausola compromissoria*, Milano, 2001, pp. 1046 ss.

⁵⁷ PERLINGIERI, *Della cessione del credito*, cit., p. 154; DOLMETTA, voce *Cessione dei crediti*, cit., p. 322.

⁵⁸ In tal senso anche BENATTI, *Sulla circolazione della clausola compromissoria*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, p. 112.

successivamente alla notifica o alla conoscenza della cessione⁵⁹. Sulla base di tali rilievi, quindi, si potrebbe giungere a negare il trasferimento della clausola compromissoria per tutelare l'esigenza del debitore ceduto di non veder modificata la propria sfera giuridica.

Per ovviare a tale inconveniente, la teoria in esame ritiene che appare maggiormente precisa l'affermazione secondo cui la disciplina della cessione del credito costituisce una parziale deroga al principio generale dell'intangibilità della sfera giuridica di ciascuno senza il concorso della sua volontà, giustificata dall'esigenza di consentire un «certo livello» di circolazione del credito.

Il debitore deve, cioè, soggiacere alle sole modifiche del proprio rapporto funzionali a quel livello di circolazione, mentre, per il resto l'obbligazione rimane inalterata.

In tale prospettiva, al fine di stabilire se per effetto della cessione un determinato aspetto della situazione giuridica del debitore debba rimanere inalterato o meno, si dovrà verificare se quella modifica sia funzionale a consentire quel livello di circolazione del credito voluto dal legislatore: solo in tale ipotesi potrà ammettersi una modifica della posizione del debitore.

Non può non evidenziarsi la genericità⁶⁰ di tale soluzione, di cui, del resto, si è reso conto il suo stesso sostenitore⁶¹, il quale, però, ha ritenuto la conclusione sufficiente a risolvere la questione relativa alla sorte del rapporto compromissorio connesso al contratto fonte del credito. L'autore afferma, infatti, che, poiché il venir meno della relazione derivante da una convenzione arbitrale non costituisce nell'ordinamento attuale - né ha mai costituito durante il corso della storia - uno strumento per permettere o facilitare la cessione del credito, si deve ritenere che il diritto del debitore di devolvere ad arbitri l'eventuale lite relativa al credito rimanga intatto.

Coerentemente con le conclusioni cui giunge con riferimento alla posizione del debitore ceduto, l'orientamento dottrinale in questione ritiene che anche il cessionario

⁵⁹ FESTI, *La clausola compromissoria*, cit., p. 1049.

⁶⁰ La tesi appena illustrata sembra, inoltre, spostare il problema dall'indagine della volontà delle parti, che secondo un orientamento potrebbe condurre a ravvisare un consenso presunto al trasferimento della clausola, alle finalità perseguite dal legislatore.

⁶¹ FESTI, *La circolazione della clausola compromissoria*, cit., p. 1051, il quale evidenzia che in tale ipotesi occorrerebbe esaminare in concreto quale «livello» di circolazione intenda perseguire il legislatore con l'istituto di cui agli artt. 1260 ss. c.c.

possa giovare della clausola arbitrale stipulata dal cedente, costringendo il ceduto a sottostarvi⁶².

Per superare la teoria dottrinale secondo cui l'attribuzione del potere di adire gli arbitri al cessionario determinerebbe delle conseguenze pregiudizievoli per il debitore, si rileva che la trasferibilità della clausola compromissoria non può essere intesa in termini di mero svantaggio, ma anzi essa potrebbe ritenersi «vantaggiosa» per il debitore ceduto, se non altro perché il credito sottostante si può realizzare più velocemente proprio per la presenza del patto compromissorio.

A ciò si aggiunga che, il principio dell'intangibilità della sfera giuridica⁶³ del debitore, salve le modifiche necessarie per garantire il livello di circolazione voluto dalla legge, opera non solo con riguardo agli aspetti vantaggiosi per il ceduto, bensì pure per quelli svantaggiosi (arg. ex art. 1263, comma 1, c.c.)⁶⁴.

Gli orientamenti dottrinali appena richiamati fondano il trasferimento automatico della clausola compromissoria nella cessione del credito su argomenti diversi rispetto a quelli posti a base della circolazione della clausola⁶⁵ nell'ipotesi della cessione del contratto, attribuendo particolare rilevanza a soluzioni «pratiche»⁶⁶ per evitare che il debitore ceduto subisca un pregiudizio dalla cessione.

Di diverso avviso, appare una tesi dottrinale⁶⁷ che a sostegno del trapasso automatico del patto compromissorio, tanto nella cessione del contratto, quanto nella cessione del credito, pone la regola della legittimazione a compromettere.

Nel rinviare alle osservazioni svolte in tema di cessione del contratto⁶⁸, in questa sede appare opportuno ribadire che se il potere di compromettere corrisponde alla

⁶² FESTI, op. loc. ult. cit.

⁶³ Secondo FESTI, *La clausola compromissoria*, cit., p. 1051, il principio trova fondamento in due ragioni: una funzionale, cioè la considerazione che i crediti assistiti da garanzie o da accessori favorevoli al creditore ha una maggiore attitudine alla circolazione; l'altra dogmatica, cioè relativa al regime degli acquisti a titolo derivativo per cui l'esistenza, la misura e modalità del diritto acquisito devono essere valutate alla stregua del diritto preesistente.

⁶⁴ Sulla base di tale rilievo, il principio di intangibilità opererebbe anche con riferimento alla clausola compromissoria ove la stessa fosse ritenuta «svantaggiosa» per il ceduto, pur ammettendo che il rapporto compromissorio sfugge ad una qualifica astratta nei termini di «vantaggioso-svantaggioso».

⁶⁵ Giungendo anche a conclusioni diverse, v. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., che nega il trasferimento automatico della clausola compromissoria nella cessione del contratto e lo ammette nella cessione del credito.

⁶⁶ Sul punto, v. ASPRELLA, *Note sparse su cessione del credito, cessione di quote di società a responsabilità limitata e opponibilità della clausola compromissoria al cessionario*, in *Giust. Civ.*, 2003, pp. 21 ss.

⁶⁷ ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, Milano, 2004, pp. 442 ss.

⁶⁸ V. Cap. III, par. 3.1.

titolarità della situazione controversa, in caso di successione nella posizione contrattuale di una delle parti, così come in caso di successione nel lato attivo del rapporto obbligatorio, il successore diverrà legittimato a compromettere (il che val quanto dire che legittimata a compromettere è la parte in senso sostanziale del contratto)⁶⁹, pertanto, nel caso di cessione del contratto e di cessione del credito, il cessionario subentra nel patto compromissorio, mentre il cedente perde la legittimazione a compromettere sulle controversie nascenti dal contratto medesimo⁷⁰ e sul diritto oggetto di cessione.

In entrambi i casi, quindi, opera il trapasso automatico del patto compromissorio, derivandone unicamente in più o meno esteso ambito applicativo, perché, nel caso della cessione del contratto, l'opzione arbitrale si estende a tutte le "azioni" contrattuali (devolute ad arbitri); nell'altro caso, invece, sarà operativa soltanto con riguardo al rapporto credito-debito.

3.3 La tesi giurisprudenziale della circolazione «a senso unico» della clausola arbitrale.

Come anticipato nei precedenti paragrafi, l'orientamento pressoché unanime di dottrina e giurisprudenza, favorevole alla circolazione automatica della clausola compromissoria, è stato letteralmente sconvolto da una pronuncia delle Sezioni Unite⁷¹ che ha dato via a una tesi tendenzialmente contraria al riconoscimento del trasferimento automatico della clausola, tesi che appare ancora oggi non superata dai giudici di legittimità⁷².

Ad avviso della Suprema Corte, infatti, *«il cessionario di credito nascente da contratto nel quale sia inserita una clausola compromissoria non subentra nella titolarità del distinto e autonomo negozio compromissorio e non può pertanto invocare detta clausola nei confronti del debitore ceduto, tuttavia quest'ultimo può avvalersi della clausola compromissoria nei confronti del cessionario, atteso che il debitore ceduto si vedrebbe altrimenti privato del diritto di far decidere ad arbitri le*

⁶⁹ ZUCCONI GALLI FONSECA, op. loc. cit.

⁷⁰ ad eccezione dell'ipotesi della c.d. successione cumulativa.

⁷¹ Sent. Cass. S.U., 17 dicembre 1998, n. 12616, in *Foro it.*, 1999, I, c. 2979, il fatto che si tratti di una pronuncia a Sezioni Unite non deve trarre in inganno: la Cassazione non ha composto alcun contrasto, ma si è semplicemente pronunciata in sede di regolamento preventivo di giurisdizione promosso dal cessionario di un credito che invocava l'esistenza di una clausola compromissoria per arbitrato internazionale.

⁷² Cfr. Cass., 28 dicembre 2011, n. 29261; Cass., 8 giugno 2012, n. 9381; Cass., 18 ottobre 2012, n. 17918.

controversie sul credito in forza di un accordo tra cedente e cessionario al quale egli è rimasto estraneo».

Il carattere innovativo della pronuncia appare evidente se si considera il diverso rilievo attribuito alla posizione del debitore ceduto e a quella del creditore cessionario in relazione alla medesima clausola compromissoria inserita nel contratto stipulato tra lo stesso cessionario e il creditore cedente: soluzione che ha incontrato la ferma opposizione da parte della dottrina.

Prima però, di esaminare le critiche che sono state mosse alla sentenza in esame, occorre illustrare brevemente i passi argomentativi della pronuncia.

A fondamento della soluzione adottata, la Suprema Corte ha richiamato innanzitutto il principio di autonomia della clausola compromissoria e la sua codificazione ad opera del legislatore del 1994, ricavandone il convincimento che tale autonomia faccia sì che la cessione del contratto non comporti automaticamente la successione del cessionario nel connesso ma autonomo negozio compromissorio, occorrendo a tal fine una specifica manifestazione di volontà ad opera di tutte le parti protagoniste del negozio di cessione. Così, avendo escluso che il cessionario del contratto subentri nella clausola compromissoria, la Corte, con la pronuncia in esame, ha concluso che, ancor più, da tale subentro debba essere escluso il mero cessionario del credito nascente dal contratto, avendo la cessione del credito un effetto più circoscritto rispetto alla cessione del contratto⁷³.

La Corte, tuttavia, non si ferma a tale conclusione, ma aggiunge che la clausola compromissoria, della quale non si potrebbe valere il cessionario, potrebbe però essere opposta dal debitore ceduto al cessionario stesso, sulla base del più volte ricordato principio di intangibilità della sfera giuridica del debitore, che non può subire alcun pregiudizio per effetto di un negozio al quale egli non ha partecipato.

In particolare, afferma che il principio di autonomia della clausola

⁷³ Sul punto, la Corte afferma che «se, quindi, il subentro del cessionario nel distinto negozio compromissorio è escluso (secondo la prevalente giurisprudenza) nel caso di cessione del contratto nel quale la clausola è inserita, ai sensi degli artt. 1406 ss. c.c., a maggior ragione deve ritenersi che il subentro non si verifichi nell'ipotesi di mera cessione di un credito nascente dal contratto nel quale è inserita la clausola. Ed infatti, la cessione di credito, che il creditore può effettuare anche senza il consenso del debitore (art. 1260, 1° comma, c.c.), ha un effetto più circoscritto rispetto alla cessione del contratto, in quanto è limitata al solo diritto di credito derivante al cedente da un precedente contratto, e non determina il trasferimento dal cedente al cessionario dell'intera posizione giuridica contrattuale, con tutti i diritti e gli obblighi ed essa relativi. Non potrebbe pertanto neppure invocarsi quell'orientamento giurisprudenziale minoritario che ricollega il subentro nel negozio compromissorio inserito in un contratto al trasferimento unitario dell'intera posizione contrattuale».

compromissoria, dal punto di vista del cessionario, non è in contrasto con le precedenti pronunce della stessa Corte che, nel caso di cessione di credito nascente da contratto munito di clausola compromissoria, hanno riconosciuto al debitore ceduto la facoltà di opporre la clausola al cessionario. Tali pronunce, infatti, hanno esaminato la questione non già con riferimento alla posizione del cessionario del credito, bensì con riferimento alla posizione del debitore ceduto, sottolineando l'esigenza di non privarlo della facoltà di avvalersi della clausola compromissoria nei confronti del cessionario.

La Corte, in altri termini, giunge ad una soluzione alquanto "originale" poiché, lungi dall'escludere la circolazione della clausola compromissoria, ammette una circolazione della stessa «a senso unico», pervenendo a soluzioni differenti a seconda della prospettiva da cui si esamina la questione.

Ed è proprio tale distinzione di "prospettive" che è stata oggetto di numerose critiche nel panorama dottrinale, nonostante le quali, tuttavia, la Corte non sembra aver modificato il proprio orientamento⁷⁴.

3.3.1 Le critiche della dottrina.

Venendo ad esaminare le critiche mosse alla sentenza in esame, con riferimento all'argomento per cui il principio di autonomia della clausola compromissoria fa sì che la cessione del contratto e, a maggior ragione, la cessione del credito non comporta automaticamente la successione del cessionario nel negozio compromissorio, si rileva che se questa fosse stata la soluzione proposta dalla Corte, essa potrebbe non condividersi, in quanto basata su una lettura ormai superata del principio di autonomia, ma sarebbe comunque una soluzione dotata di coerenza logica, in quanto univocamente orientata a non riconoscere la trasferibilità del patto compromissorio⁷⁵.

Tuttavia, anche l'argomento *a fortiori* che, come visto, la Cassazione innesta nei rapporti tra disciplina della cessione del credito e disciplina della cessione del contratto non è stato ritenuto meritevole di condivisione⁷⁶.

⁷⁴ Con la sentenza 19 settembre 2003, n. 13893, la Corte ribadisce, con una motivazione pressoché identica, le conclusioni cui è pervenuta la decisione a Sezioni Unite.

⁷⁵ SALVANESCHI, *La cessione di credito trasferisce al cessionario anche la clausola compromissoria che accede al credito stesso*, in *Riv. Arb.*, 2001, p. 526

⁷⁶ MARICONDA, *Cessione del credito e clausola compromissoria: le inaccettabili conclusioni della cassazione*, in *Corr. Giur.*, 2003, p. 1588.

Al riguardo, si è rilevato come si potrebbe, al contrario, sostenere che proprio la non necessità della accettazione della cessione del credito da parte del debitore ceduto, a fronte della necessità dell'accettazione della cessione del contratto da parte del contraente ceduto, imponga di ritenere che la clausola compromissoria, in mancanza di una contraria previsione delle parti, si estende automaticamente alle controversie che dovessero insorgere tra cessionario e debitore ceduto.

La stessa Corte di Cassazione, infatti, in un remoto precedente⁷⁷, aveva concluso nel senso che l'argomento svolto in materia di cessione del contratto per escludere la circolazione della clausola, non dovesse valere anche per la cessione del credito, e ciò proprio in ragione dell'automatismo dell'effetto della cessione e della non necessità dell'accordo del debitore.

Senza dubbio, però, la parte della sentenza che è stata oggetto di maggiori critiche è quella che ammette una circolazione «a senso unico» della clausola arbitrale.

Sul punto, la dottrina evidenzia la difficoltà di comprendere, innanzitutto sul piano logico, come si possa sfuggire alla seguente alternativa⁷⁸: o la clausola compromissoria si trasferisce con il ceduto e, allora, il debitore ceduto può invocare l'esistenza nei confronti del cessionario proprio in ragione dell'avvenuta circolazione; oppure la clausola compromissoria resta ferma in capo agli originari contraenti ed è quindi sostanzialmente caducata per effetto della cessione ed allora il debitore ceduto non può pretenderne il rispetto da parte del cessionario.

Si sottolinea, quindi, come la questione in esame non si possa risolvere diversamente a seconda che venga in considerazione l'interesse del debitore a far valere la clausola, ovvero quello del creditore cessionario ad attivare la tutela del creditore.

Tale soluzione, infatti, si presta a incertezze e inconvenienti⁷⁹ che costituiscono il segnale dell'irrazionalità del criterio adottato dalla Cassazione. Infatti, accettando la

⁷⁷ Cfr. Cass. 17 settembre 1970, n. 1525, in *Giust. Civ.*, 1970, I, p. 1565.

⁷⁸ L'alternativa è stata proposta nel Lodo reso in Milano il 6 aprile 2001, in *Riv. arb.*, 2001, pp. 519 ss., con nota adesiva di SALVANESCHI, *La cessione di credito trasferisce al cessionario anche la clausola compromissoria che accede al credito stesso*, «per effetto della cessione di credito il cessionario subentra, oltre che nella situazione soggettiva, anche nella clausola compromissoria contemplata nell'atto dal quale trae origine il credito con riferimento alle controversie che dovessero sorgere in relazione ad esso. Così il debitore ceduto può opporre fondatamente al cessionario l'esistenza della clausola compromissoria ed il cessionario è legittimato ad agire in via arbitrale nei confronti del debitore ceduto».

⁷⁹ Se, chiusa per il cessionario la via della giustizia ordinaria, si preclude anche, sulla base della pronuncia della Cassazione, la via arbitrale, allora «si crea, palesemente, un grave pasticcio, che si traduce, da un punto di vista pratico, in un vuoto di tutela per il cessionario e, da un punto di vista teorico, in un problema logicamente irresolubile» (così, SALVANESCHI, op. loc. ult. cit.).

soluzione della Suprema Corte, il debitore ceduto potrebbe, a fini meramente strumentali, sia eccepire l'incompetenza del giudice ordinario a favore degli arbitri, sia declinare la competenza di questi ultimi allegando il difetto di legittimazione del cessionario ad agire in via arbitrale.

Inoltre, potrebbe accadere, sulla base della soluzione adottata dalla Corte e meglio specificata in una successiva pronuncia⁸⁰, che instaurato il giudizio dal cessionario innanzi all'Autorità giudiziaria ordinaria, il contraente ceduto – eccependo l'esistenza della clausola compromissoria – possa paralizzare, seppur temporaneamente, l'azione proposta con evidente «spreco di tempo e di spese»⁸¹ a carico del cessionario. Mentre, nel caso in cui il cessionario abbia adito il collegio arbitrale, il ceduto potrà regolarsi *secundum eventum litis*. A ben guardare, accogliendo la soluzione prospettata dalla Corte si verifica il seguente paradosso: conclusosi con lodo il giudizio arbitrale, mentre il cessionario è vincolato a detta pronuncia, il ceduto ha la scelta tra l'avvalersene, in caso di esito positivo, ovvero impugnare il lodo assumendo la nullità della clausola compromissoria, in tal modo costringendo il cessionario ad instaurare un nuovo giudizio innanzi al giudice ordinario⁸².

Affinché il cessionario possa adire il collegio arbitrale, invece, egli dovrà preliminarmente adire il giudice ordinario ed attendere che nei termini e modi previsti dal codice di rito il debitore ceduto eccepisca l'esistenza della clausola compromissoria⁸³.

I rilievi critici appena evidenziati, però, non sono stati accolti dalla giurisprudenza, la quale, invece, ha affermato che gli inconvenienti di tale soluzione, dal punto di vista del cessionario del credito, hanno portata assai minore di quella

⁸⁰ Cass. 19 settembre 2003, n. 13893, «non è invocabile dal creditore cessionario la sussistenza di una clausola compromissoria contenuta nel contratto da cui il credito trasferito è sorto. Il cessionario sarà pertanto tenuto ad adire l'Autorità giudiziaria ordinaria, ma il debitore ceduto potrà eccepire l'esistenza della clausola compromissoria».

⁸¹ ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale*, cit., p. 39

⁸² PETRILLO, *Circolazione della clausola compromissoria in ipotesi di cessione del credito*, cit., p. 474, sottolinea che nell'ipotesi in esame, come da consolidato orientamento giurisprudenziale, trattandosi di improponibilità della domanda arbitrale, la Corte d'Appello procederà al giudizio rescindente, ma non al rescissorio.

⁸³ PETRILLO, *Circolazione della clausola compromissoria in ipotesi di cessione del credito*, cit., p. 464, evidenzia inoltre che non appare trascurabile la circostanza che, così opinando, il diritto di adire il Collegio arbitrale non sorge in capo al cessionario in forza di una propria manifestazione di volontà ovvero di un contratto stipulato tra le parti, ma per una manifestazione di volontà in tal senso del debitore ceduto: sorge, cioè, con la proposizione dell'eccezione da parte del convenuto.

denunciata⁸⁴. In particolare, il rilievo consistente nella lamentata possibilità, per il debitore ceduto, di regolarsi a seconda dell'esito del giudizio arbitrale, deriva non solo della soluzione in esame, bensì dalla scelta dello stesso cessionario di introdurre la lite davanti agli arbitri - piuttosto che davanti al giudice - nonostante non possa avvalersi della clausola compromissoria. Se, invece, il cessionario adisce il giudice (esercitando l'unico potere che gli spetterebbe sulla base di tale orientamento giurisprudenziale), egli è indubbiamente esposto all'eventuale eccezione avversaria di devoluzione della controversia agli arbitri, ma è pur vero che tale eccezione deve necessariamente essere dedotta nel giudizio di primo grado, nel rispetto del rigido sistema di preclusioni stabilito dal codice di rito, e dunque resta esclusa ogni possibilità, per il debitore ceduto, di regolarsi *secundum eventum*.

Da quanto sino ad ora osservato, appare chiaro che nell'orientamento giurisprudenziale in esame risulta del tutto sminuita l'esigenza di tutela del cessionario fino al punto che la Corte giunge ad osservare che «l'unico vero inconveniente⁸⁵ derivante dalla soluzione qui accolta è (...) un possibile allungamento dei tempi della lite introdotta dal cessionario del credito (...) allungamento, peraltro, prevedibile (e dunque preventivamente apprezzabile in concreto anche ai fini di ogni valutazione di opportunità) al momento dell'accettazione della cessione»⁸⁶.

La soluzione della Corte, oltre a non fornire un'adeguata tutela al cessionario del credito, finisce per rendere la posizione del ceduto, a seguito della cessione, notevolmente più favorevole rispetto a quella originaria, poiché apre la strada ad una scelta (che prima non aveva) tra giudizio arbitrale e giudizio ordinario.

Tuttavia, tale evidente disparità di trattamento non ha indotto la Suprema Corte a mutare il proprio orientamento, avendo anzi la stessa affermato, successivamente alla pronuncia in esame, che «è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, sollevata in relazione agli artt. 3 e 24 Cost., dell'art. 808 c.p.c. nella parte in cui, secondo la pacifica interpretazione della giurisprudenza di legittimità, prevede che, in caso di cessione di un credito nascente da un contratto, nel quale sia inserita una

⁸⁴ Il riferimento è sempre a Cass., 19 settembre 2003, n. 13893.

⁸⁵ Tale "inconveniente" potrebbe essere attenuato, ma non del tutto eliminato, sulla base del nuovo orientamento inaugurato dalla Corte Costituzionale con la sentenza del 19 luglio 2013, n. 223, che nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 819-ter, comma 2, c.p.c., nella parte in cui esclude l'applicabilità, ai rapporti tra arbitrato e processo, di regole corrispondenti all'art. 50 c.p.c., ammette la *translatio iudicii* anche nei rapporti tra giudice e arbitro.

⁸⁶ Cass., 19 settembre 2003, n. 13893, cit.

clausola compromissoria, soltanto il debitore ceduto, e non anche il cessionario, possa avvalersi della clausola compromissoria. Tale diversità di trattamento è giustificata in ragione della diversa situazione dei due soggetti; infatti, rientrando la clausola compromissoria tra le eccezioni opponibili all'originario creditore, diversamente opinando, il debitore ceduto vedrebbe menomata la sua posizione contrattuale in forza di un accordo tra cedente e cessionario al quale egli è rimasto estraneo»⁸⁷.

Quale ulteriore critica all'orientamento giurisprudenziale in questione, si evidenzia⁸⁸ che, a prescindere dagli inconvenienti applicativi cui lo stesso darebbe luogo, non si deve confondere il vincolo *ultra partes* del patto compromissorio, che viene in gioco con il fenomeno successorio, con il diritto concesso a taluni terzi di profittare del contratto altrui; quest'ultimo, infatti, prescinde dal vincolo perché la scelta presuppone la libertà di non esservi costretti e, soprattutto, deve fondarsi su un rapporto normativo o volontaristico adeguato, che nella specie non è viceversa reperibile (si pensi alla clausola compromissoria unilaterale). Né ci si può basare, ad avviso di tale dottrina, sulla norma che consente al debitore ceduto di opporre al cessionario tutte le eccezioni riguardanti quel credito, perché questa costituisce il sinallagma dello speculari potere del cessionario di esercitare i poteri e le facoltà scaturenti dal diritto in cui è subentrato: dunque non di mero profitto si tratta, bensì di vero e proprio vincolo reciproco⁸⁹.

Per completezza, occorre infine richiamare un orientamento dottrinale⁹⁰ che accoglie con favore la tesi giurisprudenziale in questione, seppur sulla base di argomentazioni parzialmente differenti.

Si ritiene che, poiché nella situazione determinatasi a seguito di cessione del credito, non necessita affatto una manifestazione di volontà del debitore ceduto ai fini del perfezionamento del negozio successorio, non può sorgere alcun dubbio sul fatto che lo stesso debitore ceduto, adito avanti l'Autorità giudiziaria ordinaria dal cessionario, possa fondatamente opporre l'*exceptio compromissi* derivante dal patto arbitrale stipulato con il cedente. In questo caso, infatti, a differenza dell'ipotesi di cessione del contratto, non viene il rilievo l'autonomia del patto compromissorio, in

⁸⁷ Cass., 21 marzo 2007, n. 6809.

⁸⁸ ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, cit., p. 446.

⁸⁹ ZUCCONI GALLI FONSECA, op. loc. ult. cit.

⁹⁰ CAVALLINI, *Il trasferimento della clausola compromissoria*, in *Riv.dir.civ.*, 2003, pp. 473 ss.

quanto a causa del «mantenimento del contratto originario e dell'accordo arbitrale con il cedente» si perfeziona un nuovo accordo compromissorio con il cessionario, rimesso alla manifestazione di volontà del debitore ceduto, che vuole mantenere in vita il patto arbitrale già stipulato con il cedente⁹¹.

Dalla disciplina della cessione del credito si ricava, infatti, il principio di intangibilità della posizione del debitore ceduto, con l'eccezione, prima ricordata, delle modificazioni che appaiono strettamente funzionali alla circolazione del credito stesso; conseguentemente, ad avviso di tale dottrina, è proprio al debitore ceduto che bisogna rimettere la scelta delle modalità di tutela del credito.

Diversa appare, ad avviso di tale orientamento, la posizione del cessionario del credito, il quale vanta una serie di diritti nei confronti del debitore ceduto, ma molto probabilmente non quello di avvalersi della clausola compromissoria stipulata tra quest'ultimo ed il cedente; «ove “avvalersi” della clausola vuol proprio significare l'imposizione della tutela arbitrale come effetto precipuo di un presunto trasferimento automatico della medesima a seguito della cessione del credito»⁹². E al trasferimento automatico della clausola compromissoria osta la valenza del principio di autonomia del patto arbitrale: rispetto a tale accordo arbitrale il cessionario è terzo e dunque non legittimato ad avvalersene.

4. L'evoluzione giurisprudenziale.

Alla luce delle considerazioni svolte sul tema della circolazione della clausola compromissoria nell'ipotesi della cessione del credito e sulla base della molteplicità delle tesi sostenute, appare opportuno ripercorrere brevemente le tappe giurisprudenziali sulla questione in esame.

Come evidenziato, sin dai tempi più risalenti, la giurisprudenza è stata concorde nell'affermare l'automatica trasmissione della clausola compromissoria al rapporto tra cessionario del credito e debitore ceduto sulla base del rilievo per cui la cessione del credito importa soltanto il trasferimento di un singolo elemento di un rapporto il quale, per il resto, rimane integro. «In tal caso, il consenso del debitore ceduto è estrinseco alla convenzione tra cedente e cessionario, non è necessario per il perfezionamento del

⁹¹ CAVALLINI, op. cit., p. 482; *contra*, ZUCCONI GALLI FONSECA, op. loc. ult. cit., nota n. 470, che ritiene che vi sono difficoltà nel reperire una norma positiva che consenta questa *species* di clausola compromissoria unilaterale, visto che si tratterebbe certamente di una norma eccezionale.

⁹² CAVALLINI, op. loc. cit., p. 483.

negozio, (art. 1260 c.c.) e neppure della sua efficacia, essendo all'uopo sufficiente che la cessione sia stata notificata (art. 1264 c.c.). Basta, quindi, l'accordo tra creditore e cessionario perché il secondo subentri, per quanto attiene al credito, nella posizione giuridica del primo. Ma, poiché la clausola compromissoria riguarda le liti circa l'esistenza e l'entità del credito, ne consegue che, con la cessione di questo, l'efficacia della clausola si estende automaticamente al cessionario, per effetto della convenzione conclusa tra loro senza l'intervento del debitore ceduto, perché la clausola stessa attiene a quell'elemento del rapporto che è stato trasmesso»⁹³.

La richiamata pronuncia a Sezioni Unite⁹⁴ ha determinato un'inversione di rotta, affermando che, nell'ipotesi di clausola compromissoria inserita in un contratto di cui venga ceduto un credito, il creditore cessionario non subentra nella titolarità del negozio arbitrale, autonomo e distinto rispetto al contratto al quale aderisce e non può pertanto avvalersi a suo favore della clausola nei confronti del debitore ceduto.

In tale pronuncia, poi, la Suprema Corte ribadisce l'opponibilità della clausola compromissoria dal debitore ceduto al cessionario sulla base del principio, pacificamente emerso dall'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale 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 ed inserito nel contratto dal quale nasce il credito ceduto. Si aggiunge, inoltre, che la soluzione dell'opponibilità dal debitore ceduto al creditore cessionario si impone in considerazione del fatto che altrimenti il debitore ceduto si vedrebbe privato del diritto di sottoporre ad arbitri le controversie, in forza di un successivo accordo tra quest'ultimo e il cessionario cui sia rimasto estraneo.

Sulla scia di tale pronuncia, una successiva sentenza del 2003⁹⁵, richiamando le argomentazioni delle Sezioni Unite, senza preoccuparsi di vagliarne la validità, ha

⁹³ In tal senso, Cass., 17.9.1970, n. 7525-1529, in *Giust. Civ.*, 1970, I, p. 1576; cfr. Cass., 29 luglio 1964, n. 2161; Cass., 16 ottobre 1953, n. 3386; Cass., 21 giugno 1939, n. 2107; sulla configurazione, nell'ipotesi di cessione del credito, di una successione nel rapporto arbitrale, v. Cass., 5761 del 21 giugno 1996, in *Riv. arb.*, 1996, pp. 699 ss., con nota di CRISCUOLO, *Cessione del contratto*, cit., «tenuto conto che la cessione del contratto realizza, come effetto essenziale, una successione a titolo particolare nel rapporto giuridico contrattuale mediante la sostituzione del cessionario nella posizione giuridica, attiva e passiva, di uno degli originari contraenti (...) essa non può non implicare l'osservanza dell'obbligo nascente dalla clausola compromissoria»

⁹⁴ Cass. S.U., 17 dicembre 1998, n. 12616.

⁹⁵ Cass., 19 settembre 2003, n. 13893, in *Corr. Giur.*, 2003, pp. 1583 ss., con nota critica di MARICONDA,

affermato che «non è invocabile dal creditore cessionario la sussistenza di una clausola compromissoria contenuta nel contratto da cui il credito trasferito è sorto. Il cessionario sarà pertanto tenuto ad adire l’Autorità giudiziaria ordinaria, ma il debitore ceduto potrà eccepire l’esistenza della clausola compromissoria».

Nel 2004 la Cassazione, ribadendo un principio che viene presentato come assolutamente consolidato, ha ritenuto che né il cessionario (nei confronti del ceduto), né il ceduto nei confronti del cessionario possa invocare la clausola compromissoria: se è vero che al cessionario possono opporsi tutte le eccezioni inerenti l’esistenza, la validità e l’efficacia dell’obbligazione, nondimeno tra tali eccezioni non è compresa quella fondata sul contratto, concernente il modo stabilito per la soluzione delle controversie⁹⁶.

Con tale ultima pronuncia la Cassazione sembrava voler tornare su suoi passi, ma la volontà di mantenere l’orientamento favorevole alla circolazione «a senso unico» della clausola compromissoria è stato subito dopo confermato con una pronuncia che ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, sollevata in relazione agli artt. 3 e 24 Cost., dell’art. 808 c.p.c. nella parte in cui, secondo la pacifica interpretazione della giurisprudenza di legittimità, prevede che, in caso di cessione di un credito nascente da un contratto, nel quale sia inserita una clausola compromissoria, soltanto il debitore ceduto, e non anche il cessionario, possa avvalersi della clausola compromissoria.

Tale orientamento è confermato dalle più recenti sentenze che hanno affrontato la questione della circolazione della clausola compromissoria nelle ipotesi di cessione del credito⁹⁷.

5. Ulteriori ipotesi di circolazione della clausola compromissoria: *factoring*, delegazione, espromissione, accollo, fideiussione e contratto a favore di terzi.

Al fine di delineare un completo quadro delle ipotesi di circolazione della clausola compromissoria, senza scendere in una approfondita analisi delle stesse, occorre

⁹⁶ Cass., 1 settembre 2004, n. 17531, in *Corr. Giur.*, 2005, pp. 1567 ss., con nota critica di MARICONDA, *Cessione del credito e clausola compromissoria: la Cassazione “evidentemente” si contraddice*.

⁹⁷ Cfr. Cass., 28 dicembre 2011, n. 29261; Cass., 8 giugno 2012, n. 9381; Cass., 18 ottobre 2012, n. 17918.

svolgere qualche ulteriore considerazione in merito al *factoring*, alla delegazione, espromissione, acollo, alla fideiussione e al contratto a favore di terzi.

Con riferimento alla specifica tipologia di successione nelle posizioni creditorie, qual è il *factoring*⁹⁸, la dottrina ritiene che debba essere adottata, per coerenza, una soluzione analoga a quella data in tema di cessione del credito. Si ammette, quindi, l'estensione del patto compromissorio. E' chiaro, però, che le medesime considerazioni svolte con riferimento alla cessione del credito, possono essere svolte in merito al *factoring*, con la conseguenza di portare a soluzioni non sempre univoche⁹⁹.

In relazione agli istituti della delegazione, espromissione ed acollo, l'osservazione che subito viene in considerazione attiene al fatto che la necessità del consenso del nuovo creditore evita l'insorgere di problemi derivanti dalla soggezione "involontaria" dello stesso all'eventuale convenzione arbitrale collegata al contratto da cui deriva il debito. Peraltro, il contenuto del negozio di assunzione del debito, in quanto frutto di autonomia privata, può essere il più vario, potendo le parti accordarsi liberamente circa la sorte dell'accordo compromissorio.

Nel silenzio delle parti sulla clausola compromissoria, la successione nel patto arbitrale dall'originario titolare al terzo subentrante sarà automatica ove si riscontri una successione a titolo particolare nell'obbligazione; se si sia, invece, verificata una novazione, la soluzione sarà opposta, in quanto la modificazione soggettiva comporta il sorgere di un nuovo rapporto giuridico del tutto svincolato da quello precedente¹⁰⁰.

Altra parte della dottrina ritiene, invece, che debba darsi rilievo alla volontà delle parti, con la conseguenza di ritenere che la ripetizione della convenzione arbitrale debba essere presunta qualora le parti abbiano fatto espresso riferimento al contratto da cui deriva il debito¹⁰¹.

Analoghe considerazioni possono formularsi a proposito della fideiussione: anche in tale ipotesi garante e creditore sono liberi di sottoporre le loro future controversie al

⁹⁸ Per un'analisi dell'istituto, v. par. 2.7.

⁹⁹ In senso favorevole all'estensione del patto compromissorio, v. Trib. Milano, 19 dicembre 1996, in *I contr.*, 1997, pp. 360 ss.; *contra*, lodo arbitrale 29 marzo 2012, in www.appaltieriserve.it, secondo cui, in applicazione dei principi ormai costanti in giurisprudenza, «la società di Factoring non è subentrata automaticamente nella clausola compromissoria, ragion per cui, in difetto della mancata adesione del debitore ceduto al negozio modificativo, gli effetti di tale clausola non si estendono, in favore della cessionaria, ai rapporti di credito corrispondenti, oggetto dell'avvenuta cessione».

¹⁰⁰ ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale*, cit., p.60.

¹⁰¹ FESTI, *La clausola compromissoria*, cit., p. 1063.

giudice ordinario oppure ad arbitri. Anche qui, del resto, la locuzione “eccezioni” contenuta nell’art. 1945 c.c., non pare comprendere l’eccezione di arbitrato¹⁰².

Altra parte della dottrina, invece, ritiene che il trapasso nel patto compromissorio opera anche nell’ipotesi di fideiussione¹⁰³.

Con riferimento al contratto a favore di terzo, la giurisprudenza pressoché unanime e la dottrina maggioritaria sono indirizzate nel senso di ritenere che la clausola arbitrale contenuta in tale contratto vincoli il terzo.

Una delle argomentazioni poste dalla dottrina a sostegno di tale conclusione è quella che parte dalla considerazione che il terzo beneficiario, pur non essendo parte, né in senso sostanziale, né in senso formale del rapporto, può esercitare il diritto che acquista per effetto della pattuizione in suo favore nei confronti del promittente per ottenere l’esatto adempimento, «utilizzando i normali mezzi di coazione previsti dal nostro ordinamento, onde conseguire in concreto il diritto di acquisto»¹⁰⁴. E «poiché il promittente ha convenuto, concludendo il contratto con lo stipulante, una clausola compromissoria come mezzo per decidere le controversie nascenti dal contratto, egli conserva tale facoltà anche nell’ipotesi di acquisto del diritto da parte del terzo per effetto del contratto, giacché il diritto fatto valere dal terzo trova il suo fondamento del contratto, dove stato disposto che le controversie ad esso inerenti sono rimesse ad arbitri»¹⁰⁵.

¹⁰² FESTI, op. ult. cit., p. 1064; contra, CARLEO, *Le vicende soggettive della clausola compromissoria*, cit., pp. 90 ss.

¹⁰³ ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale*, cit., p. 448.

¹⁰⁴ SCOZZAFAVA, *Contratto a favore di terzi*, in *Enc. Giur.*, IX, Roma, 1988, p. 7.

¹⁰⁵ BENATTI, *Sulla circolazione della clausola compromissoria*, cit., p. 16.

CONCLUSIONI

Le considerazioni svolte nei precedenti capitoli hanno consentito di rilevare i termini di un dibattito che si presenta come uno dei più “antichi” e articolati nel panorama dottrinale e giurisprudenziale in materia di arbitrato.

Partendo da un corretto inquadramento delle problematiche sottese alla *species* di convenzione arbitrale disciplinata dall’art. 808 c.p.c., si è cercato di individuare le criticità connesse alle ipotesi di circolazione della clausola compromissoria, concentrando l’attenzione sulla cessione del contratto e sulla cessione del credito.

Si è visto come l’evoluzione più recente della dottrina sul punto si è indirizzata nel senso di sostenere che la clausola compromissoria possa vincolare anche soggetti che non l’hanno espressamente sottoscritta, qualora questi subentrino nel rapporto principale, pur essendo terzi rispetto alla stipulazione originaria.

Tali orientamenti giurisprudenziali tendono, infatti, a prescindere dalla specifica accettazione della clausola compromissoria riconoscendo, almeno in relazione ad alcune fattispecie, sia il trasferimento automatico del rapporto compromissorio a favore del soggetto che succede nel rapporto principale, sia l’estensione automatica del rapporto compromissorio in capo a soggetti che, sebbene non abbiano partecipato alla stipulazione dell’accordo originario e della relativa convenzione arbitrale, subentrano nel rapporto principale e sono interessati dagli effetti che esso realizza (ad esempio, nell’ipotesi del contratto a favore di terzi).

Si è rilevato, inoltre, come a tale evoluzione dottrinale non corrisponda un’analogica evoluzione giurisprudenziale: le pronunce dei giudici di legittimità e di quelli di merito, anzi, manifestano orientamenti nettamente contrapposti rispetto a quelli formulati dalla dottrina.

Così, se in materia di cessione del contratto possono registrarsi alcune aperture a favore della circolazione automatica della clausola compromissoria – essendo oscillanti le posizioni assunte dalla giurisprudenza – nell’ipotesi di cessione del credito, si assiste al radicarsi di un orientamento che ammette esclusivamente la circolazione «a senso unico» della clausola compromissoria e che, nonostante le numerose critiche dottrinali, non viene oggi messo in discussione.

Alla luce di quanto esposto, appare arduo fornire una soluzione al problema del destino della clausola compromissoria nelle ipotesi in cui il contratto cui essa acceda, o un suo elemento, divengano oggetto di un trasferimento o di una particolare imputazione soggettiva degli effetti.

Si possono, però, porre dei punti fermi, evidenziando innanzitutto come non può attribuirsi valenza risolutiva alle diverse teorie sulla natura della clausola compromissoria: è ormai pacifico, infatti, che il patto arbitrale sia qualificabile come negozio sostanziale a rilevanza ed effetti processuali e rientri, in particolare, nella categoria dei contratti.

La soluzione al problema, inoltre, non può fondarsi sul richiamo del c.d. principio di autonomia della clausola compromissoria, essendosi evidenziato come lo stesso abbia valenza esclusivamente ai fini del giudizio di validità del patto arbitrale e non venga in rilievo, quindi, nelle ipotesi di circolazione dello stesso.

In tale contesto, però, si potrebbe valorizzare il principio volontaristico che, nella disciplina generale del contratto¹, costituisce un vero e proprio dogma.

Non vi è dubbio, infatti, che le parti possano stabilire compiutamente la portata oggettiva e soggettiva della clausola compromissoria, risolvendo in radice la questione della sua estensione e/o circolazione, e che, pertanto la soluzione dei problemi concreti debba essere ancorata, in linea di principio, non ad una formula astratta, qual è quella dell'autonomia della clausola, bensì alla concreta indagine della volontà perseguita dai contraenti.

Sotto tale profilo, quindi, potrebbe attribuirsi particolare rilievo alla buona fede, soprattutto alla luce delle recenti evoluzioni giurisprudenziali che individuano nella buona fede un obbligo di carattere generale, gravante sulla generalità dei consociati, che trova il suo fondamento nelle istanze solidaristiche di cui all'art. 2 Cost. La valorizzazione di tale obbligo consentirebbe, infatti, di rinvenire nel consenso alla cessione del contratto anche il consenso alla clausola compromissoria tutte le volte in cui l'operazione di cessione sia preceduta da un'attenta analisi del regolamento contrattuale e avvenga tra operatori qualificati.

Pur nella consapevolezza dell'assenza di rimedi, diversi da quello risarcitorio², analogo discorso potrebbe essere fatto con riferimento al cessionario nel credito, che in

¹ Almeno, nel contratto tra soggetti eguali dal punto di vista economico e/o normativo.

tal modo potrebbe avvalersi della clausola compromissoria contenuta nel contratto da cui deriva il credito oggetto di cessione.

Sicuramente, la valorizzazione dell'obbligo di buona fede acquisterebbe maggiore rilevanza se effettuata in un momento anteriore alle contestazioni sulla vincolatività dello strumento arbitrale, e in un tempo immediatamente successivo all'operazione di cessione.

Da un punto di vista pratico, infatti, la buona fede porterebbe innanzitutto le parti della cessione del contratto a prendere posizione sulla permanenza o meno della clausola compromissoria; nel caso di cessione del credito, invece, imporrebbe al cessionario di richiedere una dichiarazione al debitore ceduto con la quale quest'ultimo accetta la contestuale circolazione della clausola compromissoria o ne esclude l'operatività.

Ma quando l'indagine concreta sulla volontà delle parti non porta ad alcun risultato specifico, quando cioè non risulta né l'espressa accettazione, né l'espressa esclusione della clausola, la questione dei limiti soggettivi della clausola arbitrale non può esaurirsi nella mera enunciazione dell'autonomia della clausola dal contratto cui accede, ma va approfondita avendo riguardo alle caratteristiche peculiari dell'istituto cui si collega il problema della estensione soggettiva.

Sotto tale profilo, pertanto, si ritiene preferibile la tesi che ammette il trasferimento automatico della clausola compromissoria in considerazione della *ratio* dell'istituto della cessione, volta a favorire la circolazione dei rapporti contrattuali o dei crediti derivanti dal contratto, nonché del carattere oggettivo della cessione che determina il subentro di un nuovo soggetto nella intera posizione contrattuale o in un singolo rapporto così come originariamente configurato, anche per quanto riguarda le tecniche di tutela.

Si rileva, inoltre, che la soluzione della circolazione automatica della clausola compromissoria nelle ipotesi di cessione del contratto e di cessione del credito, risponde ad esigenze di competitività del sistema italiano nel panorama del commercio

² Per il quale, del resto, appare anche difficile ammettere la sussistenza di un danno derivante dall'imposizione o dalla privazione dello strumento arbitrale.

internazionale, orientato a riconoscere il subentro automatico del cessionario nel patto arbitrale³.

In conclusione, però, non può non evidenziarsi che le istanze volte ad ottenere il riconoscimento, in via legislativa o giurisprudenziale, di un principio di circolazione automatica della clausola compromissoria, sembrano essere disattese soprattutto nel panorama giurisprudenziale attuale.

Infatti, gli orientamenti espressi dalla giurisprudenza, forse ancora legata all'antico *sfavor* per lo strumento arbitrale, oltre a determinare il sorgere di incertezze in ordine

³ In particolare, può ravvisarsi l'esistenza, nell'ordinamento francese, di una regola materiale elaborata da una parte della giurisprudenza, che sancisce la trasmissibilità al cessionario della clausola compromissoria insieme al credito ceduto, argomentando dall'unità intrinseca dell'operazione economica di cui la clausola compromissoria sarebbe parte integrante e come tale inscindibile rispetto alla sorte del contratto cui è inserita. Per quanto riguarda l'arbitrato internazionale, devono essere segnalate due importanti pronunce della Corte di Cassazione francese del 5 gennaio e del 19 ottobre 1999, in *Riv. arb.*, 2000, pp. 773 ss. con nota di LIBERTI, *Cessione del credito e trasmissione della clausola compromissoria*. Nelle citate sentenze si legge che «nell'arbitrato internazionale la clausola compromissoria è valida per il solo effetto della volontà dei contraenti. In caso di cessione del credito, la clausola compromissoria è trasferita al cessionario insieme al credito ceduto, purché tale credito sussista nei rapporti tra creditore cedente e debitore ceduto». La Corte di Cassazione, quindi, afferma in maniera *tranchant* la trasmissibilità al cessionario del credito della clausola compromissoria contenuta in un contratto stipulato tra creditore cedente e debitore ceduto, nonostante le peculiarità delle due fattispecie concrete riguardanti atti di cessione dei crediti conclusi in forma semplificata secondo le disposizioni della c.d. legge Dailly (legge 2 gennaio 1981, n. 81-1, modificata dalla legge 24 gennaio 1984, n. 84-46). Attraverso tale novella legislativa è stato introdotto nell'ordinamento francese uno strumento semplificato di circolazione dei crediti, molto più efficace, rapido e sicuro rispetto sia all'omologo istituto di diritto civile, che alla cambiale e allo sconto. L'idea che sta alla base dell'istituto è molto semplice: a garanzia dei crediti concessi alla propria clientela per l'esercizio della relativa attività professionale, le banche ricevono, come contropartita, la cessione (o la costituzione in pegno) di uno o più crediti, sempre di natura professionale, che si perfeziona con la semplice consegna di un documento riepilogativo e rappresentativo dei crediti ceduti, denominato "*bordereau Dailly*".

Gli ordinamenti anglosassoni, invece, pur ammettendo in linea di principio che la clausola compromissoria richieda necessariamente il consenso delle parti, tuttavia individua alcuni casi in cui sono ritenuti vincolanti anche soggetti che non l'hanno sottoscritta, tra i quali possono menzionarsi le ipotesi di incorporazione *per relationem* nel contratto della clausola compromissoria espressamente contenuta in un separato contratto stipulato tra le stesse parti (*incorporation by reference*); assunzione per *facta concludentia* dell'obbligazione di ricorrere agli arbitri (*assumption*), pur in mancanza della sottoscrizione della relativa convenzione, ad esempio mediante la partecipazione del soggetto non sottoscrittore al giudizio arbitrale; tuttavia è necessario che il comportamento del soggetto non sottoscrittore sia assolutamente incompatibile con la volontà di rifiutare l'arbitrato, per cui la *assumption* non può ravvisarsi in un contegno meramente omissivo o involontario; ancora, l'estensione della convenzione arbitrale stipulata dal mandatario o dall'agente nei confronti del soggetto (non sottoscrittore) mandante o principale (*agency*); tale criterio peraltro viene applicato non solo quando sussiste l'effettivo potere del rappresentante (*actual authority*), ma anche nelle ipotesi in cui il potere del rappresentante sia soltanto apparente (*apparent authority*), se l'affidamento dei terzi sia stato causato (anche) dal comportamento del (presunto) rappresentante; e infine, preclusione al rifiuto dell'arbitrato se il soggetto non sottoscrittore abbia consapevolmente accettato i benefici derivanti da un accordo contenente la convenzione arbitrale (*estoppel*); per una più approfondita analisi, si veda SHERMAN-BENNET, *Although obligations to arbitrate generally are viewed as requiring consent, in a variety of instances courts have held that non-signatories are similarly bound*, in *The National Law Journal, Arbitration*, 1995, B4).

alla possibilità di invocare la clausola e, conseguentemente, di predeterminare l'organo competente per la decisione – rendendo in tal modo potenzialmente più gravosa la riscossione dei crediti ed allungando i processi – non fanno altro che disincentivare gli operatori economici stranieri a venir a “litigare” nel nostro paese.

BIBLIOGRAFIA

- ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, Torino, 1941;
- ALLORIO, *Per una teoria dell'oggetto dell'accertamento giudiziale*, Jus, 1955;
- ALPA, *Compromesso e clausola compromissoria*, in ALPA - GALLETTO (a cura di), *La nuova giurisprudenza civile commentata – Casi scelti in tema di arbitrato nel diritto italiano e comparato*, Padova, 1994;
- ALPA, voce *Oggetto del negozio giuridico*, in *Enc. Giur.*, XXI, 1990;
- ALPA-FUSARO, *Cessione del contratto*, in *Digesto civ.*, Torino, 1988;
- ANDREOLI, *La cessione del contratto*, Padova, 1951;
- ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, VI, Napoli, 1964;
- ANGELICI, *La società nulla*, Milano, 1975;
- ASPRELLA, *Note sparse su cessione del credito, cessione di quote di società a responsabilità limitata e opponibilità della clausola compromissoria al cessionario*, in *Giust. Civ.*, 2003;
- ATTERITANO, *La tutela della volontà compromissoria delle parti e il rispetto dell'ordine pubblico: in tema di autonomia della clausola arbitrale e illegalità del contratto principale*, in www.judicium.it;
- BARTOLOMUCCI, *Clausola compromissoria. Effetti del principio di autonomia*, in AA. VV., *Dizionario dell'arbitrato*, Torino, 1997;
- BENATTI, *Sulla circolazione della clausola compromissoria*, in *Riv. dir. proc.*, 1999;
- BENEDETTELLI – CONSOLO – RADICATI DI BROZOLO, *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, Padova, 2010;
- BESSONE, *Aspetti sostanziali ed aspetti processuali dell'accordo di deroga alla competenza*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1965;
- BETTI, *Inefficacia del negozio cambiario e reazione del rapporto causale*, in *Riv. Dir. comm.*, 1927;
- BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1954;
- BIAMONTI, *Arbitrato (dir.proc.civ.)*, in *Enc. Del Diritto*, Milano, 1958;
- BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, Milano, 2000;
- BIANCA, *Il debitore e i mutamenti del destinatario del pagamento*, Milano, 1963;

- BIANCA, *Se il terzo a favore del quale sia stato stipulato il contratto possa avvalersi della clausola compromissoria contenuta nel contratto medesimo*, in *Rass.dir.civ.*, 1988;
- BIGIAMI, *Note inutili sul c.d. trasferimento delle azioni civili*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1965;
- BONGIORNO, (voce) *Accordo processuale*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988;
- BOVE, *L'arbitrato nelle controversie societarie*, in *Giust. Civ.*, 2003;
- BOVE, *L'estinzione del patto compromissorio*, in *Riv. Arb.*, 1998;
- BOVE, *Processo arbitrale e terzi*, in *Riv. arb.*, 1995;
- BUCCINI, *Cessione del contratto e compromesso arbitrale*, in *Giust.civ.* 1994;
- CALAMANDREI, *Studi sul processo civile. Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, Padova, 1930;
- CAPONI, *Autonomia privata e processo civile: gli accordi delle parti*, (da ultimo) in *Accordi di parte e processo*, Milano, 2008;
- CAPPONI, *Arbitrato e giurisdizione*, in *Giust. Proc. civ.*, 2007;
- CAPPONI, *Contro il divieto d'arbitrato su i diritti disponibili*, in *Giur. It.*, 2006;
- CARLEO, *La successione nel rapporto compromissorio*, in ALPA (a cura di), *L'arbitrato – Profili sostanziali*, II, Torino, 1999;
- CARNELUTTI, *Arbitrati e arbitri*, in *Riv. Dir. proc. civ.*, 1924;
- CARNELUTTI, *Clausola compromissoria e competenza degli arbitri*, in *Riv. dir. comm.*, 1921;
- CARNELUTTI, *Efficacia degli accordi sulla competenza di fronte al cessionario del credito*, in *Riv.dir.proc.civ.*, 1937;
- CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, Padova, 1936;
- CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, 1933;
- CARPI, *Arbitrato*, Bologna, 2007;
- CARPI- TARUFFO, *Commentario breve al Codice di Procedura Civile*, Padova, 2011;
- CARPINO, *Surrogazione (pagamento con)*, in *Noviss. Dig. It.*, XVIII, Torino, 1971;
- CARRESI, *La cessione del contratto*, Milano, 1950;
- CAVALLINI, *Il trasferimento della clausola compromissoria*, in *Riv.dir.civ.*, 2003;

- CAVALLINI, *Profili dell'arbitrato rituale*, Milano, 2005;
- CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino, 2005;
- CECHELLA, *Limiti soggettivi di efficacia del patto compromissorio*, in *Corr.giur.*, 12, 1995;
- CENDON, *Commentario al Codice di Procedura civile*, Milano, 2011;
- CENDON, (a cura di), *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, Milano, 2008;
- CHINÈ, *Le eccezioni processuali nei rapporti tra debitore ceduto e factor*, in *Giust.civ.*, 1994;
- CHINÈ-FRATINI-ZOPPINI, *Manuale di diritto civile*, V ed., Roma, 2014;
- CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1928;
- CLARIZIA, *La cessione del contratto*, in *Commentario al Codice Civile*, a cura di SCHLESINGER- BUSNELLI, Milano, 2005;
- CLARIZIA, *Cessione del credito*, in AA. VV., *I contratti per il finanziamento dell'impresa*, Padova, 2010;
- CODOVILLA, *Del compromesso e del giudizio arbitrale*, Torino, 1915;
- COLESANTI, *Cognizione sulla validità del compromesso in arbitri*, in *Riv. Dir. proc.*, 1958;
- CONSOLO (a cura di), *Codice di Procedura civile commentato*, Milano, 2012;
- CONSOLO, *I terzi e il procedimento arbitrale*, in *Riv.dir.proc.*, 2012;
- CONSOLO, *Postilla: su arbitrato, azione surrogatoria e designazione degli arbitri*, in *Corr. Giur.*, 1996;
- CRISCUOLI, *Il negozio di sostituzione e la cessione del contratto*, in *Giust. Civ.*, 1957;
- CRISCUOLO, *Cessione del contratto e autonomia della clausola compromissoria*, in *Riv.arb.*, 1996;
- D'ALESSANDRO, *La «questione del potere» nei negozi compromissori*, in *Riv. Dir. priv.*, 1998;
- DE NOVA, *Disciplina legale dell'arbitrato e autonomia privata*, in *Riv. Arb.*, 2006;
- DE NOVA, *Nullità del contratto e arbitrato irrituale*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1991;

- DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1987;
- DOLMETTA, voce *Cessione dei crediti*, in *Dig. Priv.*, Torino, 1988;
- FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, 1997;
- FAZZALARI, *Le difese del terzo rispetto al lodo rituale*, in *Riv. Arb.*, 2002;
- FAZZALARI, *Processo (Teoria generale del)*, in *Noviss. Dig. It.*, XIII, Torino, 1966;
- FERRARA, *Teoria dei contratti*, Napoli, 1940;
- FERRARA, *Trattato dir. civile italiano*, Roma, 1921;
- FERRI, voce *Parte nel negozio giuridico*, in *Enc. del diritto*, ora in *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1993;
- FERRO, *La clausola compromissoria*, in ALPA (a cura di), *L'arbitrato – Profili sostanziali*, II, Torino, 1999;
- FESTI, *Clausola compromissoria e contratto illecito*, in *Corr.giur.*, 1997;
- FESTI, *La clausola compromissoria*, Milano, 2001;
- FINZI, *La riassicurazione e la cessione del portafoglio*, in *Riv. dir. comm.*, 1932;
- FONTANA, *Cessione di contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1934;
- FRAGALI, *Clausole, frammenti di clausole, rapporti fra clausole e negozio*, nota a Cass., S.U., 16 ottobre 1958, n. 3294, in *Giust. Civ.*, 1959;
- GALGANO, *Diritto privato*, Padova, 1992;
- GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. Dir. civ. comm.*, Milano, 1988;
- GAMBINERI, *Garanzia e processo*, Milano, 2001;
- GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XIV ed., Napoli, Edizioni Scientifiche italiane 2009;
- GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, Firenze, 1883;
- GRASSO, *Successione particolare nel debito (o nel credito) corrispettivo, successione nel sinallagma e regime delle eccezioni*, in *Rass. Dir. civ.*, 1982;
- GROSSO-BURDESE, *Le successioni (parte generale)*, in *Tratt. dir. civ. italiano*, diretto da VASSALLI, Torino, 1977;
- IRTI, *Compromesso e clausola compromissoria nella nuova legge sull'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1994;
- IZZO, *Appunti sull'eccezione di compromesso e sulla sentenza che la decide*, in AA. VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010;

- LA CHINA, *L'arbitrato: il sistema, l'esperienza*, Milano, 2011;
- LIBERTI, *Cessione del credito e trasmissione della clausola compromissoria*, in *Riv. Arb.*, 2000;
- LIEBMAN, *L'azione nella teoria del processo civile*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1950;
- LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo*, in *Riv. Dir. proc.*, 1960;
- LUIISO, *Clausola compromissoria e clausola di deroga della competenza territoriale*, in *Riv. Arb.*, 2003;
- LUIISO, *Diritto processuale civile*, Milano, 2011;
- LUIISO, *Sul concetto di "avente causa", dell'art. 2909 c.c.*, in *Studi in onore di Tito Carnacini*, Milano, 1984;
- MAJORANO, in AA. VV., *I procedimenti in materia commerciale. Commento sistematico al D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 e successive modificazioni e integrazioni*, a cura di G. COSTANTINO, Padova, 2005;
- MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Torino, 2011;
- MARICONDA, *Cessione del credito e clausola compromissoria: le inaccettabili conclusioni della cassazione*, in *Corr. Giur.*, 2003;
- MARICONDA, *Cessione del credito e clausola compromissoria: la Cassazione "evidentemente" si contraddice*, in *Corr. Giur.*, 2005;
- MARICONDA, *La circolazione della clausola compromissoria*, in *Corriere del merito*, 2007;
- MARINI, *Note in tema di autonomia della clausola compromissoria*, in *Riv. Arb.*, 1993;
- MARZOCCO A.M., *Nullità sopravvenuta della clausola compromissoria e diritto intertemporale*, in AA. VV. *Sull'arbitrato- Studi Offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010;
- MATTIROLO, *Istituzioni di diritto giudiziale civile italiano*, Torino, 1988;
- MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Padova, 2010;
- MESSINEO, *Contratto in genere*, in *Trattato di dir. civ.*, diretto da CICU e MESSINEO, II, Milano, 1972;
- MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1948;
- MESSINEO, *Il contratto in generale*, II, Milano, 1968;

- MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Commentario al codice civile*, Torino, 1980;
- MIRABELLI-GIACOBBE, *Diritto dell'arbitrato*, Napoli, 1994;
- MIRABELLI, *La capacità a compromettere*, in *Riv. Arb.* 1994;
- MONTESANO-ARIETA, *Diritto processuale civile*, Torino, 1999;
- MORTARA, *Comm. Del cod. e delle l. di proc. Civ.*, Milano, 1905;
- MOSSA, *Vendita di contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1928;
- MOTTO, *In tema di clausola compromissoria: forma, oggetto, rilevanza del comportamento delle parti*, in *Riv. Arb.*, 2006;
- MOTTOLA, *La circolazione della clausola compromissoria*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2008;
- MUCCIOLI, *Efficacia del contratto e circolazione della ricchezza*, Padova, 2004;
- MURONI, *Clausola compromissoria "binaria" e pluralità di parti*, in *Riv. Arb.*, 1998;
- MURONI, *L'ambito soggettivo di efficacia della clausola compromissoria e la sua opponibilità al creditore attore in surrogatoria*, in *Corr. Giur.*, 1996;
- NICOLÒ, *Dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, in *Comm. Cod. Civ.*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, VI, *Tutela dei diritti*, Bologna-Roma, 1959;
- NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936;
- OCCHIPINTI, *Ancora sull'esclusione del principio dell'autonomia della clausola d'arbitrato irrituale*, in *Riv. Arb.*, 2012;
- OPOCHER, *Lezioni di filosofia del diritto*, Padova, 1993;
- ORESTANO, *Azione in generale*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959;
- PACCHIONI, *Delle obbligazioni in generale*, Padova, 1935;
- PACCHIONI, *Successione singolare nei debiti*, in *Riv. dir. comm.*, 1911;
- PANUCCIO, voce *Cessione dei crediti*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960;
- PANUCCIO, voce *Cessione dei diritti*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960;
- PANUCCIO, *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*, Milano, 1955;
- PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, in *Comm. Cod. Civ.*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, Bologna-Roma, 1982, *sub art.* 1263;

- PETRILLO, *Circolazione della clausola compromissoria in ipotesi di cessione del credito*, in *Riv. Arb.*, 2004;
- PICARDI, *La forma della convenzione arbitrale*, in DEODATO (a cura di), *Atti del seminario. L'arbitrato a tre anni dalla legge n. 28 del 1983*, Milano, 1987;
- PROTO PISANI, *Note in tema di limiti soggettivi della sentenza civile*, in *Foro it.*, 1985;
- PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, Napoli, 1964;
- PULEO, *La cessione del contratto*, Milano, 1939;
- PUNZI, *Arbitrato e prescrizione*, in *Riv. Arb.*, 1992;
- PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, Padova, 2000;
- PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, III, Torino, 2008;
- PUNZI, *L'arbitrato: fecondità e attualità dell'insegnamento di Salvatore Satta*, in *Riv. Trim. di dir. e proc. civ.*, 2003;
- REDENTI, voce *Compromesso (dir. Proc. Civ.)*, in *Noviss. Dig. It.*, III, Torino, 1959;
- REDENTI, *Dei contratti nella pratica commerciale*, Padova, 1931
- REDENTI, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 1957;
- REDENTI, *Sui trasferimenti delle azioni civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955;
- RESCIGNO, *Arbitrato e autonomia contrattuale*, in *Rivista arbitrato*, 1991;
- RICCI, *Commento all'art. 817 c.p.c.*, in *Arbitrato*, a cura di CARPI, Bologna, 2008;
- RICCI, *Compromesso*, *Ns. Dig.It.-A*, Torino, 1981;
- RICCI, *Il lodo rituale di fronte ai terzi*, in *Riv. Dir. proc.*, 1989;
- ROCCHIO, *Circolazione della clausola compromissoria e cessione d'azienda*, in *Corr.giur.*, 2007;
- ROCCO, *La sentenza civile*, 1906;
- ROCCO, *Trattato di diritto processuale civile*, Torino, 1967;
- RUBINO-SAMMARTANO M., *Il diritto dell'arbitrato*, Padova, 2006;
- RUFFINI, *Arbitrato (Dir. Proc. Civ.)*, in *Il Diritto, Enc. Giur. Sole 24 Ore*, I, Milano, 2007;
- RUFFINI, *Il nuovo arbitrato per le controversie societarie*, in *Riv. Trim. proc. Civ.*, 2004;
- RUFFINI, *La nozione di clausola compromissoria*, in *Riv. arb.*, 2004;

- SACCO- DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. Dir. Civ.*, diretto da SACCO, II, Torino, 2002
- SALVANESCHI, *Commento agli artt. 816-quater e 816-quinquies*, in AA. VV., *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di MENCHINI, Padova, 2010;
- SALVANESCHI, *La cessione di credito trasferisce al cessionario anche la clausola compromissoria che accede al credito stesso*, in *Riv. Arb.*, 2001;
- SALVANESCHI, *L'arbitrato con pluralità di parti*, Padova, 1999;
- SALVANESCHI, *L'arbitrato con pluralità di parti (Una pluralità i problemi)*, in *Riv. Dir. proc.*, 2002;
- SATTA, voce *Accordo (dir. Proc. Civ.)*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958;
- SATTA, *Commentario al c.p.c.*, IV, 2, Milano, 1959;
- SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, 1969;
- SATTA-PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, 2000;
- SCHLESINGER, *Complessità del procedimento di formazione del consenso ed unità del negozio del contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964;
- SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, 1988;
- SCOZZAFAVA, *Contratto a favore di terzi*, in *Enc. Giur.*, IX, Roma;
- SERRA, *Contratto con clausola compromissoria e successiva transazione: se la clausola compromissoria fonda la competenza arbitrale a decidere controversie derivanti dalla transazione*, in *Riv.arb.*, 2011;
- TOTA, *Ancora sulla natura dell'eccezione di compromesso (e sull'ammissibilità del regolamento di competenza avverso la sentenza del giudice ordinario che pronunci su di essa)*, in www.judicium.it;
- TRIMARCHI, voce *Accordo, (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958;
- TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè, 2009;
- VACCARELLA –VERDE (a cura di), *Dell'arbitrato*, Torino, 1997;
- VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, 1971;
- VECCHIONE, *Sulla validità della clausola compromissoria unilaterale*, in *Giur. It.*, 1963;
- VERDE (a cura di), *Diritto dell'arbitrato*, Torino, 2005;
- VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, III ed., Torino, 2010;

- VERDE, *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir.*, XXXVII, Milano, 1988;
- VERDE, *Pubblico e privato nel processo arbitrale*, in *Riv. Arb.*, 2002;
- VERDE, *Sul monopolio dello Stato in tema di giurisdizione*, in *Riv. Dir. proc.*, 2003;
- VIGORITI, *L'autonomia della clausola compromissoria per arbitrato irrituale*, nota a Cass. 17 giugno 1993, n. 6757, in *Riv. Arb.*, 1995;
- VILLA, *Arbitrato irrituale ed autonomia della clausola compromissoria*, in *Riv. Arb.*, 2002;
- VOCINO, *Schema di una teoria della clausola compromissoria*, in *Foro Italiano*, 1932;
- ZACCHEO, *Contratto e clausola compromissoria*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1987;
- ZACCHEO, *Pluralità di parti e clausola compromissoria*, in *Rass. Dir. civ.*, 1986;
- ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale: il sistema*, in CARPI F. (a cura di), *Arbitrato*, Bologna, 2008;
- ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, Milano, 2004
- ZUCCONI GALLI FONSECA, *Note sulla legittimazione a compromettere*, in *Riv. Trim. dir. e proc. Civ.*, 1998;
- ZUCCONI GALLI FONSECA, *Un quadro dei limiti soggettivi della convenzione arbitrale*, in AA.VV., *Sull'arbitrato – Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010.