

SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA
CCXCIII

ELENA GABELLINI

L'AZIONE ARBITRALE

Contributo allo studio dell'arbitrabilità dei diritti



Bononia University Press

Bononia University Press
Via Ugo Foscolo 7, 40123 Bologna
tel. (+39) 051 232 882
fax (+39) 051 221 019

www.buponline.com
e-mail: info@buponline.com

© 2018 Bononia University Press
Tutti i diritti riservati

ISSN 2283-916X
ISBN 978-88-6923-310-4

Impaginazione: DoppioClickArt (San Lazzaro, Bologna)

Prima edizione: marzo 2018

S E M I N A R I O G I U R I D I C O
D E L L A U N I V E R S I T À D I B O L O G N A

Per la presente monografia la Giunta di Dipartimento ha nominato la seguente Commissione di lettura:

Paolo Biavati (Alma Mater Studiorum Università di Bologna), per il Settore Scientifico Disciplinare IUS/15 Diritto Processuale Civile

Francesco Vella (Alma Mater Studiorum Università di Bologna), per il Settore Scientifico Disciplinare IUS/04 Diritto Commerciale

Elena Zucconi Galli Fonseca (Alma Mater Studiorum Università di Bologna), per il Settore Scientifico Disciplinare IUS/15 Diritto Processuale Civile

*Alla mia Maestra
professoressa Elena Zucconi Galli Fonseca*

«[...] l'azione, prima di essere una costruzione dogmatica dei teorici, è una realtà pratica accolta dal diritto di tutti gli Stati civili, il cui ordinamento processuale non può essere capito per quello che è nella sua struttura positiva ed empirica, se nel descriverlo non si considera come uno dei suoi capisaldi proprio questa azione [...]

CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, Padova, 1941, p. 114.

PARTE PRIMA

L'INQUADRAMENTO TEORICO

CAPITOLO I

L'AZIONE ARBITRALE

1. *Scopo e confini dell'indagine*

Questo studio si propone di offrire una lettura razionale del concetto di compromettibilità dei diritti alla luce della funzione assolta dallo strumento arbitrale all'interno del nostro ordinamento giuridico.

In questa sede sia sufficiente precisare che l'analisi si focalizzerà soprattutto sull'arbitrato rituale, poiché la ricostruzione del concetto di arbitrabilità, che mi accingo ad offrire, è inscindibilmente legata al luogo della sua attuazione¹.

¹ CARNACINI, *Le controversie di lavoro e l'arbitrato irrituale come procedimento*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, p. 645, il quale, benché definisca l'arbitrato irrituale un procedimento contenzioso, afferma che esso vive unicamente nel diritto privato; BARLETTA, *Il «nuovo» arbitrato irrituale e il suo ambito di applicazione*, in F. AU-LETTA *et al.* (a cura di), *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, pp. 47 ss., il quale nega l'applicabilità dell'art. 806 c.p.c. all'arbitrato irrituale, poiché il criterio dedotto dalla norma *de qua* sembra ricollegarsi al carattere sostitutivo dell'arbitrato rituale rispetto al giudizio ordinario. Non ritengono, invece, che il concetto di compromettibilità muti a seconda del tipo di arbitrato: SATTA, *Commentario al c.p.c.*, IV, Milano, 1971, pp. 198-199; SANGIOVANNI, *Natura processuale o contrattuale dell'arbitrato*, in *Contratti*, 2008, pp. 874 ss., che parla di applicazione analogica delle norme sull'arbitrato irrituale se le parti non hanno diversamente disposto. Mi permetto anche di rinviare a GABELLINI, *L'autonomia della clausola compromissoria per arbitrato irrituale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, pp. 1540 ss., il pensiero espresso in quel luogo trova specificazione all'interno di questo studio.

In particolare, dividerò la disamina in tre parti:

a) in questa prima parte, dopo avere ricostruito il concetto di azione arbitrale, definirò i confini della nozione di arbitrabilità del diritto. Successivamente, avvalendomi dell'esperienza francese, darò sostanza al concetto individuato, indagando il rapporto esistente tra ordine pubblico e arbitrabilità, al fine di delineare l'ambito operativo dell'azione arbitrale.

b) Nella seconda e terza parte, avvalendomi anche dello strumento della comparazione, metterò alla prova la bontà dell'ipotesi di lavoro enunciata, per poi trarne le ricadute applicative con specifico riferimento a ogni singolo settore analizzato.

2. *L'arbitrabilità dei diritti: il diritto classico, il diritto postclassico e il diritto intermedio*

L'indagine non può prescindere da una preliminare ricostruzione storica: infatti, come ammoniva attenta dottrina², «non v'è, quasi, istituto di diritto processuale che possa, all'infuori dell'indagine storica, essere rettamente inteso», perché la portata e il valore attuale della norma non si comprendono «se non risalendo alle sue origini storiche e indagando le ragioni e i bisogni che la fecero sorgere, l'ambiente sociale e politico in cui si svolse, lo stato del diritto materiale all'epoca in cui nacque».

Gli antichi greci³ contemplavano due forme diverse di arbitrato: uno di diritto pubblico⁴, che pareva essere una sorta di giurisdizione speciale e uno di diritto privato⁵. In relazione a quest'ultima fattispe-

² Rocco, *L'interpretazione delle leggi processuali*, in *Arc. giur.*, 1906, p. 125.

³ Come ricordano FOCOUSTOS, *L'arbitrage – interne et international – en droit privé hellénique*, Parigi, 1976, pp. 4 ss.; VELISSAROPOULOS, KARAKOSTAS, *L'arbitrage dans la Grèce antique, époques archaïque et classique*, in *Rev. arb.*, 2000, pp. 18 ss.

⁴ Per gli arbitrati interstatali si rimanda a PICCIRILLI, *Gli arbitrati interstatali greci dalle origini al 338 a.C.*, I, Pisa, 1973, *passim*, il quale rammenta che i Greci praticavano una clausola arbitrale per le controversie tra stati, abbastanza simile alla clausola compromissoria moderna fra privati.

⁵ Sull'evoluzione di tale istituto DE RUGGIERO, *L'arbitrato pubblico*, Roma, 1893, p. 30, che evidenzia come «la Grecia di Omero e di Esiodo non *conoscesse* ancora l'arbitro giudicante nominato dalle parti; ma [...] l'arbitrato testimone, mediatore», come era inizialmente nel mondo romano.

cie, più vicina al modello dei giorni odierni⁶, era previsto il divieto di devolvere al giudizio arbitrale le questioni che toccavano “l'ordine pubblico”⁷, per le quali era necessario l'intervento giudiziario dei dieteti, ossia dei giudici dello stato.

Stesso limite era rinvenibile nel mondo romano⁸. In epoca romana classica era noto l'istituto del *compromissum*⁹ nella sua duplice accezione di *conventio* e di *stipulatio*¹⁰.

Con la prima, le parti decidevano di devolvere la controversia a un giudice privato da loro nominato nello stesso patto, mentre con la seconda i litiganti si impegnavano a rispettare la decisione del giudice nominato, pena la previsione della corresponsione di una penale pecuniaria.

Tralasciando i problemi interpretativi relativi ai rapporti tra *conventio* e *stipulatio*¹¹, ai fini della presente indagine, assume im-

⁶ A riprova della vicinanza di modelli si può rilevare come la decisione arbitrale nel mondo ateniese dovesse essere “omologata” dall'Arconte per avere efficacia di sentenza, come afferma PANZARINI, *I profili di modernità degli arbitrati greci e romani nei principi e nelle regole tecniche da essi trapassati, con sorprendenti coincidenze, negli odierni arbitrati*, in *Scritti giuridici per Guido Rossi*, II, Milano, 2002, pp. 1209 ss.

⁷ AMAR, *Dei giudizi arbitrali*, Torino, 1879, p. 21, in particolare nota 2; PANZARINI, *I profili di modernità*, cit., p. 1210, nota 9, osserva che i Greci inglobavano nell'ordine pubblico non solo le leggi regolatrici del funzionamento dello stato, ma anche i principi fondamentali della comunità.

⁸ È interessante ricordare che la forma originaria e più semplice di arbitrato privato è quella dell'arbitrato mediatore. Sul punto DE RUGGIERO, *L'arbitrato pubblico*, cit., pp. 13 ss.

⁹ Redenti (REDENTI, voce *Compromesso*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1959, p. 787) nota che il verbo compromettere deriva dal latino, «compromettere»: *simul promittere stare sententia arbitri*.

¹⁰ Secondo l'impostazione tradizione (BETTI, *Diritto romano*, I, Padova, 1935, pp. 493 ss.; ID., *Istituzioni di diritto romano*, I, Padova, 1947, pp. 274 ss.; CRIFÒ, voce *Arbitrato (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, pp. 895 ss.) l'arbitrato privato sarebbe all'origine della giurisdizione statale e del processo classico *per formulas*. Inoltre quello nella fase *apud iudicem* deriverebbe da una forma di autotutela privata. Tale orientamento è contestato da altra parte della dottrina romanistica, per la quale l'arbitrato privato e il processo giurisdizionale, nell'antica Roma, sarebbero coesistiti, fin dall'inizio, uno accanto all'altro (sul punto: BROGGINI, *Iudex Arbitrerie: prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, Köln, 1957, pp. 111 ss.; BONIFACIO, voce *Compromesso (diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, II, Torino, 1959, p. 784).

¹¹ Una parte della dottrina (LA PIRLA, “Compromissum” e “litis contestatio”, in *Studi in onore di Riccobono*, II, Palermo, 1936, pp. 187 ss.) si è sforzata di inqua-

portanza il fatto che già in quell'epoca vi era una disciplina articolata concernente l'oggetto della *conventio*¹², anche sotto il profilo della compromettibilità dei diritti.

Dalla letteratura di quel tempo¹³, è possibile desumere che gli antichi romani reputavano di per sé compromettibile ogni questione di diritto civile, ad esclusione di quelle riguardanti i profili di ordine pubblico. Come ricorda Ulpiano¹⁴, l'editto pretorio assicurava l'esecuzione del compromesso solo con riguardo agli interessi privati.

In particolare si escludeva il giudizio arbitrale¹⁵ in materia di *crimina* e delitti infamanti¹⁶, di azioni popolari, di questioni di *status* di libero o di schiavo, di libero o di ingenuo¹⁷. Il diritto classico riteneva, invece, che potessero essere oggetto di arbitrato anche le questioni di *integrum restituito* la cui arbitrabilità, in virtù della struttura dell'azione, verrà poi negata dal diritto di epoca giustinianea¹⁸.

drare il *compromissum* come un atto complesso di carattere formale, che contiene al suo interno «due stipulazioni fra loro interdipendenti con cui le parti sottopongono ad un arbitro scelto di comune accordo una loro controversia solennemente delimitata dalla formula stessa della stipulazione, obbligandosi ad eseguire la *sententia*». Sul punto cfr. anche DE RUGGIERO, *L'arbitrato pubblico*, cit., pp. 18 ss.; RAMPAZZO, *Sententiam dicere cogendum esse. Consenso e imperatività nelle funzioni giudicanti in diritto romano classico*, Napoli, 2012, pp. 7 ss.; contra TALAMANCA, *Ricerche in tema di "compromissum"*, Milano, 1958, pp. 37 ss.; MARTONE, *Arbiter - Arbitrator. Forme di giustizia privata nell'età del diritto comune*, Napoli, 1984, pp. 26 ss.

¹² ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rispetto ai terzi*, Bologna, 2004, p. 8, la quale ricorda che vi era una distinzione fra un compromesso generale e uno non pieno, quest'ultimo diretto a dedurre in via arbitrale una specifica controversia.

¹³ Osserva la dottrina (MARRONE, *Sull'arbitrato privato nell'esperienza giuridica romana*, in *Riv. arb.*, 1996, pp. 3 ss., in particolar p. 6.) che l'autorità di quell'epoca esprimeva un netto *disfavor* nei confronti di tale strumento. Esso conobbe molta fortuna grazie alla ampia diffusione nella prassi.

¹⁴ ULPIANO, D. 4, 8, 3 § 1. Bisogna ricordare che, nonostante questo principio generale (cfr. sul punto anche la ricostruzione di JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, II, Parigi, 1886, pp. 84 ss.), Celso rammenta di un arbitrato relativo al lido del mare (cfr. CELSO, D. 50, 16, 96).

¹⁵ DE GIOVANNI, *L'arbitrato nell'esperienza giuridica romana*, in *Sull'arbitrato*, cit., pp. 333 ss., in particolare p. 336; MARRONE, *Sull'arbitrato privato*, cit., p. 11, ricorda che Labeone si era occupato di una lite arbitrale per la responsabilità di un tutore D. 4, 8, 3 pr (Ulp. 13 *ad ed.*).

¹⁶ PAOLO, D. 4, 8, 32, 6.

¹⁷ PAOLO, D. 4, 8, 32, 7.

¹⁸ V. SCIALOJA, *Procedura civile romana: esercizio e difesa dei diritti*, Roma, 1936, p. 315.

Molto usato era l'arbitrato¹⁹ nell'ambito delle controversie concernenti la regolamentazione dei confini tra vicini, nei rapporti di *societas*, nei giudizi divisorii, nelle controversie relative alla liquidazione del danno, nella valutazione della quarta falcidia, nelle questioni relative all'altezza e al riparo degli edifici. Si ricorda, infine, un arbitrato relativo alla solvibilità di un fideiussore.

Per quanto concerne l'estensione oggettiva del patto compromissorio, da Paolo²⁰ si apprende che, benché più controversie potessero essere oggetto di arbitrato, esse dovevano esistere al momento della stipulazione della clausola compromissoria. Erano, pertanto, escluse le liti sopravvenute, pena l'inammissibilità della previsione arbitrale²¹.

In età postclassica²² il problema della compromettibilità dei diritti rimase sostanzialmente lo stesso, anche se l'arbitrato subiva un profondo mutamento: la libertà riconosciuta nell'epoca classica veniva sostituita da una graduale regolamentazione secondo criteri analoghi a quelli propri della giurisdizione ordinaria²³. Inoltre tra i commentatori dell'epoca, si era diffuso un ampio dibattito in merito all'arbitrabilità della questione concernenti gli alimenti. Come rileva Scialoja²⁴, molta parte della letteratura negava la compromettibilità

¹⁹ GUGINO, *Procedura civile romana*, Palermo, 1873, p. 47; TALAMANCA, *Ricerche in tema di "compromissum"*, cit., p. 78; CODOVILLA, *Del compromesso e del giudizio arbitrale*, Torino, 1915, p. 12; RIVALTA, *I giudizi di arbitri*, Bologna, 1885, pp. 110 ss.; MARRONE, *Sull'arbitrato privato*, cit., p. 11, il quale menziona un compromesso per una questione di proprietà.

²⁰ PAOLO, D. 4, 8, 2, 46, ove si legge: «*de his rebus et rationibus et controversiis iudicare arbiter potest, quae ab initio fuissent inter eos qui compromiserunt, non quae postea supervenerunt*».

²¹ RAMPAZZO, *Sententiam dicere cogendum esse*, cit., pp. 32 e 33

²² Con la compilazione giustiniana si passò dalla considerazione del *compromissum* quale risultato di una doppia stipulazione alla sua valutazione in termini di *pactum legitimum*. Inoltre venne concessa all'attore un'*actio in factum*, che non trovava giuridicamente il suo fondamento nell'inadempimento della *stipulatio poena*, ma direttamente nell'efficacia obbligatoria dell'arbitrato. Tale meccanismo venne però abolito dallo stesso Giustiniano dieci anni più tardi. Sul punto ampiamente MARRONE, *Sull'arbitrato privato*, cit., p. 14.

²³ MARRONE, *Sull'arbitrato privato*, cit., pp. 12 ss., il quale, peraltro, ricorda, che ai primordi dell'età postclassica si diffuse il fenomeno arbitrale per risolvere le liti di diritto privato tra cristiani ed ebrei.

²⁴ V. SCIALOJA, *Procedura civile romana*, cit., p. 479.

di tale materia, giustificando il divieto in virtù dell'impossibilità di ricorrere alla transazione in questa materia.

Il diritto intermedio, invece, era caratterizzato da una grande diffusione dell'arbitrato, tanto da divenire il mezzo per eccellenza di risoluzione delle controversie²⁵. La ragione di tale successo²⁶ era da ricercare nel frazionamento e nel cattivo funzionamento della giustizia nel mondo medioevale²⁷: si credeva che l'arbitrato fosse uno strumento più semplice e, al contempo, in grado di garantire meglio il rispetto nei giudizi delle leggi e delle consuetudini di tale epoca.

L'ampio *favor* riconosciuto alla giustizia privata portava a ritenere che fossero compromettibili quasi tutte le liti di diritto privato²⁸, ad eccezione delle cause matrimoniali²⁹, di quelle relative allo stato delle persone, di quelle contro il fisco e delle liti di carattere feudale³⁰.

²⁵ Osserva attenta dottrina (VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, 1971, pp. 17 ss.) che «[...] Si verificava, invertite le parti, ciò che era già accaduto, sul finire dell'impero, ai popoli soggetti alla dominazione romana che, cioè, al giudizio arbitrale si ricorreva per sottrarsi alla applicazione del diritto sostanziale, o, nell'età di mezzo, alla incertezza dei giudizi di Dio, sostituendosi così [...] giudici privati ai giudici statuali».

²⁶ GARETTO, voce *Arbitro e Arbitratore (diritto intermedio)*, in *Noviss. Dig. it.*, I, Torino, 1957, p. 927; PERTILE, *Storia della procedura*, in *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Impero Romano alla codificazione*, VI, Bologna, 1966, pp. 169 ss., il quale afferma che «tanto estesa applicazione si faceva di questo istituto che vediamo non solo principi, città e famiglie in Germania accordarsi di sottoporre al giudizio arbitralmente tutte le questioni che insorgessero tra loro, ma la incontriamo persino nelle materie penali». Il giudizio arbitrale, inoltre, trovava applicazione nelle controversie tra paese e paese, tra terrazzani di due stati.

²⁷ PIERGIOVANNI, in ALPA (a cura di), *L'arbitrato. Profili sostanziali*, 1999, p. 10; TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, I, Bologna, 1976, p. 32.

²⁸ *De Arbitris*, in *Tractaturi de iudiciis, Incerti auctoris Ordo iudiciarius*, Innsbruck, 1887, pp. 153-154; stesso concetto è espresso anche da BULGARO, *Excerpta legum edita a Bulgarino causidico*, ed. L. Wahrmund, in *Quellen*, Innsbruck, 1925, p. 2, ove si legge più sinteticamente «*arbiter non interponit se in causa criminali et liberali*». E così anche PIACENTINO (PIACENTINO, *Summa Codicis*, II, tit. LV, *De receptis arbitriis*, Moguntiae, 1536, p. 89, il quale afferma che «*causam restitutionis arbiter discutere non potest nec liberalem nec de crimine criminalem*».

²⁹ Però i glossatori (sul punto MARTORE, *Arbiter-Arbitrator*, cit., pp. 45 ss.) limitarono il potere riconosciuto agli arbitri almeno in quelle materie che la Chiesa sentiva come proprie: pertanto, la competenza arbitrale non poteva intervenire «*de omnibus exceptio criminalibus, et liberalibus et matrimonialibus*».

³⁰ A titolo esemplificativo è giusto ricordare gli statuti di Reggio e Lodi che riconoscono l'arbitrabilità delle materie di esecuzione privata e di strumenti notarili (cfr. PIANO MORTARI, voce *Arbitrato (diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, II, Milano,

Accanto all'arbitrato volontario sopra menzionato si diffuse anche un'ulteriore forma, il c.d. arbitrato necessario, cioè un tipo di giustizia privata imposta alle parti dal diritto positivo.

La nascita di tale istituto era strettamente collegata alla crisi del modello comunale e all'esigenza di garantire la tutela di quelle posizioni di privilegio connesse a particolari gruppi familiari³¹ di quella epoca. Gli statuti³² prevedevano la sua applicabilità nelle controversie tra coniugi, tra padre e figli, tra agnanti e cognati sino al quarto grado³³ e nelle dispute civili che avevano origine da fatti criminosi³⁴. L'arbitrato necessario doveva, inoltre, trovare attuazione nelle controversie tra condomini, tra poveri, tra poveri e ricchi, tra i privati e i notai, fra i privati e comuni *inter vicinos eiusdem contractae* oltre che nelle liti di lavoro³⁵.

1958, p. 898). Diversamente a Genova una legge del 1404 escludeva il ricorso agli arbitri per le questioni di diritto testamentario, in merito ai procedimenti di annullamento di atti o di sentenza, ai giuramenti e alle liti pendenti (PERTILE, *Storia della procedura*, cit., p. 175).

³¹ MARTONE, *Arbiter-Arbitrator*, cit., pp. 133 ss., il quale rileva che l'arbitrato *ex necessitate statuti* affonda le sue radici nella struttura della società propria di quella epoca, e cioè organizzata per monadi familiari, fortemente unite, consolidate, spesso consorziate. Nonostante che il Comune perda il suo ruolo centrale e non sia più in grado di esercitare quella pienezza dei poteri che poteva vantare un tempo, le posizioni dei cittadini riuscivano ad essere salvaguardate. Tale tutela era riconosciuta anche grazie all'utilizzo dello strumento arbitrale.

³² Tale strumento era previsto negli statuti di Lucca, Cesena, Forlì, Parma, Ravenna e Pistoia. Sul punto, MARTONE, *Arbiter-Arbitrator*, cit., p. 147, nota 30.

³³ GARETTO, voce *Arbitro*, cit., p. 929. La competenza degli arbitri in questi particolari rapporti giuridici non derivava dalle norme statutarie, ma gli statuti cittadini consentivano di derogare alla competenza dei giudici ordinari quando, in una lite, una delle parti eccipiva il rapporto di parentela con l'avversario.

³⁴ PIERGIOVANNI, *Il mercante e il diritto canonico medievale: «Mercatores itinere dicuntur miserabiles personae»*, in *Proceeding of the Eight International Congress of Medieval Canon Law*, Città del Vaticano, 1992, pp. 617 ss.; SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, in DEL GIUDICE (diretto da), *Storia del diritto italiano*, Milano, 1927, pp. 175 ss.

³⁵ PERTILE, *Storia della procedura*, cit., pp. 174 ss., il quale rammenta che l'arbitrato necessario veniva, altresì, applicato alle liti tra maestri e garzoni, tra mercanti, artigiani, stipendieri; alle liti tra comproprietari di un immobile per causa di divisione, ai coinvestiti d'una miniera, ai soci di una compagnia commerciale, a quelli che abitavano una stessa contrada, ed anche agli appartenenti di una stessa parrocchia. Interessante è, inoltre, l'applicazione di questo istituto alle liti tra l'*idiotta* e un uomo di legge o un notaio. Per l'antico statuto di Roma l'*idiotta* poteva esigere che la decisione della controversia fosse deferita al giudizio arbitrale.

L'ampio favore attribuito all'arbitrato scemò nei secoli successivi, come testimoniano le costituzioni piemontesi ed estensi, il regolamento austriaco per la Lombardia e il Veneto e, infine, il codice barbacoviano³⁶. Quest'ultimo, benché contenga continui riferimenti al diritto romano, se ne allontana in ragione della sua fisionomia decisamente giurisdizionale³⁷.

3. *Dai codici preunitari ai giorni nostri*

Nella legislazione dei codici preunitari si assiste a una decisiva limitazione dell'ambito oggettivo della convenzione arbitrale.

Nel sistema francese dei primi del XIX secolo³⁸, punto di riferimento delle codificazioni nostrane, vi era una tendenza a delimitare le materie arbitrabili³⁹: benché fosse previsto che oggetto del compromesso potesse essere «tutto ciò di cui le parti hanno la libertà di disporre», l'art. 1004 *Code de procedure civile*⁴⁰ prescri-

³⁶ MARANI, *Aspetti negoziali e aspetti processuali dell'arbitrato. Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Torino, 1966, pp. 50 ss. Diversamente, nella Francia rivoluzionaria l'arbitrato era valutato con favore, tanto che esso venne inserito all'interno della costituzione. Sul punto si rimanda a MAZZARELLA, *Arbitrato e processo*, Padova, 1964, pp. 41 ss.

³⁷ Viene, infatti, attribuita al lodo l'efficacia di sentenza. Sul punto, ampliamente, MARANI, *Aspetti negoziali*, cit., p. 64.

³⁸ L'ordinamento francese, a fianco dell'arbitrato di diritto comune, contemplava sino al 1841 l'arbitrato obbligatorio in materia societaria. In argomento: HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, Paris, 1986, p. 206; JAEGER, *Appunti sull'arbitrato e le società commerciali*, in *Giur. comm.*, 1990, pp. 219 ss.

³⁹ Limitazione che si rinviene anche nell'ambito soggettivo del compromesso; sul punto si rimanda a MARANI, *Aspetti negoziali*, cit., pp. 69 ss. e 98 e in particolare nota n. 1.

⁴⁰ P.A.C., MERLIN, voce *Compromesso*, in *Dizionario universale ossia Repertorio ragionato di giurisprudenza questioni di diritto* (trad. it. di CARILLO), Venezia, 1834, p. 1228, il quale rileva che «vi sono oggetti che non possono formar la materia di un compromesso: di tal fatta sono i diritti spirituali della Chiesa, la validità di un matrimonio, gli alimenti lasciati con testamento per le future scadenze, ed in genere tutto ciò che interessa l'ordine pubblico. La punizione di un misfatto pubblico non può essere tampoco il soggetto di un compromesso; ma le parti possono compromettere gl'interessi civili e le spese di una lite criminale, ed anche i delitti pei quali si procede civilmente».

veva che «non si p(otesse) compromettere sulle donazioni e legati a titolo di alimenti, alloggio e vestiario; su quelle di separazione tra marito e moglie, di divorzio, sulle questioni di stato, né sulle altre per le quali fosse prescritta la comunicazione al ministero pubblico»⁴¹.

Tali limitazioni, come già accennavo, si rinvengono anche nella disciplina dei codici preunitari italiani, in alcuni dei quali veniva introdotta un'inedita – almeno sino a quel momento, salvo quanto detto in materia di alimenti – comparazione tra l'istituto dell'arbitrato e quello della transazione⁴².

L'art. 7 del codice civile per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla del 1820 prevedeva che non fosse «lecito sottoporre a compromesso gli affari che sono d'ordine pubblico, né le cose delle quali non si può contrattare o assolutamente, o senza certe solennità». Stessi limiti si rinvengono anche nel codice di procedura civile per gli Stati estensi del 1852. Ancora più dettagliate risultano le previsioni contenute nel regolamento legislativo e giudiziario per gli affari civili emanato dallo Stato pontificio⁴³, il quale, richiamando integralmente l'art. 1004 del *code de procedure civile* francese, vietava di devolvere al giudizio arbitrale le controversie relative alle donazioni e legati con titolo di alimenti, allo stato delle persone e agli affari che interessano l'ordine pubblico. Alla stessa logica ri-

⁴¹ A titolo esemplificativo si richiamano gli affari relativi alla procedura di adozione, agli alienati mentali, ai brevetti di invenzione, alla cessione dei beni, alla espropriazione per pubblica utilità. Si rimanda comunque a DALLOZ, voce *Ministre public*, in *Répertoire méthodique et alphabétique de législation de doctrine et de jurisprudence*, I, Paris, 1870, pp. 28, 38 ss.; BONCENNE, BOURBEAU, *Théorie de la procédure*, IV, Paris, 1874, pp. 485 ss. e alle osservazioni di ALPA, *La circolazione dei modelli di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, in *Giust. civ.*, 1994, pp. 116 ss.

⁴² Non è in questo senso il Regolamento generale del processo civile del Regno Lombardo Veneto del 1815, il quale distingue nettamente, anche da punto di vista strutturale, la disciplina degli "Arbitramenti" (a cui è dedicato il capitolo XXVII) da quella della transazione, inserita invece nel capitolo XXVI "De' Componenti amichevoli".

⁴³ Cfr. art. 1748 Regolamento legislativo e giudiziario per gli affari civili emanato dalla santità di nostro signore Gregorio papa XVI, con moto proprio del 10 novembre 1834, in *www.giustizia.it*.

spondono il codice di procedura civile sardo⁴⁴ e quello del Regno delle Due Sicilie⁴⁵.

L'accostamento all'istituto della transazione⁴⁶ si rinviene anche nel primo codice di procedura civile del Regno d'Italia (1865), il quale, eliminato ogni riferimento all'ordine pubblico, sanciva, all'art. 8, la generale possibilità di deferire le controversie al giudizio arbitrale, ad eccezione delle liti relative alle questioni di stato, alla separazione tra coniugi e, infine, delle dispute in cui era vietata la transazione⁴⁷.

Tale ultimo limite (*rectius*, quello relativo alla materie che non possono essere oggetto di transazione) costituisce elemento costante anche nelle successive codificazioni, tanto che, malgrado le numerose critiche elevate dalla dottrina⁴⁸, esso sopravvive, passando per le

⁴⁴ Sul punto si rimanda a MANCINI, PISANELLI, A. SCIALOJA, *Commentario del c.p.c. per gli stati sardi*, V, II, Torino, 1856, p. 133, ove con riferimento al codice del 1859 si legge all'art. 1004: «[...] Però non è permesso a nessuno compromettere, ove si tratti di affari che interessano l'ordine pubblico, di donazioni e legati di alimenti, abitazione e vestiario, di separazione tra i coniugi, di questioni di stato, di controversie le quali per disposizione di legge non possono essere transatte o definite se non è sentito il voto del pubblico Ministero». Tuttavia, è interessante ricordare che, nella legislazione precedente, più ampio favore era riconosciuto all'istituto arbitrale, tanto che le regie patenti del 23 agosto 1626, del 16 novembre 1713 e del 21 febbraio 1720 accordavano agli Ebrei residenti nello Stato di compromettere le questioni tra loro, non introducendo alcun altro specifico divieto.

⁴⁵ In argomento, CASTELLANO, *Istituzioni di procedura civile per lo Regno delle due Sicilie*, Napoli, 1840, p. 174.

⁴⁶ *Codice di procedura civile del Regno d'Italia*, a cura di PICARDI e GIULIANI, Milano, 2004, p. 12.

⁴⁷ Per l'esame di tale norma si rimanda a CODOVILLA, *Dei giudizi arbitrali*, Torino, 1915, pp. 194 ss, il quale si dilunga in un'ampia analisi di cosa possa essere una questione di stato e rileva che, a differenza del codice francese e di quelli preunitari, come quello sardo, il c.p.c. italiano non contiene un esplicito divieto di devolvere al giudizio arbitrale le controversie relative agli alimenti, benché poi concluda per la loro non arbitrabilità.

⁴⁸ La previsione codicistica del binomio compromettibilità-transigibilità ha dato origine a innumerevoli problematiche interpretative e a una riduzione ingiustificata del campo di applicazione dell'arbitrabilità dei diritti. Il richiamo contenuto nel previgente art. 806 c.p.c., in primo luogo, ha spinto gli interpreti a individuare una identità di funzioni tra arbitrato e transazione e, in secondo luogo, ha indotto a interrogarsi sulla possibile applicazione in ambito arbitrale di alcune norme riguardanti la transazione, come l'art. 1972 c.c. La menzionata norma distingue, infatti, fra cause di nullità derivanti dall'illiceità del contratto (1° comma) – che determinano sempre la nullità della transazione – e le cause di semplice illegalità (2° comma), idonee a determinare l'annullamento del contratto solo su istanza di parte (sul punto: DE NO-

novelle del 1940 e del 1994, sino alla nota riforma del 2006, la quale, cancellato ogni riferimento alla transazione, prevede che possono essere devolute al giudizio degli arbitri le liti che abbiano ad oggetto

va, *Nullità del contratto ed arbitrato irrituale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, p. 406; CRISCUOLO, *Ancora sulla compromettibilità in arbitri della questione di nullità del contratto per illiceità*, in *Riv. arb.*, 1998, p. 276; ID., *Nullità del contratto: tra ordine pubblico e disponibilità del diritto*, in *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, Milano, 1993, p. 360 ss.; FESTI, *Clausola compromissoria e contratto illecito*, in *Corr. giur.*, 1997, pp. 1435 ss.; ID., *La clausola compromissoria*, Milano, 2001, pp. 135 ss.). In virtù dell'espresso richiamo all'istituto della transazione, la dottrina e la giurisprudenza tradizionale ritenevano applicabile tale norma all'arbitrato e concludevano per l'impossibilità di devolvere alla cognizione degli arbitri le liti concernenti la illiceità del contratto (ANDRIOLI, *Commento c.p.c.*, IV, Napoli, 1964, p. 756; DE NOVA, *Nullità del contratto e arbitrato irrituale*, cit., p. 401; CRISCUOLO, *Nullità del contratto: tra ordine pubblico e disponibilità del diritto*, cit., p. 371. In senso contrario: CATERINI, *Disponibilità e indisponibilità nell'arbitrato*, in CATERINI, CHIAPPETTA (a cura di), *L'arbitrato. Fondamenti e tecniche*, Napoli, 1995, p. 109; BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri. Studi di diritto italiano e comparato*, I, Torino, 1999, pp. 51 ss.; CONSOLO, *Sul campo dissodato della compromettibilità in arbitri*, in *Riv. arb.*, 2003, pp. 241 ss.; LESSONA, voce *Arbitramento*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Milano, 1893, p. 594; AMAR, *Dei giudizi arbitrali*, cit., p. 41, MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, III, Milano, 1905, p. 62). Più aspro era il dibattito relativo alla possibilità di compromettere le controversie derivanti dal titolo annullabile, in forza della disponibilità del diritto di annullamento previsto dallo stesso dettato normativo. Secondo altra parte della letteratura, invece, l'art. 1972 c.c. non poteva trovare applicazione all'arbitrato, in virtù della differenza funzionale tra quest'ultimo e la transazione (VERDE, *La convenzione di arbitrato*, in ID. (a cura di), *Diritto dell'arbitrato*, Torino, 2005, pp. 95 ss.; FESTI, *Clausola compromissoria e contratto illecito*, cit., pp. 1435 ss.; RUFFINI, *sub art. 806 c.p.c.*, in CONSOLO, LUISO (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, III, Milano, 2007, p. 466; VINCRE, *Note sulla sospensione dell'arbitrato rituale*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, pp. 466 ss.; BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri*, cit., pp. 69 ss. e p. 81. I sostenitori di tale tesi rilevavano che la semplice presenza di norme imperative non costituiva elemento ostativo per l'affermazione della compromettibilità in siffatta materia, poiché oggetto del contratto è sempre un diritto disponibile di cui le parti hanno disposto con il contratto nullo. Anche gran parte della giurisprudenza riconosceva la bontà di tale interpretazione, tanto da affermare che la convenzione arbitrale poteva qualificarsi come nulla solo qualora gli arbitri, con la loro pronuncia, disponessero di un diritto indisponibile (*ex multis*: Cass., 19 maggio 1989, n. 2406, in *Giust. civ.*, 1989, p. 2605; App. Bologna, 11 ottobre 1990, in *Riv. arb.*, 1993, pp. 77 ss, con nota di ROSI; App. Roma, 24 gennaio 1991, in *Riv. arb.*, 1992, p. 281, con nota di GROSSI; Trib. Genova, 9 dicembre 1992, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1994, pp. 182 ss.). In controtendenza rispetto a questo orientamento si poneva una celebre pronuncia del Tribunale di Milano del 1997 (Trib. Milano, 14 aprile 1997, in *Corr. giur.*, 1997, p. 1434, con nota di FESTI), ove si cercava di risolvere il problema dell'arbitrabilità del contratto illecito avvalendosi del principio dell'autonomia della clausola compromissoria.

diritti disponibili⁴⁹, salvo espresso divieto di legge. Tramite questa novella viene anche specificata la possibilità di compromettere «le controversie future relative a uno o più rapporti non contrattuali»⁵⁰.

Scompare, dunque, la tipizzazione delle controversie non compromettibili, caratteristica di tutta la legislazione precedente, persino di quella romana.

Dal breve *excursus* storico compiuto emerge, insomma, che le maglie della compromettibilità delle liti si stringono con più forza nel momento in cui lo Stato riafferma la sua supremazia giurisdizionale⁵¹. In assenza di forme strutturate di governo, come si verifica nel periodo intermedio, l'arbitrato incontra ampio favore. Diversamente con la nascita degli Stati moderni, la dimensione arbitrale è relegata in spazi più angusti, in virtù di scelte più politiche che di coerenza teorica⁵².

⁴⁹ Il legislatore è nuovamente intervenuto sulla disciplina dell'arbitrato con il d.l. 12 settembre 2014, n. 132 «Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile», prevedendo che nelle cause pendenti davanti al Tribunale o in grado d'appello, che non abbiano ad oggetto diritti indisponibili e non vertano in materia di lavoro, previdenza e assistenza sociale, le parti possano, con istanza congiunta, richiedere che la controversia sia rimessa in arbitrato secondo le disposizioni del titolo VIII del libro IV del c.p.c. Tale facoltà è consentita altresì nelle cause vertenti su diritti che abbiano nel contratto collettivo di lavoro la propria fonte esclusiva. Sul punto si rimanda al § 8, b). Diversamente, sul più generale limite indicato dall'art. 806, comma 2°, c.p.c. si rimanda al cap. III, seconda parte.

⁵⁰ L'introduzione di tale disposizione normativa non costituisce altro che il recepimento dei risultati che si erano già raggiunti in via interpretativa (cfr. MORTARA, *Commentario del codice*, cit., III, pp. 90 ss.; ROCCO, *Trattato di diritto processuale civile*, 2, 1, Torino, 1966, p. 147; REDENTI, voce *Compromesso*, cit., pp. 797 ss.).

⁵¹ CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, Padova, 1941, p. 109; VERDE, *Sul monopolio dello stato in tema di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, pp. 371 ss.

⁵² Nei tempi attuali, invece, si assiste a un fenomeno inverso, ovvero l'estensione dell'ambito di applicazione dello strumento arbitrale al fine di sopperire le inefficienze della giustizia ordinaria. Tuttavia, come cercherò di dimostrare, le scelte legislative e quelle teoriche non sempre coincidono. In tale senso si esprime anche LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, 2011 p. 47, ove afferma: «[...] la ragione di fondo del fenomeno positivo della inarbitrabilità sta nella gelosia dello Stato per il proprio potere giurisdizionale, nella riluttanza al decentrarlo e privatizzarlo o frazionarlo in mille feudi [...]. In sostanza sono giudizi di valore, intenzioni di politica del diritto, valutazioni etiche o di alta opportunità che presiedono alla inclusione di date materie, quando controverse, fra le inarbitrabili [...]».

Al contempo, l'evoluzione storica evidenzia, da una parte, come il concetto di arbitrabilità sia parametrato al diritto sostanziale che entra in gioco e, dall'altra parte, pone in luce uno stretto legame tra la nozione di compromettibilità e quello di ordine pubblico, principio che, in tutte le legislazioni analizzate, costituisce il suo specifico alterego. Questo legame viene meno con la nascita dello stato moderno, che, come già ho osservato⁵³, determina l'erosione dello spazio di autonomia riconosciuto allo strumento arbitrale e la necessità da parte dei legislatori di qualificare⁵⁴ l'ambito operativo di tale fenomeno, richiamando istituti⁵⁵ che solo in apparenza sono simili⁵⁶.

Tuttavia, come dirò nel proseguo, la convenzione arbitrale, pur essendo un contratto, è dotata di caratteri propri, in grado di influenzare la propria dimensione oggettiva.

In verità, l'autonomia del patto compromissorio sembrerebbe riemergere nell'attuale previsione dell'art. 806 c.p.c., benché, come preciserò, l'interpretazione di tale normativa subisca le limitazioni derivanti dalla precedente tradizione⁵⁷.

⁵³ VERDE, *Sul monopolio*, cit., pp. 371 ss.

⁵⁴ Oppure di accorpare fenomeni tra loro eterogenei, come pone in luce MORTARA, *Commentario del codice*, cit., III, p. 36, in relazione alla struttura del codice di procedura civile del 1865, ove risultano accorpati l'istituto della conciliazione e quell'arbitrato, in ragione del fatto che, secondo il legislatore, si tratterebbe di due fenomeni in grado di prevenire una lite. Appare evidente l'errore di fondo in cui incorre il legislatore dell'epoca – già evidenziato dal Mortara – poiché se con la conciliazione è possibile prevenire una lite, con l'arbitrato si avrà un vero e proprio giudizio sulla lite a opera di un soggetto terzo.

⁵⁵ G. FERRI, *La funzione dell'arbitrato nella società moderna*, in *Riv. dir. comm.*, 1974, p. 64.

⁵⁶ Come giustamente fa notare Amar (AMAR, *Dei giudizi arbitrali*, cit., p. 95) sono i commentatori del diritto romano a inserire la proibizione del compromesso nelle materie che non possono essere oggetto di transazione (tipico esempio è costituito dagli alimenti). Alcun riferimento a tale equazione si rinviene nelle fonti.

⁵⁷ Come rilevava già in sede di commento alla legge delega E.F. RICCI, *La delega sull'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 962, che scriveva «[...] a livello personale esprimo l'auspicio che essa non sia contrastata da prese di posizioni di carattere squisitamente dogmatico e aprioristico. Occorrono, invece, per dare all'arbitrato italiano il ruolo che gli spetta nel contesto dell'esperienza internazionale, spirito dogmatico e attenzione a quando accade al di fuori dei confini del nostro paese».

4. Le ricostruzioni dottrinali – interne – del concetto di arbitrabilità

Il problema della compromettibilità dei diritti, come è stato osservato⁵⁸, è divenuto calzante in seguito alle riforme dell'istituto arbitrale, prima ad opera della novella sull'arbitrato societario e poi di quella complessiva del 2006.

Nonostante il variegato panorama esegetico, ritengo di potere individuare tre grandi filoni interpretativi.

a) Secondo una prima opzione ermeneutica, che potrebbe definirsi “sostanziale”, l'arbitrabilità del diritto coincide con il potere negoziale dei litiganti: in altri termini, le parti possono delegare all'arbitro solo quanto possono perfezionare mediante un contratto⁵⁹.

A mio avviso, questa interpretazione “sostanziale” trova una specificazione nella tesi di coloro che distinguono tra una inarbitrabilità assoluta e una attenuata⁶⁰; mentre essa viene ampliata nelle ricostruzioni di quegli autori che ritengono di parametrare la compromettibilità con il potere di rinuncia e di dismissione del diritto⁶¹.

⁵⁸ Così CONSOLO, *Sul «campo» dissodato*, cit., pp. 241 ss., pp. 252 ss.

⁵⁹ In questo senso: CECHELLA, *Il contratto d'arbitrato*, in CECHELLA (a cura di), *L'arbitrato*, Torino, 2005, p. 29; LEVONI, *La pregiudizialità nel processo arbitrale*, Torino, 1975, p. 73; E.F. RICCI, *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, p. 522, che, però, apre, in campo societario, alla possibilità di un giudizio su diritti indisponibili; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, Padova, 2012, pp. 428 ss., spec. p. 430. È giusto ricordare che questa esegesi trovava specialmente conforto nella precedente formulazione dell'art. 806 c.p.c., ove vi era un'apparente corrispondenza tra la disponibilità e la transigibilità. Sul punto: MORTARA, *Commentario del codice*, cit., III, p. 43; CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1933, p. 74; SATTA, *Commentario c.p.c.*, IV, 2, cit., p. 198, il quale, strenuo difensore della natura contrattuale dell'arbitrato, rileva che «[...] l'indisponibilità del rapporto si riflette necessariamente nella indisponibilità dell'ordinamento, ed è questo spiega come né la transazione, né l'arbitrato possono essere illimitati, cioè come il ruolo delle volontà non possa svolgersi al di là dei limiti imposti alla stessa volontà dell'ordinamento»; REDENTI, voce *Compromesso*, cit., p. 798; SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, 1958, pp. 32 ss.; LUISO, *Diritto processuale civile*, V, Milano, 2017, pp. 117 ss.

⁶⁰ LA CHINA, *L'arbitrato*, cit., p. 47.

⁶¹ VERDE, *La convenzione di arbitrato*, cit., pp. 90 ss., secondo cui l'indisponibilità deriva da un divieto espresso o implicito di rinuncia o dismissione; MASSIMO FRANZONI, *La transazione*, Padova, 2001, p. 94.

Non ritengo di potere condividere questa esegesi, neppure nelle sue ulteriori puntualizzazioni: come meglio indicherò nel proseguo, ancorare l'arbitrabilità del diritto solo al mondo negoziale vuole dire rinnegare la "bifaccialità" del fenomeno arbitrato, la sua capacità di espletare una funzione sostitutiva della giurisdizione pubblica, come anche la recente giurisprudenza pone in luce⁶².

b) In tempi recenti, si è fatta strada un'ulteriore interpretazione, che potrebbe dirsi «esclusivamente processuale»⁶³.

Secondo parte della letteratura, l'arbitrabilità del diritto deve essere misurata in base alla disponibilità dell'azione⁶⁴. Ne segue, ad esempio, che non è possibile ricorrere alla giustizia privata qualora sia previsto l'intervento del pubblico ministero⁶⁵.

Anche la lettura *de qua* non può essere condivisa, poiché, se da una parte, non valorizza, come quella precedente, la «bifaccialità» del fenomeno arbitrale, dall'altra snatura la dimensione della dispo-

⁶² Corte Cost., 19 luglio 2013, n. 223, in *Riv. arb.*, 2014, pp. 81 ss., con note di BOVE *et al*; Cass., sez. un., ord., 25 ottobre 2013, n. 24153, in *Corr. giur.*, 2014, p. 84, con nota di VERDE; in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, p. 743, con nota di ZUCCONI GALLI FONSECA; in *Riv. dir. proc.*, 2014, pp. 1 ss., con nota di PUNZI.

⁶³ BERLINGUER, *Indisponibilità dei diritti e cognizione arbitrale*, in MEZZASOMA, RUGGERI (a cura di), *L'arbitrato nella moderna giustizia arbitrale*, Roma, 2013, pp. 43 ss.

⁶⁴ SALVANESCHI, *Le materie arbitrabili*, in ID. *et al.* (a cura di), *Arbitrato*, Milano, 2012, p. 16. La studiosa osserva che «ciò di cui dispone chi sceglie l'arbitrato in luogo della giurisdizione ordinaria è dunque il diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti garantito dall'art. 24 della Costituzione, e quindi, l'opzione arbitrale pone il suo fondamento nella disponibilità dell'azione [...]»; CAPONI, «*Natura dell'arbitrato e controversie arbitrabili*», in *Sull'arbitrato*, cit., p. 123; SALVANESCHI, *Arbitrato*, in CHIARLONI (a cura di), *Commentario al c.p.c.*, Bologna, 2014, pp. 9 ss., e in part. pp. 11 ss. In senso simile anche BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri*, I, cit. p. 82. L'a. reputa che mere ragioni di opportunità «inducono l'ordinamento a ritenere indisponibile non le posizioni soggettive dei contendenti, sottese alla lite, ma il diritto d'azione [...]».

⁶⁵ REDENTI, voce *Compromesso*, cit., p. 798; ANDRIOLI, *Commento al c.p.c.*, IV, cit., p. 759; SCHIZZEROTTO, *Dall'arbitrato*, cit., p. 76, il quale ritiene che solo l'intervento obbligatorio del p.m. determini l'inarbitrabilità e non quello facoltativo; in senso difforme FESTI, *La clausola compromissoria*, cit., pp. 152 ss.; RUFFINI, *sub art. 806 c.p.c.*, cit., p. 30; FIECCONI, *Il nuovo procedimento arbitrale societario*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 973, secondo cui la presenza del p.m. non è il criterio guida per l'inarbitrabilità ma un mero criterio.

nibilità richiamata dall'art. 806 c.p.c., che, come ha dimostrato la ricostruzione storica tratteggiata, si ancora al mondo sostanziale del diritto⁶⁶. Peraltro, è opportuno ricordare che il titolare di una posizione giuridica soggettiva può sempre scegliere se avvalersi o meno della tutela giurisdizionale anche in presenza di diritti ritenuti come indisponibili⁶⁷.

La tesi «esclusivamente processuale» trova una parziale attenuazione nel pensiero di chi attribuisce al concetto di disponibilità rinvenibile all'interno delle norme processuali un significato diverso rispetto a quello accolto dalla dimensione sostanziale⁶⁸.

Questa dottrina sostiene che la limitazione alla compromettibilità, sancita dall'art. 806 c.p.c., si riferisce ai soli profili processuali attinenti la disciplina della legittimazione ad agire e all'efficacia soggettiva delle decisioni. Essa, dunque, esclude il ricorso allo strumento arbitrale nei casi di intervento obbligatorio del pubblico ministero, in presenza di un litisconsorzio necessario, qualora debbano essere assunte decisioni aventi efficacia *erga omnes* e, infine, nelle

⁶⁶ Come osservano anche RUFFINI, MANZO, sub art. 806 c.p.c., in BENEDETTELLI, CONSOLO, RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Commentario breve al diritto dell'arbitrato*, Milano, 2017, p. 32.

⁶⁷ Si tratta di un punto che ho avuto modo di analizzare già in *Arbitrabilità e diritti superindividuali: le delibere assembleari sul bilancio*, in *Giur. comm.*, 2017, pp. 569 ss. La mia lettura è conforme al pensiero di CARPI, *Efficacia del lodo*, in CARPI (a cura di), *Arbitrato*, Bologna, 2016, p. 736; *contra*: E.F. RICCI, *Profili liberali della nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Libertà e vincoli nella recente evoluzione dell'arbitrato*, *Quaderni della Riv. trim. e dir. proc. civ.*, 2006, pp. 23 ss.; *Id.*, *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim. e dir. proc. civ.*, 2003, pp. 517 ss., spec. pp. 522 ss.; F. GALGANO, *Il lodo arbitrale vale, dunque come sentenza*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 300; MOTTO, *Controversie arbitrabili*, in BRIGUGLIO, CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, III, 2, Padova, 2009, p. 484.

⁶⁸ BARLETTA, *La disponibilità dei diritti nel processo di cognizione e nell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, pp. 979 ss., il quale, partendo dal presupposto che è necessario tenere in considerazione sia la funzione del compromesso sia quella del contratto, ritiene che il concetto di disponibilità accolto dall'art. 806 c.p.c. sia diverso da quello abbracciato dal mondo sostanziale. Al contempo, sostiene che non sia possibile trasporre nella disciplina della compromettibilità le diverse nozioni di disponibilità elaborate riguardo ad altri istituti processuali. Condivide questa linea interpretativa anche BERLINGUER, *Indisponibilità dei diritti e cognizione arbitrale*, cit., pp. 43 ss.

fattispecie in cui la situazione sostanziale dedotta richieda il ricorso a processi a contenuto oggettivo⁶⁹.

Anche questa lettura non mi convince.

In primo luogo, benché non si neghi che la disciplina attuale del processo privato possa costituire un ostacolo per il dispiegarsi dell'azione pubblica, lo scrutinio dell'arbitrabilità del diritto non può dipendere, come dirò, dalla presenza in giudizio del pubblico ministero.

Al contempo, neppure la presenza di un litisconsorzio necessario può reputarsi elemento impeditivo al ricorso allo strumento arbitrale. La sua presenza, certamente, può complicare lo svolgimento del processo arbitrale, ma non lo esclude *tout court*.

In secondo luogo, l'incompromettibilità del diritto non può trovare giustificazione nell'incapacità del giudizio privato di garantire l'imparzialità e la terzietà degli arbitri rispetto a tutte le parti del conflitto, così come nel problema dell'efficacia della decisione arbitrale. La prima argomentazione priva di valore pregnante la stessa disciplina normativa in materia di rikusazione, mentre la seconda sovrappone due profili, che, come dimostrerò, devono restare distinti.

c) L'insoddisfazione nei confronti delle menzionate esegesi ha portato all'affermarsi di un'interpretazione c.d. «intermedia», che si basa sull'idea che la nozione di disponibilità si riempia di contenuti diversi, a seconda della funzione da essa assolta⁷⁰.

Partendo da detto presupposto, una dottrina⁷¹ ritiene che non siano devolvibili al giudizio di arbitri, quelle situazioni sostanziali rispetto alle quali è «la decidibilità in sé, a mezzo degli arbitri, ad essere oggetto di disvalore normativo; in altri termini, sono definibili come indisponibili le materie per le quali non è ammissibile che sia il lodo arbitrale la fonte della loro regolamentazione».

⁶⁹ Sul problema dei processi a contenuto oggettivo si rimanda al par. 9 e, più in generale, alla terza parte dello studio, mentre in merito alla questione del litisconsorte necessario si rinvia al cap. V, seconda parte.

⁷⁰ ROSSI, *Arbitrabilità e controllo di conformità all'ordine pubblico*, Napoli, 2017, pp. 94 ss.

⁷¹ MOTTO, *Controversie arbitrabili*, cit., p. 482.

Se formalmente questa definizione è condivisibile, non altrettanto si devono ritenere le conclusioni a cui l'autore giunge, poiché egli ritiene di ascrivere all'area dell'indisponibilità «le situazioni sostanziali in ordine alle quali risulta preclusa, o comunque irrilevante l'autonomia privata»⁷². Tale affermazione lo conduce ad affermare l'inarbitrabilità di tutte le situazioni a contenuto non patrimoniale e di quelle caratterizzate dall'intervento obbligatorio del pubblico ministero. Al contempo, allineandosi all'orientamento di altra parte della letteratura⁷³, questa dottrina ritiene legittima l'eventualità che un'espressa previsione di legge possa precludere la devoluzione al giudizio di arbitri di situazioni disponibili, nonché l'estensione dell'arbitrato in materia indisponibile.

Questa esegesi si presta a due obiezioni: da una parte, benché l'autore neghi la coincidenza del concetto di autonomia privata e arbitrabilità, identifica in realtà quest'ultima nella prima, poiché afferma che «la situazione sostanziale è indisponibile quando, rispetto ad essa, non si pone un problema di effetti producibili, ma si assiste all'esclusione del rilievo dell'autonomia privata»⁷⁴, dall'altra parte questa interpretazione sposta l'attenzione, a differenza di quanto prescrive l'art. 806 c.p.c., sul rapporto controverso e non più sul diritto⁷⁵ devoluto al giudizio arbitrale.

Infine, altra parte della dottrina⁷⁶, sulla base della considerazione che funzione tipica dell'arbitrato sia «l'accertamento posto in essere da un privato imparziale a seguito di un processo a

⁷² MOTTO, *Controversie arbitrabili*, cit., p. 487.

⁷³ Cfr. nota 59.

⁷⁴ La menzionata ricostruzione non permette di spiegare come sia possibile ritenere arbitrabili controversie aventi ad oggetto diritti non negoziali, come, ad esempio, il diritto dei soci a che gli amministratori di una società adempiano ai loro doveri con la diligenza richiesta dalla legge. Sul punto SALVANESCHI, *Impugnativa in via arbitrale della delibera di approvazione del bilancio*, in *Riv. arb.*, 2010, pp. 59 ss.

⁷⁵ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Controversie arbitrabili*, in MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 2010, p. 9, in particolare nota n. 28, ove l'a. evidenzia che una simile ricostruzione determina importanti ripercussioni, non del tutto accettabili, circa l'oggetto del processo arbitrale e del futuro «giudicato» arbitrale. Inoltre ella rileva che tale esegesi non tiene conto dell'impugnativa di atti anche non costitutiva.

⁷⁶ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Controversie arbitrabili*, cit., p. 10.

contraddittorio e con la garanzia dell'impugnativa per violazione di norme inderogabili», ritiene di potere definire un concetto autonomo di indisponibilità-incompromettibilità, espressione di un «ordine pubblico arbitrale», di contenuto più ristretto rispetto a quello che ostacola altre forme di composizione negoziale delle controversie. La possibilità di enucleare una nozione autonoma di ordine pubblico deriva dal fatto che è necessario distinguere il problema della «tutela arbitrale» da quello della «tecnica del processo arbitrale»⁷⁷.

Tale ricostruzione, a mio avviso, ha il merito di bilanciare i profili interni del concetto di arbitrabilità: questa è la strada che reputo opportuno percorrere.

5. *La necessità di delineare un concetto di arbitrabilità in grado di esplicitare la natura del fenomeno arbitrale*

Per potere definire il corretto legame tra disponibilità e arbitrabilità dei diritti si deve partire dal comprendere che cosa sia il fenomeno arbitrale.

Il nostro ordinamento è condizionato da un'antica disputa dottrinale non ancora sopita, tra chi qualifica l'arbitrato in termini esclusivamente contrattuali⁷⁸, come fenomeno che mantiene la sua natura negoziale al di là del momento genetico e chi, invece, vi riscontra connotati giurisdizionali⁷⁹, come istituto che nasce dalla volontà delle parti, ma i cui caratteri funzionali e operativi lo rendono in tutto assimilabile al giudizio ordinario.

Tali differenti letture si ripercuotono sulla sua operatività.

⁷⁷ Discorrono di diffidenza verso lo strumento arbitrale, tra gli altri, CONSOLO, MARINUCCI, *Impugnazione per nullità di delibera assembleare e arbitrato*, in *Riv dir. proc.*, 2013, p. 235.

⁷⁸ CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, cit. pp. 70 ss.; SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, 1969, pp. 1 ss.; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, cit., pp. 87 ss.

⁷⁹ MORTARA, *Commentario del codice*, cit., III, pp. 36 ss.; CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, p. 179; VECCHIONE, *L'arbitrato* cit., pp. 34 ss.

Se la tesi contrattualistica legittima l'attuazione dello strumento arbitrale negli spazi consentiti dall'autonomia negoziale, quella giurisdizionalistica invita a confrontare i confini di applicazione del fenomeno arbitrale con le esigenze del processo civile e, conseguentemente, di svincolare l'ambito della sua attuazione dalla nozione di autonomia negoziale, come abbracciata dall'art. 1322 c.c.

Anche la giurisprudenza ha offerto letture diverse, spostando l'attenzione, attraverso un percorso ermeneutico simile a quello svolto dalla dottrina recente, sulla natura del lodo⁸⁰.

Se in un primo momento è prevalsa la lettura giurisdizionalistica del fenomeno, tanto da qualificare i rapporti tra arbitri e giudici in termini di competenza, si è successivamente diffusa una interpretazione più prettamente contrattualistica⁸¹.

⁸⁰ CAPONI, «Natura» dell'arbitrato e controversie arbitrabili, cit., p. 124; TARZIA, *Conflitti tra lodi arbitrali e conflitti tra lodi e sentenze*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, pp. 631 ss., spec. p. 644; E.F. RICCI, *L'«efficacia vincolante» del lodo arbitrale dopo la legge n. 25 del 1994*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1994, p. 810, spec. pp. 817 ss.; MONTESANO, *Sugli effetti del nuovo lodo arbitrale e sulle funzioni della sua omologazione*, ivi, 1994, pp. 822 ss.; ID., «Privato» e «pubblico» nell'efficacia e nell'esecutorietà del lodo arbitrale, in *Riv. arb.* 1998, pp. 7 ss., spec. p. 8; BOVE, *Arbitrato e litispendenza*, in *Riv. arb.*, 1998, pp. 506 ss., spec. 511; VIGORITI, *Verso un diritto comune dell'arbitrato: note sul lodo e la sua impugnazione*, in *Foro it.*, 1994, V, c. 210 ss., spec. 215; BRIGUGLIO, *Impugnabilità ed efficacia del lodo non omologato dopo la legge di riforma n. 25 del 5 gennaio 1994*, in *Giust. civ.*, 1994, II, pp. 295 ss., spec. 302 ss.; MENCHINI, *Sull'attitudine al giudicato sostanziale del lodo non più impugnabile non assistito dall'omologa giudiziale*, in *Riv. arb.* 1998, pp. 773 ss., spec. 778.

⁸¹ Tra gli altri riconducono l'effetto del patto compromissorio a questioni di competenza: Cass., 23 gennaio 1990, n. 354, in *Riv. arb.*, 1991, p. 79, con nota critica di MIRABELLI; Cass., 14 aprile 2000, n. 4845, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce Cassazione civile, n. 90; Cass., 26 gennaio 2000, n. 870, in *Foro it.*, 2000, c. 1901; Cass., 28 novembre 1996, n. 10617, in *Rep. Foro it.*, 1996, voce Competenza civile, n. 142. Conforme all'orientamento giurisprudenziale: MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale, profili comparatistica e processuali*, Torino, 2002, p. 34; diff., BONGIORNO, *Sulla "eccezione di incompetenza" nel processo arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, pp. 135 ss.; FUSILLO, *Relactio perfecta, obbligatorietà dell'arbitrato e natura dell'eccezione di compromesso*, in *Riv. arb.*, 2001, pp. 701 ss. Tale monolitico orientamento è stato superato da Cass., 3 agosto 2000, n. 527, in *Riv. arb.*, 2000, pp. 699 ss., con nota adesiva di FAZZALARI; in *Corr. giur.*, 2001, pp. 51 ss., con note di CONSOLO, RUFFINI, MARINELLI; in *Foro it.*, 2001, I, cc. 839 ss., con nota di BARONE; in *Giur. it.*, 2001, pp. 117 ss., con nota di MONTELEONE, in *Riv. dir. proc.*, 2001, con nota critica di E.F. RICCI; in *Foro pad.*, 2001, c. 839, con nota di RUBINO SAMMARTANO. Tale *arrêt* ha determinato il proliferare di

Con la novella del 2006, il legislatore sembrava voler porre fine al dibattito: tuttavia, il disegno complessivo della disciplina lascia aperti spiragli in favore di entrambe le interpretazioni.

Se, da una parte, la disponibilità costituisce l'unico requisito necessario per potere accedere alla giustizia arbitrale e viene attribuito al lodo il medesimo effetto della sentenza⁸², dall'altra parte, viene rilevato che il riferimento alla disponibilità non introduce alcuna sostanziale novità⁸³ e che la parificazione tra lodo e sentenza è puramente formale, poiché con riguardo al lodo si continua a escludere l'automatica esecutività⁸⁴.

All'interno di questo dibattito emergono due pronunce giurisprudenziali: una della Corte costituzionale⁸⁵ e l'altra della Corte di Cassazione a sezioni unite⁸⁶, che, ritornando sui loro passi, concludono per la natura giurisdizionale del lodo e, in linea generale, di tutto il fenomeno arbitrale, tanto che anche il più fermo sostenitore

numerose pronunce conformi. A titolo esemplificativo si ricorda: Cass., sez. un., 5 dicembre 2000, n. 1251, in *Corr. giur.*, 2001, p. 1449, con nota di CONSOLO, MURONI; in *Riv. arb.*, 2001, pp. 705 ss., con nota di VILLA; Cass., 1° febbraio 2001, n. 1403, in *Foro it.*, 2001, c. 838, con nota di BARONE; in *Giur. it.*, 2001, p. 1107, con nota di CANALE; in *Foro it.*, 2000, I, c. 838, con nota di BARONE; Cass., 13 aprile 2001, n. 5527, in *Giust. civ.*, 2002, pp. 2909 ss.; Cass., sez. un., 4 giugno 2001, n. 7533 e Cass., sez. un., 5 dicembre 2000, n. 1251, in *Corr. giur.*, 2001, pp. 1448 ss., con nota di CONSOLO, MURONI, che avevano parificato detta eccezione a una di merito. In tale dibattito era intervenuto il legislatore del 2006, prevedendo, da una parte, che l'eccezione di compromesso dovesse essere sollevata nella prima difesa e, dall'altra, che la relativa pronuncia dovesse essere impugnata con regolamento di competenza.

⁸² Su tale innovazione è critico FAZZALARI, *Questioni di legittimità costituzionale*, in *Riv. arb.*, 2005, pp. 661 ss.

⁸³ PUNZI, *Luci ed ombre nella riforma dell'arbitrato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, pp. 395 ss. e prima ancora ODORISIO, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, pp. 253 ss.

⁸⁴ Sul punto ampiamente CARPI, *Efficacia del lodo*, in *Arbitrato*, cit., pp. 732 ss.

⁸⁵ Cost., 19 luglio 2013, n. 223, cit.

⁸⁶ Cass., sez. un., ord., 25 ottobre 2013, n. 24153, in *Corr. giur.*, 2014, p. 84, con nota di VERDE; in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, p. 743, con nota di ZUCCONI GALLI FONSECA; in *Riv. dir. proc.*, 2014, pp. 1 ss., con nota di PUNZI. Questa pronuncia trova conferma nella giurisprudenza successiva, che ritorna anche a qualificare i rapporti tra arbitri e i giudici in termini di competenza, sul punto Cass., 7 aprile 2015, n. 6909, in *Riv. arb.*, 2015, p. 521, con nota di DELLE DONNE; Cass., 6 novembre 2015, n. 22748, in *DeJure*; Cass., 12 novembre 2015, n. 23176, ivi; Cass., 21 gennaio 2016, n. 1101, ivi.

della natura negoziale del lodo evidenzia che oramai l'arbitrato ha raggiunto una «nuova frontiera»⁸⁷.

A mio avviso, pur non sottovalutando questi recenti *arrêts*, è necessario qualificare l'arbitrato un *ens medium*⁸⁸ tra contratto e processo e, pertanto, volerlo circoscrivere all'interno di una categoria convenzionale vorrebbe dire snaturarlo.

La teoria giurisdizionalista se da una parte consente di attribuire all'arbitrato la stessa effettività ed efficacia della giurisdizione dello Stato, dall'altra altera la sua flessibilità e la sua autonomia; diversamente la tesi contrattualistica riconduce l'arbitrato all'interno di categorie profondamente distanti dalla sua natura⁸⁹.

Peraltro, accogliere l'una o l'altra ricostruzione vorrebbe dire escludere ingiustamente l'arbitrato da molteplici settori⁹⁰.

Alla luce di tali osservazioni, ritengo che l'indagine relativa alla definizione dei confini dell'arbitrabilità non debba essere influenzata dalla necessità di catalogare l'arbitrato all'interno di istituti conven-

⁸⁷ PUNZI, *Le nuove frontiere dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, pp. 1 ss.; ma sul punto si veda anche il pensiero di CARPI, *Note su arbitrato, processo e prova*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, pp. 1145 ss.

⁸⁸ CARNELUTTI, *Istituzioni di diritto processuale civile italiano*, Roma, 1956, I, p. 211, come ricorda BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri*, I, cit., p. 3, nota 5. Come è noto Carnelutti inquadra il patto compromissorio fra gli «equivalenti giurisdizionali», i quali condividono con il processo ordinario la funzione di composizione delle liti, secondo la sua caratteristica concezione della giurisdizionale. Nonostante tale catalogazione, lo stesso autore qualifica l'arbitrato come un processo regolato dal codice di procedura civile. Senza volere anticipare quanto dirò nel proseguo, non ritengo di potere condividere questa posizione: pur ritenendo giusto definire l'arbitrato un *ens medium*, non è possibile inserirlo tra «equivalenti giurisdizionali», data la sua tipicità rispetto ad altri fenomeni giuridici rientranti in questa categoria.

⁸⁹ Già tale assunto veniva evidenziato dal Mortara per criticare l'accorpamento, nel precedente codice, tra l'istituto dell'arbitrato e quello della conciliazione. Si legge, infatti, «[...] rinunciare a una lite è senza dubbio l'antitesi perfetta del litigare; e mentre la transazione avvolge la contesa nel sudario della rinuncia, il compromesso la feconda e la fa germogliare con pienezza di vigore su un terreno che, se non è perfettamente identico a quello destinato per l'ordinario suo sviluppo, non è meno idoneo a fornire tutti gli elementi all'uopo necessari [...]». MORTARA, *Commentario del codice*, cit., III, p. 37.

⁹⁰ In questo senso BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri*, I, cit., p. 4.

zionali, ma debba essere diretta a evidenziare le sue peculiarità⁹¹: in particolare è necessario valorizzare il luogo in cui il fenomeno arbitrale si realizza, per poi ritornare alla sua origine.

Analizzando le norme codicistiche e tenendo in considerazione gli *arrêts* giurisprudenziali ricordati, è inevitabile individuare una certa convergenza tra l'arbitrato e il processo statale.

Si tratta, tuttavia, di una conclusione non scontata, poiché, specialmente nella tradizione classica, il processo era considerato espressione del potere giurisdizionale⁹².

In tale direzione si pone, per esempio, il pensiero di Chiovenda, che qualificava il processo come «complesso di atti coordinati allo scopo dell'attuazione concreta della legge, per parte degli organi della giurisdizione ordinaria»⁹³.

Questa esegesi viene però superata da chi ritiene di potere enucleare un concetto autonomo di processo, al di fuori del campo della giurisdizione⁹⁴.

Preziose a tale proposito si rivelano le riflessioni di Fazzalari⁹⁵, il quale definisce «processo» l'insieme di atti concatenati tra loro e finalizzati al raggiungimento di un risultato da ottenersi nel rispetto

⁹¹ Al contempo non ritengo proficua una indagine che sia totalmente svincolata dall'essenza del fenomeno arbitrale, come sembrerebbe suggerire una parte della dottrina (BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri*, I, cit., p. 37).

⁹² Ampliamente MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., p. 7; G.F. RICCI, *Principi di diritto processuale generale*, Torino, 2015, p. 4.

⁹³ Così era nel pensiero di CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale*, I, cit., pp. 32 ss. e in particolare p. 70. Per siffatto motivo, l'illustre autore ritiene che con l'arbitrato le parti sostituiscano al processo qualcosa di affine al medesimo «nella sua figura logica». Nello stesso senso CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, cit., pp. 133 ss. e in particolare p. 153, il quale parla di processo giurisdizionale e definisce il processo come un insieme di atti volti alla composizione della lite.

⁹⁴ ALLORIO, *Diritto processuale tributario*, Torino, 1962, pp. 1 ss.; REDENTI, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1957, pp. 91 ss., oltre ai riferimenti contenuti nella nota successiva.

⁹⁵ FAZZALARI, voce *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, pp. 819 ss.; ID., voce *Processo (teoria generale)*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1986, pp. 1067 ss.; ID., *Note in tema di diritto e processo*, Milano, 1957, pp. 94 ss.; ID., *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1958, pp. 861 ss. Invece per una revisione critica della figura del processo nei tempi recenti, si rinvia a G.F. RICCI, *Principi di diritto processuale generale*, cit., pp. 7 ss., il quale ritiene che l'elemento che contraddistingue il processo, come l'attività giurisdizionale, è la presenza di un terzo imparziale. Calata

della dialettica dei soggetti che vi partecipano. In sostanza, c'è processo quando in una o più fasi dell'*iter* di formazione di un atto è contemplata la partecipazione non solo del suo autore, ma anche dei destinatari dei suoi effetti, in contraddittorio⁹⁶.

In virtù di questa interpretazione, non è possibile individuare una diretta connessione tra il processo e l'attività giurisdizionale: il primo può realizzarsi anche all'interno di altri fenomeni, perché il riferimento alla sua struttura dialettica consente di emanciparlo dalla dimensione giurisdizionale e di renderlo adattabile anche ad altre fattispecie⁹⁷, qualora in esse sia possibile individuare gli elementi salienti di questo fenomeno.

Calando tali riflessioni nell'esperienza arbitrale, si deve concludere che l'arbitrato non è altro che un processo⁹⁸. In esso sono presenti tutti gli elementi individuati da Fazzalari, e cioè gli atti concatenati fra loro, il contraddittorio tra le parti, garanzia ineliminabile per espressa previsione di legge⁹⁹ e il fine costituito dalla pronuncia¹⁰⁰ ad opera di un soggetto terzo e imparziale.

tale interpretazione nel mondo arbitrale, sarebbe ovvio dedurre che l'arbitrato sia a pieno titolo un equivalente giurisdizionale.

⁹⁶ Elemento peculiare per il superamento della continenza tra procedimento e processo, così come rileva PICARDI, "Auditur et altera pars". *Le matrici storico-culturali del contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, pp. 21 ss.

⁹⁷ In senso critico, CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, cit., p. 132.

⁹⁸ Come già osservava ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, cit., p. 28. Sul punto, ancora prima, CARNACINI, *Le controversie di lavoro e l'arbitrato irrituale come procedimento*, cit., pp. 644 e 645; FAZZALARI, *I processi arbitrali nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, p. 465, ove si legge che «la "processualità", per così dire, non è – in teoria generale e nel nostro ordinamento – una categoria esclusiva della giurisdizione dello stato: essendo il processo uno schema combinato di atti che può essere impegnato e viene impegnato non solo per il compimento di altre funzioni dello Stato, ma anche per la realizzazione di attività di privati»; ID., «Processo» e giurisdizione, in *Riv. dir. proc.*, 1993, p. 5; E.F. RICCI, *La «funzione giudicante» degli arbitri e l'efficacia del lodo (un grande arrêt della Corte Costituzionale)*, ivi, 2002, p. 370, il quale qualifica come processo anche l'arbitrato irrituale.

⁹⁹ Lo stesso Fazzalari precisa che, affinché sia garantito l'esplicitarsi di detto requisito, e quindi sia possibile parlare di processo, è necessario che la legge lo preveda (FAZZALARI, voce *Processo*, cit., p. 1072).

¹⁰⁰ FAZZALARI, voce *Procedimento e processo*, cit., p. 829 il quale, proprio con riferimento all'arbitrato osserva che «l'impiego del processo fuori dal campo della giurisdizione – nel quale esso è ovviamente essenziale – non è privo di significa-

Ad un primo sguardo, l'esegesi accolta sembrerebbe confermare la lettura del fenomeno arbitrale compiuta dai giurisdizionalisti¹⁰¹.

Tuttavia, ferma la riconducibilità dell'arbitrato al processo, non è possibile dimenticare la sua origine, ovvero la libera scelta delle parti.

Tale elemento porta l'interprete a ritenere che l'arbitrato sia un fenomeno eterogeneo¹⁰² rispetto al sistema giustizia, poiché trova la propria legittimazione nell'incontro della volontà dei paciscenti¹⁰³.

to: gli è che si usa il modulo processuale [...] proprio quando l'attività da svolgere deve tenere conto d'interessi in contrasto». Anche un altro acuto studioso osserva (MONTESANO, *La tutela giurisdizionale*, cit., pp. 8 ss.), che i processi hanno come caratteristica essenziale la partecipazione paritaria e contraddittoria alle attività procedurali che concorrono a produrre l'effetto finale, dei soggetti, che ne sono destinatari. Tuttavia precisa che tale caratteristica non è esclusiva dei procedimenti giurisdizionali, ma inerisce talvolta anche a procedimenti in cui non operano giudici, e per i quali si parla, dunque, di una «processualizzazione» estesa al di là delle sfere giudiziarie o giurisdizionali.

¹⁰¹ Benché non ritenga di condividere una lettura puramente giurisdizionalistica del fenomeno arbitrale, degna di nota è l'osservazione di una parte della dottrina (C. CAVALLINI, *Profili costituzionali della tutela arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 800) che definisce giurisdizionale la funzione degli arbitri poiché la stessa partecipa all'applicazione della concreta e obiettiva volontà di legge per ogni singola lite compromessa. In questo senso anche VACCARELLA, *Il coraggio della concretezza in una storica decisione della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, pp. 2890 ss.

¹⁰² Proprio in virtù di tale idea, non ritengo di condividere pienamente le recenti pronunce sia della Corte di cassazione sia della Corte costituzionale in precedenza citate. A mio avviso, l'eccezione di compromesso deve intendersi come un'eccezione *sui generis* e dunque insuscettibile di essere equiparata a un'eccezione di incompetenza o di difetto di giurisdizione, che, a mio parere, sono categorie utilizzabili solo nei rapporti tra giudici togati (in questo senso: COLESANTI, *Cognizione sulla validità del compromesso in arbitri*, in *Riv. dir. proc.*, 1958, in part. pp. 260-261; LIEBMAN, *Giudizio arbitrale e connessione di cause*, ivi, 1964, pp. 470 ss.; CECCHIELLA, *L'arbitrato*, cit., pp. 77 ss.; F. DANOVÌ, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, Padova, 1999, in part. p. 434; E.F. RICCI, *L'arbitrato di fronte alla litispendenza giudiziaria*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, pp. 505 ss. In senso difforme: BOCCAGNA, *L'impugnazione per nullità del lodo*, Napoli, 2005, pp. 244 ss.). A tale proposito indicative sono le parole di Chiovenda che qualifica il compromesso come «eccezione di rinuncia al procedimento di cognizione giudiziaria», distinguendolo chiaramente dall'eccezione di incompetenza (CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, cit., p. 108). L'adesione a tale esegesi non esclude ovviamente la possibilità di ritenere applicabile, come afferma la giurisprudenza, l'art. 50 c.p.c.: a mio avviso, la sua attuazione trova giustificazione in ragione della fungibilità di risultati (oltre che in evidenti esigenze di economia processuale) che contraddistingue il processo privato e quello pubblico.

¹⁰³ Come ribadisce anche la Suprema Corte (Cass., sez. un., ord., 25 ottobre 2013, n. 24153, cit., p. 86), che afferma «[...] l'autonomia delle parti, nel settore dei diritti disponibili, opera come presupposto del potere, loro attribuito, di fare

Mentre il diritto-potere di ricorrere al processo c.d. giurisdizionale spetta automaticamente al singolo cittadino per ciò solo di essere in possesso di certi requisiti¹⁰⁴, il diritto-potere di agire innanzi agli arbitri deriva da un atto di volontà delle parti¹⁰⁵.

Il diritto alla via arbitrale, a differenza dell'azione statale, nascendo dall'autonomia privata e non dalla legge¹⁰⁶, trova un limite insuperabile nella necessità di individuare, sia pure in modo indiretto, il rapporto sostanziale su cui andrà a incidere¹⁰⁷. Quest'ultimo, per espressa volontà legislativa, deve essere disponibile¹⁰⁸.

Se l'ambito di applicazione dello strumento arbitrale coincidesse con quello della giurisdizione civile, perderebbe di reale consistenza l'inciso contenuto nell'art. 806 c.p.c., ovvero che possono essere oggetto del processo arbitrale solo i diritti disponibili: principio che, oltre a essere richiamato dall'art. 34, d.lgs. n. 5 del 2003, è oggi confermato dall'art. 1 del d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito in l. 10 novembre 2014, n. 162. Inoltre, la stessa Corte costituzio-

decidere controversie ad arbitri privati, nelle forme e secondo le modalità stabilite dall'ordinamento giuridico».

¹⁰⁴ Sul punto, COMOGOLIO, in COMOGOLIO, C. FERRI, TARUFFO (a cura di), *Lezioni sul processo civile*, II, Bologna, 2011, p. 260; PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, ed. aggiornata a cura di Caponi, Napoli, 2014 p. 51, che qualifica la nozione di azione come categoria generale atipica.

¹⁰⁵ JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, Parigi, 1987, p. 370, legittima in modo indiretto questo assunto affermando che l'assoggettamento volontario a uno strumento di risoluzione dei conflitti può esistere a prescindere dalla sussistenza di un preesistente sistema di tutela "imposto" dall'alto, come avviene nell'arbitrato tra Stati.

¹⁰⁶ La dottrina ancora discute se l'arbitrato trovi un proprio riconoscimento nella fonte costituzionale (sul punto si rimanda all'ampia ricostruzione compiuta da: VERDE, *L'arbitrato e la giurisdizione ordinaria*, in *Diritto dell'arbitrato*, cit., pp. 4 ss.; CERRI, *Arbitrato e costituzione*, in *L'arbitrato*, cit., p. 33; FADDA, IASELLO, *L'arbitrato nella disciplina costituzionale*, in *L'arbitrato. Profili sostanziali*, I, cit., pp. 49 ss.). A mio avviso, la legittimità della azione arbitrale non deve essere ricercata nel dettato dell'art. 24 Cost., ove si parla essenzialmente di "giudizio", bensì, come rileva acutamente una parte della dottrina (MONTESANO, *La tutela dei diritti*, cit., p. 58), nella generica dizione dell'art. 102, comma 3°, Cost. Infatti, secondo l'intuizione dello studioso, tale norma sembrerebbe legittimare la partecipazione del popolo alla giustizia.

¹⁰⁷ In questo senso: ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale*, cit., p. 102, specialmente nota 269.

¹⁰⁸ Ciò non vuole dire, come avrò modo di precisare, disconoscere l'autonomia del diritto di azione arbitrale rispetto al diritto sostanziale, bensì porre in evidenza la peculiarità che connota il diritto d'azione arbitrale rispetto al generale diritto d'azione.

nale afferma che il potere di disposizione in materia di arbitrato è strettamente collegato al potere di azione, ma al contempo non ne costituisce aspetto o svolgimento¹⁰⁹.

A mio avviso, il riferimento alla disponibilità del diritto costituisce la grande differenza che contraddistingue l'azione arbitrale rispetto a quella statuale. Benché sia possibile individuare un'identità di struttura e di effetti tra il processo pubblico e quello privato, come dimostrano una serie nutrita di indici normativi¹¹⁰, primo fra tutti le caratteristiche della decisione finale¹¹¹, diversi sono i presupposti su cui questi giudizi poggiano.

Al fine di individuare il corretto rapporto tra il mondo processuale e quello sostanziale¹¹² all'interno del fenomeno arbitrale, è necessario soffermarsi a riflettere sul contenuto dell'azione arbitrale.

6. *L'azione arbitrale come azione "tipica". L'arbitrabilità quale possibilità giuridica dell'azione arbitrale (in nota l'inquadramento teorico del concetto di disponibilità)*

Calamandrei affermava che «[...]l'azione, prima di essere una costruzione dogmatica dei teorici, è una realtà pratica accolta dal diritto di tutti gli Stati civili, il cui ordinamento processuale non può essere

¹⁰⁹ Corte cost., 14 luglio 1977, n. 127, in *Giust. cost.*, 1977, p. 1143, con nota di ANDRIOLI.

¹¹⁰ Mi riferisco agli stessi indici rilevati dalla Suprema Corte (Cass., sez. un., ord., 25 ottobre 2013, n. 24153, cit.): l'assimilazione *in toto* dell'atto introduttivo dell'arbitrato alla domanda giudiziale; l'ampia possibilità dell'intervento di soggetti terzi e la possibilità per gli arbitri di rimettere alla Corte costituzionale una questione di legittimità costituzionale.

¹¹¹ Tale aspetto costituisce un elemento essenziale per la presente indagine, come si dirà. In questa sede preciso solo che il legislatore, parificando gli effetti del lodo a quelli della sentenza, non individua un'identità tra i due fenomeni, bensì evidenzia che possa esistere una fungibilità del loro effetto. Riprova di tale assunto, benché sotto una chiave diversa, si rinviene, nella disciplina della mediazione, ove il legislatore attribuisce all'accordo di mediazione, se sottoscritto dagli avvocati delle parti, valore di titolo esecutivo per l'espropriazione forzata.

¹¹² Giustamente Berlinguer afferma che, al di là delle correnti giurisdizionalistiche e contrattualistiche, è la connotazione bifasica dell'istituto a costituire il riferimento più certo e indiscutibile (BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri*, I, cit., p. 32).

capito per quello che è nella sua struttura positiva ed empirica, se nel descriverlo non si considera come uno dei suoi capisaldi proprio questa azione, intorno alla quale si sbizzarriscono le teorie [...]»¹¹³.

Infatti, il concetto di azione è stato al centro – e continua ad esserlo – di un ampio dibattito dottrinale¹¹⁴, tanto da spingere gli interpreti, specialmente del passato, ad affermare che non esiste alcun punto di convergenza nella dottrina sull'azione¹¹⁵.

Attualmente la letteratura processualista¹¹⁶ appare concorde nel qualificare l'azione come una posizione soggettiva¹¹⁷, distinta dal diritto sostanziale del quale si chiede la tutela¹¹⁸.

¹¹³ CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, Padova, 1941, p. 114.

¹¹⁴ Ampia è la letteratura sul punto: CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile, (1900-1930)*, I, Roma, 1930, pp. 1 ss.; FAZZALARI, *La dottrina processualistica italiana: dall'«azione» al «processo» (1864-1994)*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, pp. 911 ss.; DENTI, voce *Azione*, I) *Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, Roma, 1988, pp. 1 ss.; ORESTANO, voce *Azione in generale*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 787; LIEBMAN, *L'azione nella teoria del processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, pp. 47 ss.; MORTARA, *Commentario del codice*, cit., II, pp. 533 ss.; BETTI, *Ragione e Azione*, in *Diritto processuale civile*, I, Roma, 1936, pp. 63 ss.; GARBAGNATI, *La sostituzione processuale nel nuovo codice di procedura civile*, Milano, 1942, pp. 97 ss.

¹¹⁵ Come osserva PEKELIS, voce *Azione (teoria moderna)*, in *Noviss. Dig. It.*, II, Torino, 1938, p. 31. Sulla ragione di questo dibattito, LIEBMAN, voce *Azione (teoria moderna)* *Appendice*, in *Noviss. Dig. It.*, II, Torino, 1958, p. 46.

¹¹⁶ Come pone in evidenza G.F. RICCI, *Principi di diritto processuale generale*, cit., pp. 106 ss.; COMOGGIO, in COMOGGIO, C. FERRI, TARUFFO (a cura di), *Lezioni sul processo civile*, cit., pp. 260 ss.

¹¹⁷ Divergenze si registrano fra chi, invece, definisce l'azione come un potere (ATTARDI, *Diritto processuale civile*, I, Padova, 1999, p. 83; TAVORMINA, *Profili dell'azione di cognizione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1973, pp. 959 ss.; GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, p. 100, secondo cui l'azione è un potere, ma, per effetto del suo esercizio nasce in capo al soggetto il diritto a ottenere il provvedimento) e chi la qualifica come un diritto (CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, p. 43, ove definisce l'azione come un diritto potestativo; PROTO PISANI, *Dall'esercizio dell'azione*, in ALLORIO (a cura di), *Commentario c.p.c.*, I, 2, Torino, 1973, p. 1056; FORNACIARI, *Presupposti processuali e giudizio di merito*, Torino, 1996, pp. 96 ss. e 115 ss.; REDENTI, M. VELLANI, *Diritto processuale civile*, Milano, 2000, pp. 51 ss.).

¹¹⁸ Per lungo tempo, invece, vi era la convinzione che l'azione si ponesse come un necessario riflesso della disponibilità dei diritti soggettivi privati, sul punto ampiamente: CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di E. Redenti*, II, Milano, 1951, pp. 709 ss.; CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, I, Milano, 1962, pp. 38 ss.; CERINO CANOVA,

Si afferma¹¹⁹ che, anche «quando l'azione nasce da un diritto soggettivo preesistente, necessariamente ne reca l'impronta, perché in esso ha la radice la *causa petendi* e perché ad esso deve coordinarsi il *petitum petitionis*. L'oggetto però è diverso ed inconfondibile, perché l'azione tende al provvedimento sanzionatorio del giudice, ciò che non costituisce certamente l'oggetto del diritto primario».

Al contempo, ancora oggi, si discute sulla sua natura giuridica.

Sul punto si fronteggiano le due classiche teorie, fondate l'una sul carattere astratto dell'azione, che configura quest'ultima come il potere diretto ad ottenere il provvedimento giurisdizionale, qualsiasi esso sia¹²⁰; l'altra che le attribuisce natura concreta, intendendola come diretta non a un provvedimento qualunque, ma a un provvedimento favorevole¹²¹.

Storicamente è questa ultima interpretazione ad affermarsi per prima, grazie al pensiero di Chiovenda, Calamandrei e Allorio.

Fu, però, Redenti¹²² a delineare nel modo più incisivo una teoria concreta dell'azione, mediante l'individuazione di due distinti tratti: l'uno processuale, volto a mettere in moto la macchina della giustizia, spettante a chiunque sia titolare di un diritto soggettivo; l'altro sostanziale, configurato come un vero e proprio diritto soggettivo, pertinente soltanto a colui che abbia ragione.

La dottrina successiva, benché affascinata da questa interpretazione, preferì orientarsi verso l'idea dell'azione intesa in senso astratto.

All'interno di questo scenario che ruolo assume la tutela arbitrale¹²³?

La domanda giudiziale ed il suo contenuto, in ALLORIO (a cura di), *Commentario c.p.c.*, II, 1, Torino, 1980, pp. 119 ss.; PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, cit., p. 1059. In senso critico, invece, SATTA, *Commentario al c.p.c.*, I, p. 44.

¹¹⁹ REDENTI, M. VELLANI, *Diritto processuale civile*, cit., p. 64.

¹²⁰ Ad esempio LIEBMAN, voce *Azione*, cit., pp. 52 ss.; BETTI, *Ragione e Azione*, cit., pp. 63 ss.; FAZZALARI, *La dottrina processualistica italiana*, cit., pp. 923 ss.; ROCCO, *La sentenza civile*, Torino, 1906, pp. 31 ss.

¹²¹ CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, cit., pp. 43 ss.; CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit., p. 427 ss.

¹²² REDENTI, M. VELLANI, *Diritto processuale civile*, cit., pp. 58 ss.

¹²³ Un'analisi della c.d. azione arbitrale è appena abbozzata in BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri*, I, cit., pp. 33 ss.

La dottrina¹²⁴ è solita affermare che il patto compromissorio è in grado di incidere sul «modo di esercizio» dell'azione¹²⁵, con ciò intendendo che il contraente, con la stipula della convenzione arbitrale, non rinuncia alla tutela del proprio diritto, ma si limita a scegliere una via diversa per ottenerla. In sostanza, con la convenzione arbitrale, si esercita un c.d. diritto d'opzione, riconosciuto dalla Costituzione, verso un meccanismo differente di risoluzione dei conflitti.

Infatti, come è stato osservato¹²⁶, il patto compromissorio rappresenta l'atto di esercizio di un diritto potestativo, il diritto all'azione arbitrale¹²⁷, con il quale le parti costituiscono e rendono giuridicamente rilevanti una serie di «poteri, facoltà, oneri», che consentono loro di attuare il processo arbitrale, al fine di ottenere l'accertamento del diritto in contesa.

¹²⁴ REDENTI, voce *Compromesso*, cit., p. 789; FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, 1997, p. 34; ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, cit., pp. 58 ss.

¹²⁵ La giurisprudenza parla propriamente di una disposizione in senso negativo dell'azione. Sul punto: Corte cost., 18 dicembre 1991, n. 488, in *Riv. arb.*, 1992, pp. 247 ss., con nota di RECCHIA, "Disponibilità dell'azione in senso negativo" ed incostituzionalità dell'arbitrato obbligatorio; Corte cost., 14 luglio 1977, n. 127, in *Foro it.*, 1977, I, cc. 1849 ss., in *Giur. cost.*, 1977, p. 1114, con nota di ANDRIOLI; Corte cost., 23 febbraio 1994, n. 49, in *Riv. arb.*, 1995, pp. 477 ss., con nota di RECCHIA; BARILE, *L'arbitrato rituale e la Corte costituzionale*, in *Riv. arb.*, 1992, p. 229, che sembra avallare la teoria della disposizione dell'azione in senso giurisdizionale.

¹²⁶ Sulla natura della convenzione arbitrale si rimanda a ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale*, cit., pp. 29 ss., la quale, correttamente, non individua una coincidenza sostanziale tra l'azione giurisdizionale e l'azione arbitrale, rilevando che l'opzione per la via arbitrale non si sostanzia soltanto in una semplice modalità alternativa di esercizio dell'azione, ma è in grado di mutare la stessa essenza del processo, sostituendo alla statualità, la volontarietà dell'accertamento.

¹²⁷ Tale conclusione presuppone il mio accoglimento di una concezione dell'azione più vicina a quella del processo: infatti, condividendo la posizione di illustre dottrina (FAZZALARI, "Processo" e giurisdizione, cit., pp. 13-14; nello stesso senso: REDENTI, voce *Atti processuali civili*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, pp. 105 ss.; DENTI, voce *Azione*, cit., pp. 1 ss.), ritengo che l'azione non spetti solo alla parte che promuove il giudizio. Ciascun litigante ha una serie di poteri, facoltà, doveri assegnati proprio per realizzare, con una serie di atti, la sua partecipazione al processo e, quindi, al contraddittorio. È naturale, tuttavia, che non vi sia identità tra le due azioni, poiché esse costituiscono espressioni di due diverse posizioni giuridiche.

Mentre per far valere un proprio diritto nel processo statale è sufficiente che le parti vi diano impulso, per esercitare l'azione arbitrale, occorre ancora prima creare il relativo potere e poi darvi impulso¹²⁸. Esso può essere generato solo attraverso la stipulazione del patto compromissorio¹²⁹.

Anche in arbitrato il potere di agire delle parti non è subordinato all'esistenza del diritto¹³⁰, poiché, come è affermato, «la strumentalità del meccanismo processuale si pone in relazione [...] alla risoluzione del conflitto tramite l'accertamento di quella situazione sostanziale». Ne segue che anche nel giudizio arbitrale rileva «la mera affermazione della situazione sostanziale e non la sua effettiva sussistenza o conformazione»¹³¹. Tale assunto trova conferma nella disciplina della convenzione arbitrale: mentre nella clausola compromissoria l'affermazione del diritto è soddisfatta mediante il riferimento alle posizioni giuridiche soggettive nascenti dal contratto; nella convenzione arbitrale non contrattuale la determinazione si realizza facendo riferimento alla mera individuazione del «rapporto non contrattuale». Infine, per quanto riguarda il compromesso, l'art. 807 c.p.c. è chiaro nello stabilire che la sua nullità derivi dalla mancata individuazione dell'oggetto della controversia e non dall'inesistenza attuale del diritto.

¹²⁸ Spetterà al titolare darvi impulso mediante la proposizione della domanda d'arbitrato. Pertanto, come pone in luce la dottrina (BORGHESI, *La domanda di arbitrato*, in CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., pp. 368 ss.) non è corretto porre su piani paralleli patto compromissorio e azione. Piuttosto, il patto compromissorio rende operante tra le parti una situazione strumentale, l'arbitrato. Infatti, ciò che la legge costituisce e garantisce nell'arbitrato non è lo strumento di per sé, bensì il diritto in capo alle parti di costituire il suddetto strumento attraverso un atto di autonomia negoziale.

¹²⁹ Una volta sorto tale potere, spetterà al suo titolare esercitarlo, tramite la proposizione della domanda d'arbitrato, come pone in luce ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale*, cit., pp. 43 ss. L'a., nella sua personale ricostruzione, riconduce il patto compromissorio allo schema di produzione dell'effetto norma-fatto-effetto. È la legge a dettare la disciplina di un dato conflitto di interessi, che consiste, nella specie, nella costituzione, in capo al soggetto che ne ha bisogno, del diritto d'azione.

¹³⁰ ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale*, cit., p. 110 e in part. p. 118.

¹³¹ Ivi, p. 119.

Tuttavia, in ambito arbitrale il rapporto intercorrente tra il diritto d'azione e il diritto soggettivo assume carattere peculiare¹³², tanto da potere qualificare l'azione arbitrale come una azione non generica, ma "tipica".

Valido ausilio per comprendere tale assunto deriva dall'insegnamento di Betti¹³³.

Quest'ultimo concepisce l'azione come un diritto consistente nel potere giuridico di provocare l'attuazione giurisdizionale della legge in ordine ad una determinata ragione fatta valere. Dunque, questo autore considera l'azione come un diritto astratto, ma non generico, bensì determinato e riferito ad una fattispecie concreta, solo affermata¹³⁴.

Il rapporto esistente tra azione e diritto sostanziale sussiste anche in campo arbitrale ed anzi, in virtù della previsione dell'art. 806 c.p.c., esso assume un valore più pregnante.

Infatti, il diritto alla via arbitrale, a differenza dell'azione "tradizionale", nascendo dall'autonomia dei privati e non dalla legge¹³⁵ trova un limite insuperabile nella necessità di individuare, benché in via indiretta¹³⁶, il rapporto sostanziale su cui si andrà in-

¹³² Lo stesso Redenti afferma che il patto compromissorio non si ferma sul piano del processo, ma incide sul regime delle azioni in senso sostanziale (REDENTI, voce *Compromesso*, cit., p. 789).

¹³³ BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, I, 1936, pp. 72 ss. e in particolare p. 84, ove si legge che «l'azione è un diritto processuale, coordinato come diritto-mezzo ad una determinata ragione da fare valere in giudizio, individualizzato da tale ragione e da un interesse ad ottenere il riconoscimento mediante una pronuncia o una misura giurisdizionale [...]». La ricostruzione compiuta dall'autore si ispira a quella di PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, Milano, 1939, pp. 242 e 325 ss.

¹³⁴ In questo senso, il diritto d'azione deve dirsi indipendente dall'effettiva esistenza della concreta situazione giuridica e concepito, pertanto, astrattamente. Nella ricostruzione di Betti, l'azione è un diritto spettante nei confronti dell'avversario, BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, cit., p. 72.

¹³⁵ Come osserva ZUCCONI GALLI FONSECA, *Controversie arbitrabili*, cit., p. 9, «le situazioni inerenti al processo arbitrale, a differenza di quello statuale, non sono il prodotto che la norma collega in via diretta ad un fatto, come accade nel diritto d'azione, bensì necessitano, per la loro efficacia giuridica, di un atto di volontà che dia loro origine, rappresentato, appunto, dalla convenzione arbitrale».

¹³⁶ Sull'oggetto del patto compromissorio, a dire la verità, la dottrina non ha mai fatto chiarezza. Si è parlato di «definizione della lite» (MORTARA, *Commentario del codice*, cit., III, p. 55); «obbligazione inerente alla deroga alla giurisdizione e alla sostituzione del giudice pubblico con quello privato, con effetto costitutivo

cidere¹³⁷. Non solo le parti hanno l'obbligo di determinare a priori quale sarà l'oggetto del futuro processo arbitrale, ma è anche loro imposto che esso rientri all'interno di quei diritti ritenuti ammissibili dall'art. 806 c.p.c.¹³⁸.

Tale peculiarità induce a qualificare l'azione arbitrale come "tipica", ovvero non generica¹³⁹: malgrado il patto compromissorio non intervenga in alcun modo sul diritto sostanziale controverso, la scelta del legislatore, desumibile dall'art. 806 c.p.c., è quella di ancorare la convenzione arbitrale (da cui sorge l'azione arbitrale medesima) a una determinata situazione sostanziale sottostante, che per espressa volontà del legislatore, deve qualificarsi come disponibile¹⁴⁰.

Per tale ragione, ritengo che la disponibilità del diritto (*rectius* arbitrabilità) operi quale condizione dell'azione arbitrale e, dunque, a differenza di quanto sostenuto da altra dottrina¹⁴¹, possa qualifi-

del giudice» (CODOVILLA, *Del compromesso*, cit., p. 21); «oggetto del contratto è la creazione della giurisdizione arbitrale, ossia del mezzo per raggiungere lo scopo» (COLESANTI, *Cognizione sulla validità*, cit., p. 260).

¹³⁷ In questo senso: ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale*, cit., p. 102, specialmente nota 269. La studiosa compie questa riflessione analizzando il rapporto tra patto compromissorio e il diritto sostanziale. Tuttavia, a mio avviso, tali considerazioni possono essere utili anche ai fini della mia indagine: se è pur vero che la convenzione arbitrale è in grado di dare forma all'azione arbitrale, analizzare il rapporto tra patto compromissorio e diritto sostanziale non vuole dire altro che studiare il rapporto tra l'azione arbitrale e il diritto medesimo.

¹³⁸ REDENTI, voce *Compromesso*, cit., p. 787.

¹³⁹ Non intesa in senso romanistico, bensì come rileva BETTI, *Diritto processuale*, cit., pp. 74 ss. e in particolare p. 84, ove si legge che «l'azione è un diritto processuale, coordinato come diritto-mezzo ad una determinata ragione da fare valere in giudizio, individualizzato da tale ragione e da un interesse ad ottenere il riconoscimento mediante una pronuncia o una misura giurisdizionale [...]».

¹⁴⁰ Interessanti sono le osservazioni di LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, I, Milano, 1980, p. 133, il quale osserva che «nell'ambito stesso di quei tutti a cui, in base l'art. 24 cost., è riconosciuto il potere di agire in giudizio, vi sono coloro che non tanto possono proporre una domanda qualsiasi, ma sono titolari di un vero diritto [...]. Questo diritto è l'azione, la quale ha per garanzia costituzionale il generico potere di agire, ma per conto suo non è affatto generica, bensì fa riferimento ad una concreta fattispecie [...]». Diversamente, nell'azione arbitrale non si riscontra alcuna genericità: il potere di agire spetta unicamente a coloro che hanno stipulato il patto compromissorio e l'azione necessariamente è connessa a un diritto sostanziale disponibile.

¹⁴¹ OCCHIPINTI, *La cognizione degli arbitri sui presupposti dell'arbitrato*, Torino, 2011, pp. 34 ss., che qualifica come presupposti processuali l'esistenza di una

carsi come possibilità giuridica *sui generis*¹⁴², poiché nel processo arbitrale non basta che un determinato fatto rientri astrattamente in una categoria prevista dalla legge¹⁴³, ma è necessario che questa categoria generi una posizione giuridica disponibile.

La bontà di quanto enunciato trova conferma – come peraltro era già emerso nella ricostruzione storica delineata – nello stesso art. 806 c.p.c., che ancora la valutazione della disponibilità al diritto sostanziale e non all'azione, la quale, invece, costituisce il tramite del suo accertamento.

In questo modo, a differenza di quanto accade nel processo pubblico, la possibilità giuridica diviene requisito fondante e non elemento puramente teorico dell'azione: la sua assenza non condiziona tanto il venire in essere del processo arbitrale, bensì la sua attitudine a pervenire a una decisione nel merito. Infatti, come stabilisce l'art. 810, comma 2°, c.p.c., il requisito imprescindibile per accedere al processo arbitrale è solo la esistenza, *prima facie*, del patto compromissorio.

Detta lettura è anche consona con il concetto di disponibilità, che, come meglio identificherò, è una nozione mutevole sia nel tempo che nello spazio: il giudizio arbitrale diverrà possibile tutte le

controversia compromettibile, la qualifica del tipo di arbitrato, rituale o irrituale e la determinazione a priori del criterio di giudizio. In senso diverso, come è noto, SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, p. 25, che ritiene che l'arbitrato abbia un solo presupposto, il compromesso e che le sue condizioni di validità o di esistenza appartengono al diritto privato. Sul punto si rinvia anche a BERNHEIM, DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, Bruxelles, 2012, p. 162, ove si legge «*La convention d'arbitrage engendre deux types d'effets: la compétence de l'arbitre, d'une part, et l'incompétence des juridictions étatiques pour trancher le litige, d'autre part*».

¹⁴² BELLAVITIS, *L'identificazione delle azioni*, Venezia, 1924, pp. 90 ss.; INVREA, *Possibilità giuridica e legittimazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1939, p. 313; LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, I, Milano, 1957, p. 54, che ne fa oggetto di una autonoma considerazione; posizione, però superata, in *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1980, pp. 135-140.

¹⁴³ CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit., I, pp. 161 ss. e ancora prima p. 60, ove evidenzia che l'assenza «di una volontà di legge che garantisca ad alcuno un bene obbligando il convenuto ad una prestazione» determina che l'attore non potrà più agire, a meno che non provi «che la volontà di legge, che prima non era, è sorta in base a un nuovo fatto». Calando l'assunto nel processo arbitrale, la domanda arbitrale sarà riproponibile solo qualora il diritto sia divenuto disponibile.

volte in cui una nuova valutazione del fatto consenta il sorgere di una diversa "volontà di legge"¹⁴⁴.

Ed ancora.

Se, come credo, il concetto di disponibilità deve essere legato al diritto e il vaglio dell'esistenza di tale elemento deve essere svolto, da ultimo, al momento della decisione, l'eventuale mutamento della qualificazione della posizione giuridica soggettiva operata dal giudicante nel corso del processo, rispetto a quella prospettata al momento della proposizione della domanda, si ripercuote sulla valutazione relativa alla compromettibilità del diritto. A una diversa conclusione si potrebbe pervenire solo qualora si considerasse l'arbitrabilità, come reputano alcuni interpreti inglesi¹⁴⁵, un *jurisdictional requirement*¹⁴⁶. In questo caso la sua mancanza non inciderebbe

¹⁴⁴ Non si tratta di una possibilità meramente teorica, come dimostra l'ampia evoluzione che ha contraddistinto l'ambito delle liti di famiglie e quelle di lavoro. Si rimanda a quanto si dirà nella seconda parte.

¹⁴⁵ Nell'ordinamento inglese le limitazioni all'arbitrabilità dei diritti trovano fondamento su ragioni di *public policy*. In linea generale risultano arbitrabili nell'ordinamento inglese tutte le controversie di carattere privatistico; non invece le controversie che presentino «*element of public interest*» o coinvolgano la «*public law*». Per tale ragione sono compromettibili le dispute in materia di *tort law*, mentre sono escluse quelle relative alla *criminal law*. Sono altresì esclusi dall'area della compromettibilità i diritti inalienabili. Sul punto ampiamente: MISTELIS, *Arbitrability - International and comparative perspectives. Is arbitrability a National or a International law issue?*, in MISTELIS, BREKOUKAKIS (a cura di), *Arbitrability*, Alphen aan den Rijn, 2009, pp. 1 ss.; YOUSSEF, *The death of inarbitrability*, in *Arbitrability*, cit., pp. 47 ss.

¹⁴⁶ Si legge «[...] *Arbitrability is a condition precedent for the tribunal to assume jurisdiction over a particular disputes (a jurisdictional requirement), rather than a condition of validity of an arbitration agreement (contractual requirement)*». Come osserva BREKOUKAKIS, *On arbitration: persisting misconceptions and new areas of concern*, in *Arbitrability*, cit., p. 39 (e, ancora prima, LEW, MISTELIS, KRÖLL, *Comparative international commercial arbitration*, The Hague, 2003, pp. 187 ss.). A tale conclusione gli interpreti giungono sulla base di un duplice percorso: da una parte, valorizzando la natura della convenzione arbitrale, non ascrivibile al catalogo dei «contratti ordinari», si esclude che i suoi presupposti possano essere valutati in chiave prettamente negoziale; dall'altra parte, invece, si osserva che l'eventuale non arbitrabilità di una controversia, esclude per ciò stesso la possibilità di deferire agli arbitri eventuali diverse dispute sulla base del medesimo accordo arbitrale. Osserva, infatti, Brekoulakis «*For example, an arbitration agreement in a contract for the licensing of a patent providing that "any dispute arising out of this contract will be referred to arbitration", would not provide for a non-arbitrable subject matter per se, and thus it could never be held as null or void from the outset. If, however, a*

sulla validità della convenzione arbitrale, ma si tradurrebbe in una mera carenza di competenza a decidere in capo ai giudici privati. Qualora si accogliesse una simile interpretazione, l'eventuale modifica della qualificazione giuridica del diritto che entra in gioco non potrebbe incidere sulla valutazione del giudicante, che è chiamato a constatare la propria competenza al momento dell'instaurazione del giudizio arbitrale.

In sintesi. La disponibilità del diritto sostanziale opera come condizione del processo arbitrale: la sua mancanza rende inammissibile la domanda, cioè impedisce all'arbitro di entrare a esaminare il merito. Per siffatto motivo si parla di inesistenza del lodo¹⁴⁷ – rilevabile a prescindere dalla sua acquisita immutabilità¹⁴⁸ –, che, a sua volta,

specific dispute arose out of this contract, which touched upon issues of ownership and validity of the patent, the tribunal would probably decline jurisdiction over the specific dispute. However, the particular arbitration agreement would remain valid and active and, if another dispute, relating to the licensing contract this time arose between the same parties, the tribunal would have no difficulties to confirm its jurisdiction over the licensing dispute».

¹⁴⁷ LUISO, *Le impugnazioni del lodo dopo la riforma*, in *Riv. arb.*, 1995, p. 16; CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2012, pp. 552-553; NELA, *Casi di nullità*, in CHIARLONI (diretto da), *Le recenti riforme del processo civile*, II, Bologna, 2007, p. 1869; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Mezzi di impugnazione*, in CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., p. 780; in giurisprudenza si vedano ad esempio: Cass., 19 maggio 1986, n. 3333, in *Rep. Foro it.*, 1986, voce *Arbitrato*, n. 100; Cass., 24 settembre 1982, n. 4934, ivi, 1982, voce *Arbitrato*, n. 102; in senso difforme: Cass., 7 febbraio 1963, n. 194, in *Foro it.*, 1963, I, c. 948 e ivi, 1964, I, c. 678, con nota di TEDESCHI, che, invece, sostiene l'assorbimento nei motivi di nullità. Abbracciano questa tesi anche: F. AULETTA, *Efficacia del lodo*, in MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., pp. 422 ss.; ANDRIOLI, *Commento al c.p.c.* IV, cit., p. 910; TEDESCHI, *Nullità o inesistenza del lodo arbitrale pronunciato in controversie non compromettibili*, in *Foro it.*, 1964, cc. 678 ss.; VOCINO, *Inesistenza del compromesso e sentenza arbitrale*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, II, Padova, 1950, pp. 643 ss.; BERLINGUER, *La compromettibilità in arbitri*, I, cit., pp. 117 ss.; TOMMASEO, *Le impugnazioni del lodo arbitrale nella riforma dell'arbitrato (d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40)*, in *Riv. arb.*, 2007, p. 215, nota 53. Sul punto, cfr. par. 5, cap. II, sez. II, prima parte.

¹⁴⁸ Il testo normativo (art. 817, comma 2°, c.p.c.) non offre, in verità, indici in favore o contro la sopravvivenza del vizio oltre l'impugnazione: esso si limita ad affermare che l'inarbitrabilità deve essere sollevata per la prima volta con l'impugnazione per nullità, senza necessità di rilevarla nel corso del processo arbitrale, ma non dice se la questione possa essere sollevata con una autonoma azione dopo la scadenza del termine per impugnare. Nonostante che il vizio rientri nel n. 1 dell'art. 829 c.p.c. non ritengo che un siffatto lodo possa essere tollerato all'interno del no-

è diretta conseguenza dell'inesistenza della convenzione arbitrale e, in ultima analisi, della stessa azione, poiché, benché il diritto sostanziale costituisca un presupposto esterno¹⁴⁹ alla causa e all'oggetto del patto compromissorio, è requisito indispensabile, per espressa previsione di legge, per pervenire a una pronuncia sul merito.

In tale senso è possibile parlare di "tipicità" dell'azione arbitrale: il nesso di coordinamento strumentale e teologico che unisce il processo arbitrale all'accertamento del diritto è subordinato, per

stro ordinamento, come osserva chiaramente LUDOVICI, *Il lodo (rituale) inesistente nell'ordinamento processual-civilistico italiano: una figura sospesa tra mito giuridico e realtà normativa*, in *Riv. arb.*, 2012, pp. 587-588. Sul punto rimando, tuttavia, a quanto si dirà nel cap. II.

¹⁴⁹ La riprova di tale assunto deriva dal fatto che l'azione privata non determina alcuna rinuncia alla pretesa sostanziale dedotta in giudizio, a differenza di quanto, invece, accade in altri fenomeni. Nonostante ciò gli interpreti sia del passato che recenti tendono ad adottare l'art. 1966 c.c. come punto di riferimento per la definizione del concetto disponibilità valevole in campo arbitrale, determinando, quindi, un'ingiustificata identificazione tra il potere dispositivo richiesto ai fini del negozio transattivo e quello necessario per devolvere una controversia al giudizio di arbitri. Tale opzione ermeneutica deriva dalla diretta assimilazione della convenzione arbitrale alla transazione, come contratto direttamente dispositivo. Come è noto (CARIOTA FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui*, rist., Napoli, 2011 (1936), pp. 17 ss.), è possibile distinguere un potere di disposizione in senso ampio (in questo senso si rimanda alla disamina di SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1975, pp. 21 ss.; L. FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, 1959, p. 224, che afferma che autonomia privata e potere di disposizione sono il medesimo concetto; CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile. Processo di esecuzione*, II, Padova, 1932, p. 176; GITTI, *L'oggetto della transazione*, Milano, 1999, pp. 263 ss.) da un potere di disposizione in senso stretto (PUGLIATTI, *L'atto di disposizione e il trasferimento dei diritti*, in *Saggi di diritto civile*, Milano, 1951, pp. 165 ss.; ID., *Considerazioni sul potere di disposizione*, in *Riv. dir. comm.*, 1940, pp. 33 ss., specialmente p. 38; LENER, voce *Potere (diritto privato)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXXIV, Milano, 1985, pp. 919 ss.; PALMIERI, *Transazione e rapporti eterodeterminati*, Milano, 2000, pp. 318 ss.). Il potere dispositivo inteso nella prima accezione attiene alla generale funzione del negozio giuridico, come autoregolamentazione dei rapporti giuridici diretto alla costituzione, modificazione ed estinzione di situazioni sostanziali. Diversamente, il secondo concetto di potere di disposizione riguarda la categoria dei negozi giuridici cc.dd. dispositivi, contrapposti ai negozi obbligatori e ai negozi meramente attributivi di diritti: mentre i primi pongono in essere una modificazione o una estinzione della situazione sostanziale sottostante, tale da comportare una diminuzione patrimoniale, i secondi, tra cui rientra anche i negozi di accertamento, costituiscono in capo al soggetto un mero dovere di comportamento, cosicché è improprio parlare in relazione a questi ultimi di una vera e propria diminuzione. Pertanto, in questa ultima accezione, il potere di disposizione non è altro che espressione di una mera modifica di una situazione preesistente.

volontà normativa, non solo all'esistenza di una convenzione arbitrale, fonte legittimante della relativa azione, ma anche al fatto che quest'ultima sia finalizzata all'affermazione di un diritto sostanziale disponibile¹⁵⁰. La "tipicità" non deve essere intesa in senso romanistico¹⁵¹, bensì come criterio idoneo a limitare il campo di esperibilità dell'azione arbitrale; ciò vuol dire che qualora l'elaborazione giurisprudenziale porti alla luce nuovi diritti, il loro accertamento potrà essere devoluto al giudizio degli arbitri solo nel caso in cui si tratti di posizioni giuridiche soggettive disponibili.

Questo meccanismo, invece, non opera nel processo giurisdizionale: l'azione statuale è correttamente esperita se diretta alla tutela di un qualsivoglia diritto.

In altri termini, nell'azione arbitrale convivono due profili: uno processuale e uno sostanziale.

Se da una parte essa può essere esperita da tutti coloro che hanno stipulato la convenzione arbitrale, dall'altra, può essere esercitata, in modo ammissibile, solo se volta alla tutela di un diritto disponibile.

Per siffatto motivo non è consentito, come già sopra accennato, accogliere un concetto esclusivamente "processuale" dell'arbitrabilità del diritto, ma è necessario trovare un anello di congiunzione tra il mondo processuale e quello sostanziale.

Al contempo, le riflessioni contenute nel paragrafo precedente invitano l'interprete a delineare un concetto di diritto disponibile tenendo conto del suo operare all'interno del processo. Infatti, come rileva la dottrina¹⁵², il concetto di disponibilità (e viceversa quello di

¹⁵⁰ FAZZALARI, *La dottrina processualistica italiana*, cit. p. 923, secondo cui la situazione sostanziale fino a quando non indossa la veste somministrata dal riconoscimento da parte del giudice è un mero *topos* argomentativo e, quindi, non l'essenza e l'anima del processo.

¹⁵¹ Sul punto PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, cit., p. 245, osserva che la tipicità delle *actiones* non è altro che il riflesso della tipicità dei diritti.

¹⁵² In questo senso RUSSO, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, pp. 575 ss., il quale parla di gradualità del concetto di disponibilità. E anche: CATERINI, *Disponibilità ed indisponibilità nell'arbitrato*, CATERINI CHIAPPETTA (a cura di), in *L'arbitrato*, cit., p. 112, che qualifica la disponibilità come «il risultato della interpretazione sistematica e assiologia in ragione della funzione pratica-giuridica dell'atto (o complesso di atti) e in considerazione del rapporto iniziale su cui s'incide in una dimensione dinamica e procedimentale».

indisponibilità) non è determinabile *a priori*, ma è relativo e flessibile, a seconda del contenitore in cui esso si trova ad operare.

La convenzione arbitrale, da cui trova fondamento la relativa azione, è un fenomeno che, pur nascendo al di fuori del processo, produce diretti effetti sul medesimo¹⁵³; pertanto sarebbe limitativo considerare il concetto di disponibilità/indisponibilità nei medesimi termini con cui si intende tale nozione nell'autonomia negoziale.

Inoltre, una ricostruzione della nozione di disponibilità sganciata dal luogo in cui opera e dal fine a cui è indirizzata non avrebbe alcuna effettiva rilevanza pratica, come dimostrano gli ampi studi compiuti in questo settore¹⁵⁴.

¹⁵³ Come rileva attenta dottrina (PANUCCIO, voce *Confessione (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, VIII, Roma, 1988, p. 6) si può definire processuale quel fenomeno che produce effetti sul processo, costituendo, modificando, estinguendo diritti, oneri, poteri, doveri, aspettative, in genere situazioni giuridiche dei soggetti processuali. Pertanto si possono distinguere tre classi di fenomeni processuali: la prima è costituita dai fatti del processo e che producono effetti sul processo; la seconda si riferisce a fenomeni che avvengono fuori dal processo e hanno effetti sul processo; ed infine la terza riguarda fenomeni che avvengono nel processo ma hanno effetti al di fuori.

¹⁵⁴ Analizzare il concetto di indisponibilità del diritto vuole dire cimentarsi nell'analisi dei due profili che costituiscono il termine stesso, quello soggettivo, e cioè la capacità di disposizione e quello oggettivo, la natura del diritto, come prevede l'art. 1966 c.c., primo e secondo comma (a tale proposito NEGRO, *Lineamenti di un trattato dell'indisponibilità giuridica*, Padova, 1957, pp. 55 ss., ritiene necessario rinominare l'indisponibilità oggettiva come "inalienabilità", mentre il termine "indisponibilità" rimane con riferimento al problema della legittimazione). Il vero problema che l'interprete deve affrontare è quello di ricostruire una adeguata definizione di indisponibilità, assente nel nostro ordinamento. Dall'analisi della disciplina normativa sia sostanziale sia processuale emerge che il termine "indisponibilità" è destinato a qualificare fenomeni di varia natura e tra loro non omogenei, come per esempio, la inalienabilità (LUCARELI, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970, pp. 214 ss., secondo cui l'indisponibilità esprime l'ostacolo giuridico alla modificazione soggettiva»; FUNAIOLI, voce *Divieto di alienazione (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XIII, 1964, p. 401. In senso critico, *ex multis*, SPINELLI, *Il negozio di destinazione alla liquidazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1960, pp. 85 ss.), la cedibilità, la incommerciabilità (BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in VASSALLI (diretto da), *Trattato di dir. civ. it.*, XV, 2, rist. 2ª ed., Torino, 1960, p. 378, secondo cui l'indisponibilità è l'inedoneità del bene o dell'interesse su cui l'atto si compie, in sé e per sé considerato, a costituire oggetto della situazione giuridica divisata dalle parti. Sul punto sono critici REALMONTE, MAGRÌ, voce *Indisponibilità (Agg.)*, in *Enc. giur. Treccani*, III, Milano, 1999, p. 686), la irrinunciabilità, la intransigibilità, la inarbitrabilità, la impignorabilità, la insequestrabilità. Per tale ra-

gione è stato evidenziato che la «fenomenologia della indisponibilità risulta molto varia anche a causa della grande capacità di astrazione riconosciuta dai giuristi alla nozione» (FRANCARIO, voce *Indisponibilità (vincolo di)*, in *Enc. giur. Treccani*, XVI, Roma, 1989, p. 1). Numerose sono, quindi, le definizioni che sono state offerte della stessa. CASSESE (CASSESE, *I beni pubblici*, Milano, 1969, p. 106) definisce la indisponibilità come «un mero rilievo di fatto, una sintesi verbale operata dalla dottrina sull'effetto, dipendente da altri principi che possano limitare la disposizione dei beni [...]»; FERRARA (FERRARA, *Il potere di disposizione*, Napoli, 1937, p. 6) identifica il potere di disposizione con il concetto di signoria in «senso largo»; NEGRO (NEGRO, *Lineamenti*, cit., p. 3) afferma che quando si pone il problema della indisponibilità giuridica «si pone necessariamente il problema dell'essenza del dominio»; e, infine Palmieri (PALMIERI, *Transazione e rapporti eterodeterminati*, cit., p. 322) rileva che l'indisponibilità identifica la «qualità di specifiche situazioni giuridiche soggettive». L'impossibilità di una univoca definizione trova conferma nella sua vaghezza (BERLINGUER, *Arbitrato, arbitrati e autonomia privata*, in GABRIELLI, LUISO (a cura di), *I contratti di composizione delle liti*, Torino, 2005, pp. 732 ss.), legato al carattere prioritario che in un dato momento storico si attribuisce ad alcuni diritti sulla base di una valutazione solo in parte di ordine giuridico e assai spesso di matrice politica e sociale (CATERINI, *Disponibilità ed indisponibilità nell'arbitrato*, cit., p. 112). Gli studiosi che si sono cimentati nel definire il concetto di indisponibilità del diritto hanno per lo più cercato di individuarne un referente positivo. Tale operazione ha condotto alcuni a identificare tale elemento nell'idoneità del bene a costituire oggetto dell'atto di disposizione (BETTI, *Teoria del negozio*, cit., p. 238; FUNAIOLI, voce *Divieto di alienazione*, cit., p. 402. Per quanto concerne l'atto di disposizione si deve specificare che si tratta di una categoria elaborata soprattutto nella dottrina tedesca, in contrapposizione con l'atto obbligatorio, che comporterebbe solo indirettamente una diminuzione del patrimonio del contraente. Il concetto di atto di disposizione ha suscitato le perplessità della dottrina italiana con riguardo all'inquadramento dei contratti cc.dd. reali. Si rimanda all'ampia disamina di MENGONI, REALMONTE, voce *Disposizione. Atto di disposizione*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 189; NEGRO, *Lineamenti*, cit., p. 26, che definisce l'atto di disposizione come quell'atto in virtù del quale il diritto esce in tutto o in parte dalla titolarità del soggetto. L'a. ritiene che al concetto puro di atto di disposizione sia del tutto estranea la nozione del trasferimento. Sul punto anche ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale*, cit., pp. 293 ss.), oppure nella legittimazione (NEGRO, *Lineamenti*, cit., pp. 85 ss., il quale afferma che l'indisponibilità giuridica costituisce un fenomeno di mancanza di legittimazione ad agire (di disporre), benché egli concluda che il problema della indisponibilità giuridica sia prettamente sostanziale. *Contra*: L. FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, 1959, p. 228, secondo cui mentre il potere di disposizione è «la quantità di autonomia privata che uno, in determinate circostanze, può esercitare validamente, la legittimazione potrebbe [...] stare ad indicare una quantità di autonomia privata che uno, in circostanze egualmente determinate, può esercitare lecitamente») oppure nella capacità di agire (in questo senso CHIOVENDA, *Sulla natura giuridica dell'espropriazione forzata*, in *Saggi di diritto processuale civile*, 1894-1937, II, Milano, 1993 (rist.), p. 460. In senso critico PUGLIATTI, *Considerazioni sul potere di disposizione*, in *Riv. dir. comm.*, 1940, I, pp. 534 ss.; CARIO-

TA FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui*, cit., pp. 34 ss., anche se, è opportuno specificare, come rileva giustamente Pugliatti, che nelle sue prime opere l'autore ha ritenuto che fosse la capacità giuridica la fonte del potere di disposizione; CARRARO, *Il mandato ad alienare*, Padova, 1983, pp. 48 ss.), o, infine, nel potere di disposizione, nella cui carenza o limitazione parrebbe risiedere l'essenza del fenomeno in esame (il concetto è stato oggetto di varie ricostruzioni da parte della dottrina: PUGLIATTI, *L'atto di disposizione*, cit., pp. 5 ss., secondo cui l'atto di disposizione è composto da due elementi: una facoltà o potere di disposizione e una concreta manifestazione di volontà. Il potere di disposizione non esiste nella realtà giuridica ma deriva dalla giustapposizione di due concetti eterogenei, uno subbiettivo, e cioè la facoltà attiva di disposizione, che rimane inglobata nella capacità di agire e l'altro oggettivo, e cioè la capacità passiva di disposizione, che costituisce qualità intrinseca del diritto soggettivo. I due elementi indicati sono delle entità a riposo che acquistano movimento solo con l'intervento della concreta manifestazione di volontà. Quest'ultima, a sua volta, è costituita da due componenti, una materiale, che è la volontà del contenuto e l'altra formale, che è l'atto o momento della decisione. La prima costituisce la materia della manifestazione volitiva, la seconda, invece, è il principio genetico della manifestazione di volontà; CARIOTA FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui*, cit., p. 37, il quale identifica il potere di disposizione nella relazione intercorrente tra un dato soggetto e un dato patrimonio; GORLA, *L'atto di disposizione di diritti*, Perugia, 1936, p. 7, secondo cui la facoltà di disposizione è il potere di incidere sopra questo stesso in qualsivoglia maniera; SANTORO, PASSARELLI, *L'accertamento negoziale e la transazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1956, pp. 5 ss.; FERRARA, *Il potere di disposizione*, cit., pp. 5 ss., in particolare p. 25, ove afferma che il potere di disposizione si estende «fin dove incontra limiti nella legge o nel diritto dei terzi» e in particolare p. 35; ROMANO, *Gli ordinamenti giuridici privati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955, p. 308, il quale parla dell'autonomia privata come di «potere di dispositivo» conferito al privato dall'ordinamento giuridico statale; MOTTO, *Controversie arbitrabili*, cit., pp. 474 ss.). Tale potere, secondo la tesi accolta dalla maggioranza della dottrina (FERRARA, *Il potere di disposizione*, cit., p. 25; PUGLIATTI, *L'atto di disposizione*, cit., pp. 10 ss.; CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, II, cit., pp. 176 ss.; mi pare anche SANTI ROMANO, *Poteri, potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983, pp. 196 ss.), attribuisce alla persona di influire con la sua volontà sulla tutela dell'interesse. Diversamente ritengono che la facoltà di disposizione sia una entità giuridica a sé stante distinta dal diritto subbiettivo a cui si riferisce, come già affermava Thon (THON, *Rechtsnorm und subjectives Recht*, Weimar, 1878, pp. 325 ss., che, utilizzando la metafora della pietra e della forza che imprime ad essa lo slancio, afferma che come tale forza è un *quid* estraneo alla pietra, così la forza che trasmette il diritto non può essere un suo elemento, ma deve risiedere al di fuori): CARIOTA FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui*, cit., pp. 48 ss.; CHIOVENDA, *Sulla natura giuridica dell'espropriazione forzata*, cit., p. 460; *contra* ALLORIO, *Per una teoria dell'oggetto dell'accertamento giudiziale*, in *Scritti in onore di Rovelli*, Milano, 1955, pp. 154 ss. Questa ricostruzione trova fondamento nel fatto che il soggetto titolare del diritto soggettivo lo trasferisce legittimamente in virtù del rapporto di appartenenza del patrimonio al suddetto soggetto, che conferisce rilevanza o legittimità, al negozio che egli compie sul patri-

monio. Conseguentemente il potere di disposizione diviene una mera possibilità di fatto, derivante dal principio di autonomia privata, al quale, in definitiva, tende a sovrapporsi (cfr. anche AZZARITI, SCARPELLO, *sub* art. 2934 c.c., in SCALOJA- BRANCA (a cura di) *Commentario del c.c.*, IV, 1964, Bologna-Roma, p. 205). Benché appaia convincente la tesi che individua nel c.d. potere di disposizione l'elemento qualificante del concetto in esame, la sua identificazione con il concetto di autonomia privata (RUSSO, *Norma imperativa*, cit., p. 580), a mio avviso, non è in grado di definire correttamente il fenomeno, in considerazione della sua enorme capacità astrattiva. Pertanto, ritengo più opportuno qualificarlo come una «qualità» di determinati diritti (PALMIERI, *Transazione e rapporti eterodeterminati*, cit., p. 322; SMURAGLIA, *Indisponibilità e inderogabilità: il sistema positivo*, in SANSEVERINO, MAZZONI (diretto da) *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, Padova, 1971, p. 725), divenendo, quindi, fondamentale spostare l'analisi su quali siano le situazioni giuridiche soggettive che godono di tale specifica caratteristica. Tuttavia tale indagine, oltre a non essere affatto semplice, non è in grado di produrre risultati concreti. Il dato normativo distingue semplicemente una indisponibilità per natura da una indisponibilità per legge (art. 1966 c.c.), senza offrire alcuna ulteriore indicazione. Come è evidente il vero problema esegetico è costituito dalla individuazione della c.d. indisponibilità per natura. Numerose sono le interpretazioni che si sono sviluppate. L'opzione ermeneutica tradizionale annovera nella categoria dei diritti indisponibili per natura sia i cc.dd. «diritti personali o personalissimi» sia i diritti di stato, sia quei diritti che, pur avendo un contenuto patrimoniale, sono connessi alla persona in ragione del fine che gli stessi tutelano (ampia è la letteratura sul punto: DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in CICU, MESSINEO (diretto da), *Trattato di dir. civ. e comm.*, IV, Milano, 1982 (seconda ed.), *passim*; ZENCOVICH, voce *Personalità (diritti della)*, in *Dig., sez. civ.*, II, 1995, pp. 430 ss.; ID., *I diritti della personalità dopo la legge sulla tutela dei dati personali*, in *Studium iuris*, 1997, pp. 466 ss.; MESSINETTI, voce *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, pp. 371 ss.; ID., *Diritti fondamentali e categoria civilistiche*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, pp. 416 ss.; P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, pp. 190 ss.; RESCIGNO, voce *Personalità (diritti della)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, Milano, 1983, pp. 355 ss.; DOGLIOTTI, *Le persone fisiche*, in RESCIGNO (diretto da), *Tratt. dir. priv.*, II, Torino, 1982, pp. 3 ss.; G.B. FERRI, *Oggetto del diritto della personalità e danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. comm.*, 1984, pp. 137 ss.; LIPARI, *Spunti problematici in tema di soggettività giuridica*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1988, pp. 641 ss.; ID., *Diritti fondamentali e categoria civilistiche*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, pp. 411 ss.; DE-GNI, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, Torino, 1939, pp. 200 ss.; RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005, *passim*. Con riferimento ai diritti della personalità una parte degli interpreti ha preferito parlare di diritti inseparabili, poiché si tratta di posizioni giuridiche di cui l'individuo deve necessariamente godere per l'affermazione del suo essere; diversamente di diritti inalienabili per natura con riguardo ai diritti connessi alla persona in ragione del fine che perseguono, NEGRO, *Lineamenti*, cit., pp. 75 ss.; NICOLUSSI, voce *Autonomia privata e diritti della personalità*, in *Enc. dir. Annali*, IV, Roma, 2011, pp. 133 ss.). Inoltre, nella categoria dei diritti che la legge sottrae alla disponibilità dei privati, la dottrina tradizionale riconduce i diritti aventi natura più squisitamente patrimoniale, come

Partendo da tale presupposto, mi pare più utile verificare se nel mondo del diritto vi siano altri istituti ove la nozione di disponibilità, riconducibile al mondo sostanziale, produca effetti all'interno del processo.

7. *La mia opinione: negazione di un concetto di disponibilità proprio dell'autonomia negoziale e accoglimento della nozione fatta propria dal giuramento e dalla confessione*

Come sopra enunciato, il potere dispositivo che caratterizza il fenomeno arbitrale non è volto alla costituzione, né alla modifica, né all'estinzione di un rapporto giuridico inteso ai sensi dell'art. 1321 c.c.¹⁵⁵, ma è indirizzato all'accertamento del modo di essere di un rapporto attraverso l'operare del meccanismo processuale.

quelli sottesi al rapporto societario, quelli relativi e connessi ai diritti reali (*contra* PAPA MALATESTA, *Arbitrabilità delle controversie in materia di antitrust*, in *Dir. fall.*, 2000, p. 1017; COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1915, pp. 247 ss.). Una parte degli autori annoverava in una posizione intermedia, i cc.dd. «diritti di supremazia della pubblica amministrazione», in virtù della posizione di supremazia attribuita alla p.a. nei contratti di diritto pubblico (NEGRO, *Lineamenti*, cit., pp. 78 ss.; VALSECCHI, *Gioco e scommessa. Transazione*, in CICU-MESSINEO (diretto da), *Tratt. dir. civ. e comm.*, Milano, 1954, pp. 268 ss.). Altra opzione interpretativa, invece, individua nella sanzione della nullità il criterio unificante di tutte le situazioni soggettive sottratte alla disponibilità privata; (CECCHIELLA, *Il contratto di arbitrato*, cit., p. 23, *contra*, BERLINGUER, *Arbitrato, arbitrati e autonomia contrattuale*, cit., pp. 734 ss., secondo cui non vi è neppure corrispondenza tra indisponibilità e imprescrittibilità del diritto e cita a tale proposito l'esempio delle azioni riguardanti la filiazione, che pur rivestendo posizioni soggettive indisponibili, sono soggette a termini di prescrizione e decadenza). Infine, l'impossibilità di individuare un criterio descrittivo univoco ha portato una parte della dottrina (BERLINGUER, *Arbitrato, arbitrati e autonomia contrattuale*, cit., p. 740) a evidenziare che l'indisponibilità, svolge una funzione strumentale proiettata verso «il presidio, in ogni ambito del diritto privato, dei limiti tradizionali all'autonomia negoziale, costituiti appunto dai principi di ordine pubblico, dei canoni del buon costume, dagli interessi protetti da norme giuridiche».

¹⁵⁵ In senso difforme: LUISO, *Diritto processuale civile*, V, Milano, 2017, pp. 118 e 119, che afferma «[...] Per quanto riguarda l'arbitrabilità della controversia, sembra chiaro che [...] è rilevante [il] potere negoziale: cioè [il] potere di darsi regole di condotta, che l'ordinamento recepisce e garantisce come vincolanti [...]».

È stato osservato¹⁵⁶ che l'arbitrato costituisce, modifica o estingue un rapporto giuridico non più di quanto lo faccia un provvedimento giudiziale statuale. La certezza giuridica a cui mira il fenomeno arbitrale non può essere oggetto tecnicamente possibile di un contratto, in quanto la volontà del singolo non può, per definizione, né creare, né modificare, né estinguere tale certezza¹⁵⁷.

A dire il vero, l'ordinamento giuridico attribuisce alle parti la facoltà di dare origine alla "certezza": mi riferisco alla possibilità di concludere un contratto di accertamento¹⁵⁸.

¹⁵⁶ FURNO, *Appunti in tema di arbitrato e di arbitro*, in *Annali della facoltà di giurisprudenza di Perugia*, 1949/1950, p. 324, ove osserva «[...] l'attività del terzo, arbitratore o arbitro, non è mai un'attività di contenuto volitivo o normativo, ma bensì di contenuto meramente logico o conoscitivo: un atto di scienza dell'intelletto, non un atto di volontà; un giudizio, tecnico o giuridico, secondo i casi, e non mai un negozio».

¹⁵⁷ FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, Milano, 1993, pp. 77 e 95 e 96, che ritiene che sia il processo la sede giuridica propria dell'incertezza. Egli afferma: «[...] se quindi è vero che fuori e prima del processo l'incertezza non può, né intesa in senso soggettivo né intesa in senso oggettivo, avere alcuna rilevanza [...], ciò importa che fuori e prima del processo non può neppure porsi il problema dell'eliminazione del *quid* (l'incertezza) che ancora non sussiste, mentre invece si può porre e risolvere l'altro problema, quello di fornire certezza e sicurezza – e cioè una prima forma di tutela preventiva –, ai rapporti e alle situazioni di diritto sostanziale». L'autore riconosce anche che il problema della certezza si pone anche con riferimento alla prova.

¹⁵⁸ La giurisprudenza è concorde nel riconoscere all'autonomia privata, oltre al potere di disporre, anche quello di conferire certezza ad un precedente rapporto ed approfondisce particolarmente la necessità di un collegamento funzionale con il precedente rapporto da accertare (*ex multis*: Cass., 5 giugno 1997, n. 4994, in *Foro it.*, 1997, I, c. 2456, con nota di BRUNETTI; Cass., 23 marzo 1996, n. 2611, in *Rep. Foro it.*, 1996, voce *Contratti in genere*, n. 208; Cass., 10 gennaio 1983, n. 161, in *Giur. it.*, 1983, I, cc. 710 ss.). In dottrina, invece, si rinvencono posizioni contrastanti: alcuni autori negano che la funzione di accertamento possa rientrare nell'autonomia negoziale, dato che il contratto deve avere effetti dispositivi, effetti che rimarrebbero estranei ad una attività di mero accertamento, come tale riservata al giudice (si rimanda a FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, cit., passim; SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, cit., passim). Questa esegesi non è condivisa dalla maggiore parte degli interpreti (GIORGIANI, voce *Accertamento (negozio di)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, pp. 229 ss.; FALZEA, voce *Accertamento (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 214; MINERVINI, *Il problema dell'individuazione del negozio di accertamento*, in *Riv. dir. proc.*, 1986, pp. 581 ss.), i quali, però, non trovano un accordo sulla natura giuridica del negozio in questione. Per alcuni ha carattere dichiarativo (STOLFI, *Natura giuridica del negozio di accertamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1933, p. 136; CARRIOTA FERRARA, *Il negozio giuri-*

Nonostante ciò, reputo che sia confermata l'esegesi enunciata, poiché la "certezza" a cui mira il negozio di accertamento ha una natura diversa rispetto a quella propria della decisione arbitrale.

Mentre nel contratto di accertamento le parti possono anche convenire¹⁵⁹ quale sia la "certezza"¹⁶⁰, nell'arbitrato ciò non avviene, poiché la sua definizione si realizza attraverso il giudizio di un soggetto terzo. Per siffatta ragione, mentre l'accertamento arbitrale preclude l'esercizio dell'azione giurisdizionale¹⁶¹, l'accertamento negoziale consente comunque alle parti di rivolgersi al giudice statuale¹⁶². In altri termini, si passa da un piano soggettivo a uno oggettivo.

dico, nel diritto privato, Napoli, s.d., p. 293) per altri natura costitutiva, poiché l'unico modo che hanno i privati di eliminare l'incertezza è quello di incidere sul rapporto preesistente per renderlo chiaro (CORRADO, *Il negozio di accertamento*, Torino, 1942, pp. 94 ss; SEGNI, *Natura della transazione e disciplina dell'errore e della risoluzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, pp. 262 ss.).

¹⁵⁹ Non è mia intenzione equiparare il negozio di accertamento alla transazione, in quanto si tratta di due istituti che presentano una differenza non solo quantitativa ma anche qualitativa: mentre la transazione è caratterizzata dalle reciproche concessioni, nel negozio di accertamento, la dichiarazione si presenta come diretta solo alla fissazione e cristallizzazione di un fatto o di un rapporto in un certo senso. Inoltre, mentre il negozio di accertamento si può realizzare anche in assenza di un conflitto, la transazione presuppone sempre una controversia. Sul punto DI PAOLO, voce *Negozio di accertamento*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, XII, Torino, 1995, pp. 55 ss.

¹⁶⁰ Così osserva CORRADO, voce *Negozio di accertamento*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 201, secondo cui con la stipulazione dei negozi di accertamento i privati intendono vincolare l'apprezzamento del giudice anche nella valutazione degli effetti giuridici. Inoltre, il negozio di accertamento può essere anche unilaterale, ovvero la certezza può essere determinata solo da una parte; sul punto: Cass., 29 ottobre 1979, n. 5663, in *Riv. notariato*, 1980, pp. 566 ss.; DI PAOLO, voce *Negozio di accertamento*, cit. p. 55.

¹⁶¹ In senso contrario, CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, cit., p. 117.

¹⁶² Così FERCIA, voce *Accertamento (negozio di)*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, *Aggiornamento*, Torino, 2012, p. 43, secondo cui il negozio in questione crea un vincolo «indiretto» per il giudice, nel senso che configura un corollario del contenuto conformativo dell'atto. Prosegue, affermando, che il giudice può ritenersi vincolato al negozio, solo se il medesimo viene ritualmente trasferito in sede giurisdizionale. Qualora ciò accada la parte che abbia abusato del ricorso al processo sarà responsabile in base all'art. 88 c.p.c. e solo nel processo troverà la sua via di ristoro, da individuarsi nell'art. 96 c.p.c. Aderisce a questa interpretazione anche FALZEA, voce *Accertamento (teoria generale)*, cit., pp. 205 ss.; in senso contrario, invece, la giurisprudenza: Cass., 5 giugno 1997, n. 4994, cit., la quale ritiene che una volta concluso il negozio di accertamento in merito alla determinazione del confine tra i

Inoltre, con la stipula della clausola compromissoria le parti non dispongono dei propri diritti in senso negoziale, ma individuano solo uno strumento alternativo di risoluzione delle controversie. Oggetto di disposizione è solo il mezzo dell'accertamento: la certezza giuridica sull'esistenza del diritto in contesa non è prodotto dell'autonomia negoziale, bensì di una decisione, assunta nel rispetto del contraddittorio, da parte di un soggetto terzo e imparziale.

Questo particolare modo di atteggiarsi del potere dispositivo, sganciato da una visione esclusivamente sostanziale, si ritrova anche nella disciplina della confessione e del giuramento, purché ai medesimi si riconosca una natura processuale.

Gran parte degli autori¹⁶³ ritiene che il carattere dispositivo della confessione e del giuramento debba essere riconosciuto in relazione al materiale istruttorio¹⁶⁴: mediante tali istituti la parte influisce direttamente sul modo di essere della tutela giurisdizionale, con una dichiarazione di volontà che ha come oggetto immediato diritti processuali. Pertanto, non vi è alcun mutamento irrevocabile delle situazioni giuridiche, tipico delle dichiarazioni di volontà¹⁶⁵ a contenuto negoziale¹⁶⁶.

due fondi, non è più esperibile l'azione di regolamento dei confini. Tale accertamento potrebbe essere infirmato solo facendo valere vizi propri del negozio; Cass., 10 gennaio 1983, n. 161, in *Defure*.

¹⁶³ Per quanto concerne la confessione: ANDRIOLI, voce *Confessione (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, IV, Torino, 1959, pp. 12 ss.; FURNO, *Confessione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, pp. 870 ss.; Id., *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, cit., pp. 109 ss. Per quanto concerne il giuramento: ANDRIOLI, voce *Giuramento*, in *Noviss. Dig. it.*, VII, Torino, 1961, pp. 943 ss.; CARNELUTTI, *Natura del giuramento*, in *Riv. dir. proc.*, 1947, pp. 183 ss.; ALLORIO, *Il giuramento della parte*, Milano, 1937, pp. 151 ss.; LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, II, Milano, 1974, pp. 152 ss.; CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte*, cit., p. 307.

¹⁶⁴ CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, cit., p. 436.

¹⁶⁵ Sul punto AZZARITI, SCARPELLO, *sub art. 2934 c.c.*, cit., p. 205.

¹⁶⁶ In questo senso, invece, per quanto concerne la confessione PANUCCIO, voce *Confessione*, cit., pp. 6 ss.; Id., *La confessione stragiudiziale*, Milano, 1960, p. 97; COSATTINI, *Il riconoscimento del figlio naturale*, Padova, 1942, pp. 87 e 98 ss., il quale concepisce la confessione come un negozio di accertamento in cui accanto al potere di disporre vi è anche un autonomo potere di accertamento; MONTESANO, *Note sulla natura giuridica della confessione*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1948, p.

L'accoglimento di tale interpretazione produce importanti ricadute sul concetto di disponibilità richiamato dagli artt. 2731 e 2733 c.c., in materia di confessione e dagli artt. 2737 e 2739 c.c., in materia di giuramento, poiché consente di porre in evidenza che il riferimento alla disponibilità del diritto trova giustificazione nei «gravi effetti»¹⁶⁷ che l'esperimento di queste prove produce nei confronti di coloro che le rendono¹⁶⁸.

Infatti, la disponibilità del diritto in contesa, non incidendo su un negozio, avviene solo in via indiretta, attraverso l'efficacia di prova legale. Come è stato, giustamente, osservato dalla dottrina¹⁶⁹ «[...] questa maggiore efficacia probatoria si concreta in ciò che la legge, attraverso la funzionalità degli espedienti tecnici di cui si serve, può scontare in anticipo la veridicità [...] delle dichiarazioni in discorso, vincolando il giudice nella loro valutazione (prove legali), e così consentendo di prevedere l'esito del giudizio e di considerare tale esito, dal punto di vista pratico, come se fosse una conseguenza delle dichiarazioni stesse. Il nostro legislatore, nel disciplinare la confessione e il giuramento, non ha ignorato questa loro funzione pratica di indiretta disposizione del diritto in contesa [...]».

Le stesse applicazioni pratiche di detti istituti confermano l'assunto. Dal loro esame, nonostante vi siano pronunce che in modo

139, che qualifica la confessione come un mero atto giuridico. Per quanto concerne il giuramento: BIONDI, *Il giuramento decisorio nel processo civile romano*, Palermo, 1913, pp. 126-136; SATTI, *Commentario al c.p.c.*, II, cit., p. 228, che vede nel giuramento un sostituto del giudizio; DE MARINI, *Giuramento e disposizione del diritto*, in *Giur. it.*, 1956, I, 1, cc. 791 ss.; PROVINCIALI, voce *Giuramento decisorio*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, pp. 103 ss., che limita la natura negoziale al deferimento e al riferimento del giuramento. Difende la concezione negoziale di entrambi gli istituti CARNELUTTI, *La prova civile*, rist., Milano, 1992, *passim*, in particolare pp. 40 ss.

¹⁶⁷ E cioè con la confessione il confidente perde la causa, mentre con il giuramento la vince. Sul punto, BARRASI, *Sulla natura giuridica della confessione stragiudiziale*, in *Studi di diritto romano, di diritto moderno e storia del diritto pubblicati in onore di Vittorio Scialoja nel 25° anniversario del suo insegnamento*, Milano, 1905, p. 676 e in part. p. 677.

¹⁶⁸ Così osserva ANDRIOLI, voce *Confessione (dir. proc. civ.)*, cit., p. 11.

¹⁶⁹ MANDRIOLI, *La rappresentanza nel processo civile*, Torino, 1959, pp. 358 e 359.

approssimativo affermano che non possono essere oggetto di giuramento o di confessione i diritti sottratti all'autonomia negoziale¹⁷⁰, si rinvencono esclusioni con riguardo alle cause di separazione o di divorzio, ovvero di disconoscimento della paternità¹⁷¹. Queste limitazioni, peraltro, possono oggi trovare una nuova interpretazione alla luce della recente disciplina negoziale relativa alla crisi matrimoniale¹⁷²: infatti, una dottrina¹⁷³, scorrendo della pronuncia di addebito, paventa la possibilità che in questi casi venga meno il divieto di ricorrere al giuramento e alla confessione.

Appare, quindi, fortemente limitato l'ambito della proibizione¹⁷⁴, che non può essere disconosciuto neppure da chi evidenzia l'equivalenza degli effetti indirettamente e impropriamente dispo-

¹⁷⁰ In questo senso BARLETTA, *La disponibilità dei diritti*, cit., p. 992, il quale sottolinea l'identità del concetto di disponibilità utilizzato all'interno di detti istituti con quello fatto proprio dall'autonomia privata, benché poi affermi che non è possibile riconoscere un'attività negoziale con riferimento sia alla confessione sia al giuramento. Mi pare evidente la contraddittorietà del pensiero dell'autore: se non sussiste attività negoziale non può giocoforza riconoscersi l'esistenza di un potere tipico dell'ambito negoziale. Non nego, invece, che il richiamo alla disponibilità in siffatti istituti processuali derivi dalla necessità di evitare che essi diventino strumenti per violare norme di ordine pubblico. Cosa ben diversa è sostenere che il limite alla disponibilità del diritto deve essere ricostruito in chiave prettamente negoziale.

¹⁷¹ Trib. Palermo, 10 luglio 2007, in *DeJure*; Trib. Napoli, 16 settembre 1980, ivi; Cass., 26 marzo 2003, n. 4462, in *Giust. civ.*, 2003, pp. 1771 ss.; Cass., 30 gennaio 2001, n. 1264, in *DeJure*; Cass., 17 agosto 1998, n. 8087, ivi; Cass., 7 febbraio 1997, n. 1170, ivi, in relazione a cause aventi a oggetto diritti familiari; Cass., 20 febbraio 1992, n. 2113, ivi; Trib. Catania, 2 dicembre 1998, in *Dir. fam.*, 1998, p. 1736; Cass., 26 febbraio 1993, n. 2465, in *DeJure*; Trib. Bologna, 27 gennaio 2005, ivi; Cass., 18 gennaio 1969, n. 105, in *Foro it.*, I, 1969, cc. 1180 ss., con nota di PERA; Trib. Napoli, 5 dicembre 1949, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1950, p. 830, con nota critica di D'ESPINOSA; Cass., 28 giugno 1976, n. 2436, in *Giust. civ.*, 1976, p. 1800.; App. Lecce, 12 marzo 1955, in *Giur. it.*, 1957, cc. 5 ss., con nota di ALLO-RIO. Per completezza è giusto ricordare che vi sono numerose pronunce che vietano il ricorso alla confessione con riguardo ai giudizi relativi alla irrogazione delle sanzioni amministrative o relativi all'obbligo del versamento dei contributi assicurativi (a titolo esemplificativo: Cass., 11 giugno 2004, n. 11170, in *DeJure*; Trib. Novara, 22 dicembre 2009, ivi).

¹⁷² Si rimanda a quanto si dirà nel cap. I, seconda parte.

¹⁷³ D'ALESSANDRO, *La negoziazione assistita in materia di separazione e di divorzio*, in *Giur. it.*, 2015, p. 1279.

¹⁷⁴ SEGATTI, *La confessione*, in TARUFFO (cura di), *La prova nel processo civile*, Milano, 2012, p. 544; BALENA, voce *Giuramento*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, IX,

sitivi della confessione e del giuramento con quelli diretti di un autentico atto sostanziale di disposizione¹⁷⁵. Tale equivalenza, a mio avviso, deriva, da una parte, dalla necessità di organicità del sistema e, dall'altra, dal bisogno di impedire che gli strumenti *de quibus* divengano mezzi per eludere l'applicazione di norme imperative¹⁷⁶. Tuttavia, a prescindere dall'espedito legislativo utilizzato, la realizzazione dell'effetto dispositivo è diversa da quella che caratterizza un comune atto di autonomia privata¹⁷⁷.

Alla medesima *ratio* risponde anche il potere di disposizione tipico del campo arbitrale: benché, come ho dimostrato, il diritto sostanziale costituisca presupposto indispensabile per l'utile e proficuo esperimento dell'azione, quest'ultima incide solo in via indiretta sulla situazione soggettiva, attraverso il meccanismo processuale.

Il particolare modo di atteggiarsi del concetto di disponibilità, sganciato da una concezione puramente sostanziale, mi porta a ritenere che il potere dispositivo richiesto per ricorrere al giudizio arbitrale abbia una dimensione più ampia, poiché si basa sulla possibilità di rinuncia o abdicazione di un diritto già esistente, tipico

Torino, 1993, pp. 105 ss.; ALLORIO, *Il giuramento della parte*, cit., p. 169, a cui aggiunge anche lo *status* di genuinità del documento.

¹⁷⁵ FURNO, *Confessione (dir. proc. civ.)*, cit., p. 882; LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, II, cit., p. 140.

¹⁷⁶ Come avrò modo di spiegare nel proseguo la disponibilità è qualcosa di diverso dalla inderogabilità della normativa.

¹⁷⁷ Osserva Furno (FURNO, *Confessione (dir. proc. civ.)*, cit., pp. 899 e 902) in materia di confessione (ma tali osservazioni possono essere estesa al giuramento) che «[...] esula dal campo della prova in genere ogni traccia di disponibilità o normatività d'ordine giusprivatistico, ogni forma in cui possa manifestarsi e affermarsi il principio dell'autonomia negoziale [...]. Chi confessa non dispone né del diritto sostanziale controverso né del materiale istruttorio, né rinuncia al potere di contestare i fatti sfavorevoli al proprio interesse o al diritto [...] alla prova». Interessanti sono anche le parole di ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale*, cit., pp. 299 e 300, ove osserva che «[...] occorre allora prendere atto del fatto che il legislatore impone la legittimazione a disporre, a prescindere dalla effettiva disponibilità di diritti e a prescindere persino dall'esercizio del potere di autonomia negoziale; vi fa ricorso ogniquale volta sia in gioco una – anche indiretta – influenza della parte nello svolgimento dell'attività di accertamento negoziale o processuale [...]». La studiosa prosegue rilevando che la convenzione arbitrale è in grado di incidere in modo assai penetrante sull'attività processuale, cambiando non solo il giudice, ma lo stesso strumento processuale.

dei cc.dd. negozi di secondo grado¹⁷⁸, benché l'arbitrato rispetto a questi ultimi sia dotato di specifiche peculiarità¹⁷⁹.

Dunque, il potere dispositivo rilevante ai fini della compromettibilità si identifica nella facoltà di rinunciare alla tutela giurisdizionale tradizionale in favore di una diversa, che, in virtù della scelta compiuta dalle parti, acquista valore preminente rispetto alla prima.

La disponibilità a cui deve essere ancorata l'azione arbitrale – e valevole, in ultima analisi, ai fini della compromettibilità del diritto – è quella in grado di determinare una rinuncia o abdicazione a un diritto già esistente¹⁸⁰, e cioè la rinuncia al diritto di ricorrere

¹⁷⁸ La formulazione originaria di tale istituto si deve agli studi bettiani (BETTI, *Inefficacia del negozio cambiario e reazione del rapporto causale*, in *Riv. dir. comm.*, 1927, II, pp. 335 ss. Id., *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 374. Anche Doria analizza questa figura nell'ambito della sua opera sui negozi sull'effetto giuridico, DORIA, *I negozi sull'effetto giuridico*, Milano, 2000, pp. 39 ss.) e si intende quella categoria di negozi che hanno per oggetto immediato un rapporto giuridico preesistente e operano su di esso nel senso di sovrapporgliene un altro. Gli atti negoziali che rientrano in questa categoria sono finalizzati alla regolamentazione di preesistenti rapporti giuridici. Betti individua due sottocategorie di negozi giuridici: nel primo gruppo rientrano gli atti negoziali che «colpiscono il precetto della autonomia privata costituente il contenuto del negozio», mentre quelli rientranti nel secondo gruppo sono diretti ad incidere su un determinato rapporto giuridico già esistente. Per Betti, anche la convenzione d'arbitrato – sia per arbitrato rituale che per quello irrituale – è un negozio di secondo grado, in quanto tende a definire, in via indiretta, mediante poteri conferiti a un terzo, il contrasto nascente da un precedente negozio concluso tra le parti.

¹⁷⁹ Pur condividendo con essi la medesima peculiarità, l'arbitrato (almeno quello rituale, discorso a parte richiederebbe quello irrituale) si discosta sia concettualmente sia funzionalmente dagli altri tipi di negozi di secondo grado, come ad esempio il negozio di accertamento o la transazione. Infatti, il diritto, che non può essere oggetto di reciproche concessioni, non necessariamente è escluso dalla tutela arbitrale, poiché l'arbitrato, pur nascendo dalla volontà delle parti, ha come unico fine quello dell'accertamento della posizione giuridica soggettiva. Inoltre, se è pur vero che il fenomeno arbitrale trae il suo sostentamento nella libera scelta delle parti, si sviluppa in un contesto propriamente processuale. L'arbitrato si discosta anche dal negozio di accertamento, poiché la sua funzione è quella di accertare una fattispecie e di mantenerla «accertata anche per il caso di contrasto con la situazione giuridica reale, senza che il secondo intento lo renda inoperante e quindi privo di giuridico rilievo il primo [...]» (in questo senso PALAZZO, *La transazione*, in RESCIGNO (diretto da), *Trattato. dir. priv.*, vol. XIII, parte V, Torino, 1985, p. 301).

¹⁸⁰ In questo senso VERDE, *La convenzione di arbitrato*, cit., p. 93; *contra* MOTTO, *Le controversie arbitrabili alla luce della riforma dell'arbitrato del 2006* (art. 806 c.p.c.), cit., par. 5, afferma che tale criterio non consente di definire in modo certo e verificabile il perimetro delle materie compromettibili in arbitri.

alla giustizia tradizionale ai fini dell'accertamento del diritto controverso.

Come il potere dispositivo richiesto dalla confessione e dal giuramento trova giustificazione in ragione dei gravi effetti a cui le prove menzionate sono finalizzate, così il potere dispositivo richiamato in ambito arbitrale trova fondamento nel fine a cui è volto, ovvero l'accertamento del diritto controverso, attraverso un provvedimento fungibile rispetto alla sentenza¹⁸¹, benché diverso per natura.

¹⁸¹ Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, cit.; Cass., sez. un. ord., 25 ottobre 2013, n. 24153, cit. Il punto è chiaramente posto in luce da SALVANESCHI, *Il rapporto tra arbitro e giudice dopo la decisione della consulta*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 385. Già con la riforma del 2006 gran parte degli interpreti affermavano una totale equiparazione degli effetti del lodo arbitrale con quelli della sentenza, compresa l'attitudine al giudicato formale e sostanziale (E.F. RICCI, *La delega sull'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, pp. 253 ss.; ID., *Arbitrato volontario e pregiudiziale comunitaria*, ivi, 2006, pp. 710 ss.; ID., *La Cassazione si pronuncia ancora sulla «natura» della conversione di arbitrato rituale: tra l'attaccamento a vecchi schemi e qualche incertezza concettuale*, ivi, 2007, pp. 1294 ss.; TARUFFO, in COMOGGIO, C. FERRI, TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, I, cit., p. 126; VERDE, *Diritto processuale civile*, III, Bologna, 2017, p. 312; BOVE, *Lineamenti di diritto processuale*, Torino, 2016, pp. 62 ss., anche se considera l'arbitrato come una giurisdizione che «vive ai margini dell'ordinamento statuale»; ID., *La giustizia privata*, cit., pp. 194 ss.; ID., *L'impugnazione per nullità*, in *Riv. arb.*, 2009, pp. 19 ss.; BRIGUGLIO, *Funzioni giudiziali ausiliarie e di controllo ed arbitrato estero*, in *Riv. arb.*, 2011, p. 573 ss., spec. p. 579, anche nota 13, secondo il quale il lodo una volta divenuto non più impugnabile è dotato «di una stabilità di effetti vincolanti, che ne completa e riafferma, sul piano logico-sistematico, la sostanziale equiparazione alla sentenza passata in giudicato»; BOCCAGNA, *Appunti sulla nuova disciplina dei rapporti tra arbitro e giurisdizione*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, II, Torino, 2008, pp. 313 ss.; BIAVATI, *Note minime sul procedimento arbitrale*, in *Sull'arbitrato*, cit., pp. 57 ss., spec. p. 65, che definisce l'arbitrato come una «modalità di produzione delle decisioni, equiparate, quanto agli effetti alla sentenza»; CAPONI, *«Natura» dell'arbitrato e controversie arbitrabili*, in *Sull'arbitrato*, cit., pp. 123 ss., spec. p. 128; CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, cit., p. 512; D'ALESSANDRO, *Riflessioni sull'efficacia del lodo arbitrale rituale alla luce dell'art. 824-bis c.p.c.*, in *Riv. arb.*, 2007, pp. 597 ss., spec. pp. 537 ss.; MENCHINI, MOTTO, *Sospensione del procedimento arbitrale*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., pp. 340 ss., secondo i quali al lodo, «in mancanza di impugnazione nel termine di decadenza, è attribuita autorità di cosa giudicata sostanziale» e, quindi, «il *dictum* arbitrale ha effetti del tutto identici a quelli della sentenza»; ACONE, *Arbitrato e traslatio iudicii: un parere eretico*, in *Sull'arbitrato*, cit., pp. 1 ss., spec. p. 4, il quale parla di affermazione della «natura sostanzialmente giurisdizionale della funzione svolta dagli arbitri», in virtù dell'attribuzione del lodo degli effetti della sentenza; G.F. RICCI, *Diritto processuale civile*, III, Torino, 2017, p. 506; MARINUCCI, *Note sull'impugnazione del lodo arbitrale per contrarietà ad altra pronuncia*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, pp. 1177 ss.; C. CAVALLINI, *Arbi-*

8. *Precisazioni alla tesi enunciata*

Ho appena affermato che il potere dispositivo rilevante ai fini della compromettibilità si identifica nella rinuncia alla tutela giurisdizionale tradizionale in favore di una tutela diversa, che, in virtù della scelta compiuta dalle parti, acquista valore preminente rispetto alla prima.

Tale definizione richiede alcune precisazioni.

trato rituale, cit., p. 42; SPACCAPELO, *L'imparzialità dell'arbitro*, Milano, 2009, pp. 55 ss.; F. DANOVÌ, *Arbitrato rituale e irrituale: la qualificazione è finalmente più chiara (nella perdurante indeterminazione dei confini)*, in *Sull'arbitrato*, cit., p. 324; LUISO, *L'art. 824-bis c.p.c.*, in *Riv. arb.*, 2010, pp. 235 ss.; TISCINI, *La mediazione civile e commerciale. Composizione della lite e processo nel d.lgs. n. 28/2010 e nei D.M. nn. 180/2010 e 145/2011*, Torino, 2011, pp. 276 ss.; CASTAGNOLA, CONSOLO, MARINUCCI, *Sul dialogo (impossibile?) fra cassazione e dottrina, nella specie... sulla natura (mutevole?) dell'arbitrato*, in *Corr. giur.*, 2011, pp. 55 ss.; ALPA, VIGORITI, voce *Arbitrato (nuovi profili dell')*, in *Dig. disc. priv., Aggiornamento*, IV, Torino, 2011, p. 76, i quali affermano che «risulta incontrovertibile che il lodo [...] ha l'attitudine del giudicato formale e sostanziale, e quindi "fa stato" fra le parti (art. 2909 c.c.)»; ASPARELLA, *La proponibilità del rimedio dell'ottemperanza ai fini dell'esecuzione di lodo esecutivo inoppugnabile*, in *Riv. arb.*, 2011, pp. 440 ss.; F. AULETTA, *Efficacia del lodo*, cit., p. 420, spec. p. 427, il quale ritiene che il lodo sia incapace di spiegare efficacia verso i terzi o avere autorità, anche se rimane capace della cosa giudicata tra le parti. In senso difforme a questa interpretazione: PUNZI, *Relazione fra arbitrato e le altre forme non giurisdizionali di soluzione delle liti*, in *Riv. arb.*, 2003, pp. 394 ss.; ID., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II, cit., pp. 402 ss., oltre agli autori citati in seguito). Nonostante l'*arrêt* della Suprema Corte, a mio avviso, una cosa è affermare che il lodo ha la stessa efficacia della sentenza e, altra cosa, come, peraltro, avviene nell'ordinamento francese, ricondurre al medesimo l'efficacia di cosa giudicata (ma sul punto si rimanda alle giuste osservazioni di BONATO, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale*, Napoli, 2012, pp. 94 ss., osserva che è attribuita anche alla transazione l'autorità di cosa giudicata). Rimandando a quanto si dirà nel proseguo, in questa sede mi pare opportuno rilevare che per potere attribuire al lodo arbitrale l'efficacia di giudicato è necessario risolvere una questione a monte, ovvero intendersi sulla premessa, e cioè cosa voglia dire cosa giudicata. A prescindere da ciò, penso che sia inutile procedere a sterili sovrapposizioni, ma è opportuno risolvere la disputa tenendo conto del dettato normativo: equiparare gli effetti non vuole dire equiparare due fenomeni giuridici differenti, così come affermava *ante litteram* MONTESANO, *Sugli effetti del nuovo lodo arbitrale e sulle funzioni della sua «omologazione»*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1994, pp. 821-822, che parlava di un lodo arbitrale con efficacia e non natura di sentenza (sul punto si vedano anche le osservazioni di LA CHINA, *L'arbitrato*, cit., pp. 238 ss.; CARPI, *Efficacia del lodo*, cit., p. 732, che parifica i due strumenti solo per quanto concerne la fungibilità del risultato. Peraltro, anche nel recente intervento legislativo (art. 3, d.l. 162 del 2014), si parla ancora di lodo avente gli stessi effetti della sentenza.

a) *L'impossibilità di identificare il concetto di disponibilità accolto in ambito arbitrale con la nozione abbracciata in materia di conciliazione e di mediazione*

Dall'esegesi offerta emerge che è arbitrabile un diritto qualora esso possa essere oggetto di una forma di tutela diversa da quella tradizionale.

Questa tutela, come ho detto, deve contemplare la possibilità di dare origine a un fenomeno processuale, inteso, in base alla definizione accolta, come un insieme di atti concatenati tra loro e finalizzati al raggiungimento di un risultato da ottenersi nel rispetto della dialettica dei soggetti che vi partecipano.

Se questa peculiarità è tipica del fenomeno arbitrale, non altrettanto può dirsi con riguardo agli altri strumenti alternativi di risoluzione delle controversie. Mentre la conciliazione¹⁸² e la mediazione¹⁸³ si caratterizzano per il fatto che gli stessi destinatari delle re-

¹⁸² Come è noto, in ambito privatistico non esiste un'unica fattispecie conciliativa. Vi sono diverse ipotesi, alcune disciplinate dal codice di rito, altre da leggi speciali, diversamente classificate a seconda dell'organo che presiede all'attività conciliativa (conciliazione giudiziale/extragiudiziale), del rapporto cronologico con l'inizio del processo (conciliazione preventiva/successiva), dell'obbligatorietà o meno dell'espletamento della funzione conciliativa (conciliazione obbligatoria/facoltativa) e dell'attinenza a tutte o solo ad alcune categorie di controversie (conciliazione generale/speciale). Una parte della dottrina ritiene che la conciliazione giudiziale rientri a pieno titolo all'interno dell'attività giurisdizionale. In questo senso SATTA, *Commentario al c.p.c.*, cit., II, 1, p. 85; BRIGUGLIO, voce *Conciliazione giudiziale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, III, Torino, 1988, pp. 226 ss. Per la natura mista, negoziale e giurisdizionale, della conciliazione giudiziale si rimanda a LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1981, p. 49: «[...] la conciliazione avvenuta in giudizio è un atto processuale in cui è trasfusa una convenzione» (nella precedente edizione dell'opera, l'illustre autore spiegava che nella conciliazione «[...] si trovano inscindibilmente coniugati un atto negoziale e un atto processuale, a cui si applicano per quanto di ragione le regole dell'uno e dell'altro tipo di atti»; LANCELLOTTI, voce *Conciliazione delle parti*, in *Enc. giur.*, VIII, Roma, 1961, pp. 397 ss.

¹⁸³ Non si tratta di due istituti coincidenti, benché con il d.lgs. n. 28/2010 il legislatore italiano abbia sovrapposto i due concetti, definendo la mediazione come l'attività svolta, mentre la conciliazione come l'accordo raggiunto a seguito dell'esito positivo della mediazione. Sul punto, ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova mediazione nella prospettiva europea: note a prima lettura*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, p. 654; CHIARLONI, *Prime riflessioni sullo schema di decreto legislativo della delega in materia di mediazione ex art. 60 l. n. 69/2009*, in www.mondoadr.it; BERLINGUER, *Solo un maggiore coinvolgimento degli avvocati assicura appellabilità alla conciliazione giudiziale*, in *Guida al dir.*, n. 46, 2009, p. 10, osserva che la di-

gole di condotta sono coloro che le individuano, in modo vincolante per loro, così risolvendo la controversia, l'arbitrato attribuisce a un terzo il potere di porre tali regole, con un atto vincolante per le parti.

È quindi evidente che, benché questi meccanismi siano volti al medesimo risultato, essi non sono del tutto equivalenti¹⁸⁴, poiché solo in arbitrato la definizione delle menzionate regole avviene tramite un processo.

Infatti, l'operare della mediazione e della conciliazione non presuppone lo sviluppo di un giudizio¹⁸⁵ e la decisione è frutto diretto delle parti, poiché il conciliatore e il mediatore al massimo possono suggerire, ma non imporre una soluzione del conflitto¹⁸⁶. Come osservava Redenti¹⁸⁷, parlando della conciliazione giudiziale, «il giudice non decide, non provvede, ma anzi tende ad eliminare attraverso un accordo, la necessità di provvedere in via contenziosa»¹⁸⁸.

stinzione tra conciliazione e mediazione costituisce un *unicum* rispetto alla direttiva e induce confusione rispetto al contratto di mediazione di cui all'art. 1754 c.c., oltre che ad evocare ispirazioni esterofile (la *mediation* anglosassone). Ritiene non accomunabili i due concetti, PUNZI, *Mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, pp. 845 ss. L'insigne interprete rileva, in primo luogo, che nella mediazione si tende, come nella transazione, ad un accordo delle parti, ma non è essenziale per il suo perfezionamento l'*aliquod datum* e l'*aliquod retentum* e che, in secondo luogo, l'accordo delle parti non esclude l'intervento di un terzo. Il terzo, tuttavia, si limita a prestare assistenza, normalmente tecnica, per favorire un accordo che le parti raggiungono autonomamente. PROTO PISANI, *Appunti su mediazione e conciliazione*, in *Foro it.*, 2010, V, c. 142; FODDAI, *Conciliazione e mediazione: modelli differenti di risoluzione dei conflitti?*, in *Fam. pers. e succ.*, 2011, p. 48. In senso contrario: SILVESTRI, voce *Conciliazione e mediazione*, in *Enc. dir. (Annali)*, Roma, 2007, p. 279.

¹⁸⁴ LUIO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, p. 1202, il quale rileva che «[...] la perfetta identità di effetti tra sentenza, lodo e contratto naturalmente non comporta anche che sentenza, lodo e contratto abbiano una identità di disciplina del rispettivo regime giuridico [...]».

¹⁸⁵ Anche se si parla però di procedimento. Sul punto: DENTI, *I procedimenti non giudiziali di conciliazione come istituzioni alternative*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, p. 411.

¹⁸⁶ Sulla differenza tra i due istituti, PUNZI, *Mediazione e conciliazione*, cit., p. 859.

¹⁸⁷ REDENTI, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1957, p. 33.

¹⁸⁸ BRIGUGLIO, voce *Conciliazione giudiziale*, cit., pp. 226 ss.; SATTA, *Dalla conciliazione alla giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1939, p. 211, ove osserva che «nella conciliazione l'effetto si produce per opera delle parti, stimolate, avvicinate dal terzo; nell'arbitrato l'effetto si produce per opera del terzo, alla quale le parti attribuiscono preventivamente valore giuridico».

Ed ancora.

Mentre in arbitrato il mancato rispetto delle regole processuali produce un risultato invalido, nel procedimento di conciliazione (o mediazione), la non adozione dei principi enucleati può rendere solo più difficile o finanche impedire l'accordo, ma se questo è raggiunto, il contratto è valido¹⁸⁹.

Le menzionate divergenze mi portano a ritenere, alla luce dell'esegesi accolta, che il concetto di disponibilità operi in modo diverso nelle due categorie di strumenti idonei a risolvere una controversia. Ne segue che, a differenza di quanto accade nell'arbitrato, oggetto della conciliazione possono essere solo quei diritti in relazione ai quali le parti hanno la facoltà di dettare una disciplina negoziale del rapporto.

Questa conclusione sembrerebbe porsi in contrasto con alcuni recenti studi, ove si afferma un superamento della storica incompatibilità tra diritti indisponibili e conciliazione: infatti «[...] pur non essendo smentita, in linea di principio, [l'incompatibilità è] oggetto di una lenta erosione»¹⁹⁰.

Non ritengo che tale rilievo in questo caso operi, poiché è necessario tenere distinti i due piani: una cosa è la *ratio* della disciplina della conciliazione/mediazione, altra cosa sono le scelte di opportunità del legislatore¹⁹¹, il quale, come da molti è stato affermato¹⁹², non è chiamato ad affrontare opzioni teoriche-sistematiche.

In sostanza, a prescindere da mere valutazioni politiche, la letteratura¹⁹³ è concorde nel ritenere che non siano conciliabili le controversie su diritti indisponibili.

¹⁸⁹ Peraltro, il contenuto dell'atto conclusivo di una controversia, ove esso abbia natura autonoma, è essenzialmente atipico, mentre l'atto risolutivo di una controversia, ove esso abbia natura eteronoma, è essenzialmente tipico, in quanto non può avere un contenuto diverso da quello previsto dalla legge sostanziale, che regola il rapporto. Sul punto ampiamente LUISO, *La conciliazione*, cit., p. 1203.

¹⁹⁰ BORGHESI, *Conciliazione, norme inderogabili e diritti indisponibili*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, pp. 121 ss., in particolare p. 123.

¹⁹¹ Assunto evidenziato dallo stesso BORGHESI, *Conciliazione, norme inderogabili e diritti indisponibili*, cit., p. 123; CAPONI, *La conciliazione stragiudiziale come metodo ADR* (Alternative Dispute Resolution), in *Foro it.*, 2003, V, c. 165.

¹⁹² SATTA, *Commentario al c.p.c.*, IV, 2, cit., p. 162; VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2015, p. 152.

¹⁹³ CAPONI, *La conciliazione stragiudiziale*, cit., p. 166.

Qualora sia ammessa la conciliazione al di fuori di tali limiti¹⁹⁴ – mi riferisco ad esempio ad alcuni settori della materia lavoristica¹⁹⁵ – la dottrina¹⁹⁶ evidenzia che la conciliazione non assolve alla funzione di favorire un accordo tra i contendenti, idoneo a porre regole di condotta vincolanti, bensì a quella «di convincere le parti a tenere comportamenti conformi alle prescrizioni normative, o più in generale idonei a meglio soddisfare gli interessi in gioco. Essa ha quindi la funzione di prevenire comportamenti illeciti o comunque inopportuni: non già quella di porre termine a una controversia».

Un discorso a parte merita, invece, la mediazione in ambito familiare¹⁹⁷.

Essa assolve una funzione preventiva e propedeutica all'assunzione dei provvedimenti da parte del giudice. Infatti, la mediazione è un percorso che, attenuando la conflittualità nella crisi di coppia e tentando di ripristinare una comunicazione costruttiva¹⁹⁸, tende alla ricerca di una soluzione concordata, negoziata e condivisa del conflitto¹⁹⁹, volta in primo luogo, a tutelare, all'interno della crisi coniugale, il rapporti tra genitori e figli²⁰⁰.

¹⁹⁴ Individuano una coincidenza fra conciliabilità e disponibilità del diritto, MONTESANO, ARIETA, *Diritto processuale civile*, II, Torino, 1999, p. 107.

¹⁹⁵ Sul concetto di indisponibilità nel diritto del lavoro cfr. par. II, cap. III, seconda parte.

¹⁹⁶ LUISO, *La conciliazione*, cit., p. 1206.

¹⁹⁷ Sui principi della mediazione familiare si rimanda a HAYNES, BUZZI, *Introduzione alla mediazione familiare. Principi fondamentali e sua applicazione*, Milano, 1996, *passim*; LAURENT, BOYER (a cura di), *La mediazione familiare*, Napoli, 2000, *passim*; MAZZUCA, *Note sulla mediazione familiare, tra autonomia negoziale e controllo giudiziale*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, pp. 711 ss.; FERRANDO, *Autonomia privata e mediazione familiare*, in FERRANDO (a cura di), *Separazione e divorzio*, Torino, 2003, pp. 559 ss.

¹⁹⁸ Trib. Milano, ord., 29 ottobre 2013, in *Nuov. giur. civ. comm.*, 2014, p. 230, con nota di CANATA.

¹⁹⁹ GULLOTTA, SANTI, *Dal conflitto al consenso*, Milano, 1988, pp. 55 ss., i quali rilevano che, diversamente da quanto accade nell'arbitrato, il mediatore non decide la controversia, ma aiuta le parti a passare «dal conflitto al consenso», le sostiene nell'esercizio dei loro poteri; in senso conforme IMPAGNATIELLO, *La mediazione familiare nel tempo della "mediazione finalizzata alla conciliazione" civile e commerciale*, in *Fam. e dir.*, 2011, p. 530.

²⁰⁰ FERRANDO, *Autonomia privata e mediazione familiare*, cit., pp. 560-561; RESCIGNO, *Interessi e conflitti nella famiglia: l'istituto della «mediazione familiare»*, in *Matrimonio e famiglia*, Torino, 2000, pp. 343-344; sul punto anche SCHLESINGER,

Tale assunto trova conferma nel fatto che l'accordo raggiunto con l'assistenza dell'esperto non è automaticamente recepito dal giudice²⁰¹, ma è subordinato alla verifica da parte dell'autorità giudiziaria della congruità dei patti con gli interessi della prole²⁰².

È indubbio che la finalità perseguita dalla mediazione familiare non possa incrinare l'esegesi prospettata, che, come più volte ricordato, trae la sua linfa dal fine a cui tende uno specifico strumento processuale.

Al contempo, neppure la recente introduzione della negoziazione assistita²⁰³ nella crisi familiare può smentire l'interpretazione accolta. Tralasciando il problema delle controversie relative ai coniugi, in relazione alle quali, come meglio dirò, la novella si pone in sintonia con la parabola che ha interessato nel tempo il legame coniugale, il legislatore solo in apparenza ha ricondotto alla libertà negoziale delle parti le liti relative alla prole. Infatti, a ben guardare, la disponibilità apparentemente sancita in questo ambito è smorzata, come avviene anche nella mediazione familiare, dalla previsione del controllo, demandato al Procuratore della Repubblica, degli accordi conclusi, in presenza di figli minori, maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ovvero economicamente non autosufficienti.

In conclusione: mentre tutto ciò che è conciliabile è al contempo arbitrabile, non tutto ciò che è compromettibile può essere anche oggetto di una conciliazione/mediazione poiché sono diversi i meccanismi che consentono la definizione delle regole di condotta.

b) Il valore preminente della scelta arbitrale

Come ho detto, la peculiarità dell'azione arbitrale è quella di incidere direttamente sul diritto d'azione statutale: in altri termini, una volta esperita l'azione arbitrale viene bloccata la possibilità per le parti di azionare la tutela giurisdizionale. La sua esistenza è in grado

L'affidamento condiviso è diventato legge! Provvedimento di particolare importanza, purtroppo con inconvenienti di rilievo, in *Corr. giu.*, 2006, pp. 301 ss.

²⁰¹ MORANI, *La mediazione familiare*, in *Dir. fam. e pers.*, 2012, p. 1322.

²⁰² Per PUNZI, *Mediazione e conciliazione*, cit., pp. 852 e 853, la mediazione può portare anche a un mutamento della domanda inizialmente proposta.

²⁰³ Per il suo completo esame cfr. cap. I, seconda parte.

di fermare anche l'eventuale processo già in corso, qualora la parte convenuta proponga la relativa eccezione.

Tale meccanismo è da sempre al centro di un grande dibattito dogmatico, rin vigorito più che mai, come ho già ricordato, dal *revirement* della Corte di cassazione, che, disattendendo il precedente e monolitico orientamento teso a equiparare l'*exceptio compromissi* all'eccezione di merito, l'ha parificata a una eccezione di competenza²⁰⁴.

Qualora le parti abbiano stipulato un valido patto compromissorio, fonte, come più volte ribadito, dell'azione arbitrale, viene loro inibito il potere di fare ricorso alla tutela giurisdizionale. L'unico modo per i paciscenti di ritornare sui propri passi è quello di sciogliere il vincolo giuridico che nasce dalla stipula della convenzione arbitrale²⁰⁵.

Una dottrina²⁰⁶, che ha cercato di spiegare la *ratio* di tale fenomeno, facendo ricorso all'istituto del concorso tra i diritti, ha evidenziato come tra la convenzione arbitrale e il diritto d'azione vi sia un concorso alternativo e unidirezionale, caratterizzato da una sostanziale incompatibilità²⁰⁷, che si dirige verso il diritto potestativo, che spetta al soggetto, di costituire il mezzo di tutela alternativo.

L'esercizio del diritto di autonomia privata impedisce quello dell'azione giurisdizionale²⁰⁸ e non viceversa, perché le parti posso-

²⁰⁴ Cass., sez. un., ord., 25 ottobre 2013, n. 24153, cit.

²⁰⁵ Sul problema dei modi di estinzione della convenzione arbitrale, ZUCCONI GALLI FONSECA, *Efficacia della convenzione d'arbitrato*, in CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., pp. 235 ss.; SALVANESCHI, *Arbitrato*, in CHIARLONI (a cura di), *Commentario al c.p.c.*, cit., pp. 195 ss.

²⁰⁶ ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale*, cit., pp. 58 ss. L'autrice osserva che la situazione giuridica che si origina dal patto compromissorio si pone in concorso rispetto al processo avanti all'autorità giudiziaria ed ancora prima rispetto al diritto d'azione sancito dall'art. 24 Cost., perché tenendo ad una analoga utilità, finisce per offrire analogo risultato. Sul tema si confronti anche CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, cit., p. 197, che analizza il concorso di strumenti processuali interni alla giurisdizione pubblica.

²⁰⁷ Peraltro viene precisato che astrattamente non vi è impossibilità pratica di contemporaneo esercizio dei due diritti, tanto è vero che è concepibile e può accadere che il processo davanti al giudice coesista con quello davanti all'arbitro, come prevede l'art. 819-ter c.p.c.

²⁰⁸ Infatti, ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale*, cit., p. 73, «ove il soggetto, titolare dell'azione relativa a un determinato diritto sostanziale, comprometta in arbitri la controversia, esercita il diritto di autonomia negoziale

no compromettere in arbitri la controversia anche dopo la notifica dell'atto di citazione.

Al contempo, questa dottrina evidenzia da una parte che «[...] se l'incompatibilità è un fenomeno inevitabile, in quanto naturalistico, non è sempre la medesima la soluzione che il legislatore adotta per porvi rimedio [...]»²⁰⁹ e dall'altra che, qualora il compromesso cessi il proprio ciclo vitale in via patologica, senza raggiungere l'utilità prefissata, torna a rivivere l'esercitabilità del diritto d'azione²¹⁰.

Tale assunto sembrerebbe essere oggi smentito dal d.l. del 12 settembre 2014, n. 132²¹¹, che, introducendo la possibilità della trasmissione dei giudizi civili, relativi a diritti disponibili, in sede arbitrale, dispone che, qualora il lodo non venga pronunciato in un determinato lasso di tempo, le parti possano riassumere la causa innanzi al giudice.

Come è noto, il legislatore, al fine di definire l'arretrato in materia di processo civile, ha introdotto la possibilità per i litiganti, attraverso un'istanza congiunta, di trasferire i procedimenti pendenti dinanzi all'autorità giudiziaria alla sede arbitrale²¹². Tale opzione

che la legge gli garantisce e, così facendo, compie la citata autolimitazione, che gli impedisce di fare valere il diritto d'azione».

²⁰⁹ ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale*, cit., p. 76, porta come esempio l'arbitrato in materia di lavoro.

²¹⁰ Ivi, p. 79.

²¹¹ Per una prima disamina della novella si rimanda a CONSOLO: *Un d.l. processuale in bianco nerofumo sullo equivoco della «degiurisdizionalizzazione»*, in *Corr. giur.*, 2014, pp. 1173 ss.; D'AGOSTO, CRISCUOLO, *Prime note sulle «misure urgenti di degiurisdizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile»* (Commento al d.l. 12 settembre 2014, n. 132), in *www.ilcaso.it*; BORGHESI, *La delocalizzazione del contenzioso civile: sulla giustizia sventola bandiera bianca*, in *www.judicium.it*; VIGORITI, *Il "trasferimento" in arbitrato: l'inizio di una inversione di tendenza?*, in *www.giustizia.civile.com*; BRIGUGLIO, *Nuovi ritocchi in vista per il processo civile: mini-riforma ad iniziativa governativa, con promessa di fare (si confida su altri e più utili versanti) sul serio*, ivi; ID., *L'ottimistico Decreto-legge sulla "degiurisdizionalizzazione" ed il trasferimento in arbitrato delle cause civili*, in *Riv. arb.*, 2014, pp. 633 ss.; GRADI, *Inefficienza della giustizia civile e «fuga dal processo»*, in *www.judicium.it*; CAPPONI, *Traslazione dei contenziosi: dai tribunali ai consigli dell'ordine*, in *www.questionegiustizia.it*; ZUCCONI GALLI FONSECA, *L'arbitrato lite pendente*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, pp. 233 ss.

²¹² Critiche sulla utilità di siffatta introduzione: BOVE *et al.*, *Chiediamo di ritirare il d.l. delega sulla riforma del processo civile, e di riconoscere i limiti del d.l. 132/2014 e la sua inidoneità a porre rimedio al problema dei tempi della giustizia*,

non è ammissibile, afferma l'art. 1 del menzionato decreto legge, se la controversia abbia per oggetto diritti indisponibili o verta in materia di lavoro, previdenza e assistenza sociale²¹³. Tuttavia, tale ultimo divieto è superato nelle cause vertenti su diritti che abbiano nel contratto collettivo di lavoro la propria fonte esclusiva, quando il contratto stesso abbia previsto e disciplinato la soluzione arbitrale. Tale meccanismo è ampiamente favorito nel caso in cui una dei contendenti sia la pubblica amministrazione.

Qualora si verifichi una delle ipotesi citate, purché la causa non sia stata già assunta in decisione, è possibile il suo passaggio dalla sede giurisdizionale a quella arbitrale.

Ai fini della presente indagine, è interessante quanto statuito nel comma 4. Esso prevede che, qualora sia disposto il trasferimento di una causa pendente in grado d'appello alla sede arbitrale e il procedimento privato non si concluda con la pronuncia del lodo entro centoventi giorni dall'accettazione della nomina del collegio arbitrale, oppure nei successivi centocinquanta giorni, in caso di proroga concessa dalle parti, il processo deve essere riassunto entro il termine perentorio dei successivi sessanta giorni innanzi all'autorità giudiziaria. Il legislatore precisa, inoltre, che, quando il processo è riassunto, il lodo non può più essere pronunciato e qualora, invece, le parti non provvedano alla riassunzione, il procedimento si estingue e trova applicazione l'art. 338 c.p.c. La riassunzione ad opera dei litiganti deve avvenire anche qualora sia stata dichiarata la nullità del lodo ai sensi dell'art. 830 c.p.c.

Tralasciando le numerose problematiche che tale previsione suscita, si deve osservare che il legislatore sembrerebbe privare di consistenza la tradizionale regola della prevalenza della scelta arbitrale su quella statuale, poiché la novella stabilisce la perdita di efficacia del patto compromissorio, nel caso in cui la definizione della controversia non avvenga in uno specifico lasso di tempo.

in www.change.org; VIGORITI, *Il "trasferimento" in arbitrato: l'inizio di una inversione di tendenza?*, cit.; GRADI, *Inefficienza della giustizia civile e «fuga dal processo»*, cit., p. 5.

²¹³ Tale ultima limitazione sembrerebbe introdurre una deroga alla disciplina generale, come osserva BORGHESI, *La delocalizzazione del contenzioso civile*, cit., par. 2.

In verità, non credo che questa previsione disconosca il valore preminente della scelta arbitrale su quella giurisdizionale, poiché deve essere valutata la complessiva *ratio* sottesa alla legge.

Dall'analisi complessiva del decreto legge emerge che il fine perseguito dal legislatore è quello di favorire la definizione dell'artrato in materia civile; per tale ragione esso apre alla possibilità, già riconosciuta dal dettato normativo²¹⁴, per le controversie già pendenti innanzi all'autorità giudiziaria di essere definite attraverso la giustizia arbitrale, potenzialmente più celere di quella ordinaria²¹⁵.

Qualora, però, l'arbitrato non consenta di ottenere un effettivo vantaggio rispetto al processo tradizionale, il legislatore attribuisce alle parti il potere di ritornare sulla vecchia strada, poiché la scelta arbitrale non ha raggiunto lo scopo che si era prefissato²¹⁶.

In altre parole, il "ciclo vitale" del compromesso²¹⁷ è predeterminato dalla legge, al fine di garantire che l'opzione arbitrale non si traduca in un ulteriore ritardo nella definizione della lite.

Questa previsione non introduce una deroga alla disciplina generale. Tenendo in considerazione quanto detto in relazione al concorso tra azione arbitrale e patto compromissorio, il legislatore determina la cessazione di efficacia della convenzione arbitrale, poiché l'utilità a cui è finalizzata, ovvero la celere definizione della controversa, non si è realizzata nel termine individuato. Pertanto, come l'elemento patologico, privando di effetto il compromesso, consente l'esercizio del diritto d'azione, così la scelta del legislatore permette il risorgere del diritto sancito dall'art. 24 della Costituzione. È la stessa volontà legislativa che stabilisce un termine di efficacia della convenzione arbitrale, incidendo direttamente sul negozio²¹⁸.

²¹⁴ In base alla previsione dell'art. 819-ter c.p.c., come osserva ZUCCONI GALLI FONSECA, *L'arbitrato lite pendente*, cit., p. 237.

²¹⁵ GALLETTO, *Il processo gestito dai privati e la competitività dello strumento arbitrale*, in *www.judicum.it*, spec. par. 1. È interessante constatare che anche nell'epoca moderna, come si è messo in evidenza all'epoca del diritto intermedio (cfr. par. 2), l'arbitrato viene utilizzato per sopperire l'inadeguatezza della giustizia statale.

²¹⁶ Sul punto BRIGUGLIO, *L'ottimistico Decreto-legge sulla "degiurisdionalizzazione"*, cit., p. 637.

²¹⁷ L'espressione è di REDENTI, voce *Compromesso*, cit., p. 806.

²¹⁸ FESTI, *La clausola compromissoria*, cit., p. 366; V. FERRO, *Compromesso*, in ALPA (a cura di), *L'arbitrato*, cit., p. 600.

In conclusione. Alla luce della recente novella, non perde di consistenza l'assunto enunciato, e cioè che il potere dispositivo rilevante ai fini dell'arbitrabilità si identifica nella facoltà di rinunciare alla tutela giurisdizionale tradizionale a favore di una diversa, che acquista valore preminente rispetto alla prima.

9. *Azione arbitrale e diritto soggettivo: effetti del nesso di dipendenza*

Dopo avere chiarito il rapporto tra diritto d'azione statuale e quello arbitrale, è necessario analizzare i problemi applicativi che traggono origine dall'esercizio dell'azione arbitrale e, in particolare, specificare il rapportato intercorrente tra quest'ultima e il diritto soggettivo controverso.

Analizzando il concetto di disponibilità accolto nel processo privato, ho rilevato come il diritto sostanziale costituisca un presupposto esterno della convenzione d'arbitrato – fonte della medesima azione –, tanto che per la sua corretta configurazione è sufficiente solo l'affermazione del diritto, ovvero quello che Fazzalari qualificava come *topos argumentativo*²¹⁹.

Al contempo, tale assunto deve conciliarsi con il carattere “tipico” dell'azione arbitrale. Nel campo della tutela giurisdizionale, si è osservato²²⁰ che le rinunce abdicative al diritto primario

²¹⁹ FAZZALARI, *La dottrina processualistica italiana*, cit., p. 923.

²²⁰ REDENTI, M. VELLANI, *Diritto processuale civile*, cit., p. 83, osservano che in tale caso il diritto vive privato o mutilato di uno strumento di protezione; SASSANI, *Sull'oggetto della rinuncia all'azione*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, pp. 531 ss.; ROCCO, *L'autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi*, Roma, 1917, p. 380; ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 1962, pp. 155 ss.; PICARDI, *La sostituzione processuale*, Milano, 1964, pp. 160 ss.; CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, cit., pp. 316 ss.; CARNELUTTI, *Sistema*, cit., p. 169, osserva che, benché la pretesa e il diritto non siano la stessa cosa, con la rinuncia o riconoscimento della pretesa si dispone del diritto corrispondente alla pretesa; pertanto tra la rinuncia al diritto e la rinuncia alle pretese non corre altra differenza che non sia quella tra la rinuncia a un diritto certo e la rinuncia a un diritto incerto; MICHELI, *Rinuncia alla pretesa e riconoscimento della pretesa nella dottrina italiana*, in *Riv. dir. proc.*, 1937, pp. 363 ss.; DE MARINI, *La successione nel diritto controverso*, Roma, 1953, pp. 104 ss.; SATTA, *Commentario al c.p.c.*, II, 1, Milano, 1960, p. 418, osserva che essendo la doman-

sottostante, laddove siano ammesse dalla legge, determinano l'estinzione delle relative azioni ed eccezioni, mentre la rinuncia²²¹ riguardante l'azione in sé considerata non determina l'abdicazione al diritto sostanziale, poiché il potere del privato di chiedere la

da concretamento dell'azione non vi può essere contraddizione od opposizione tra l'una e l'altra. «[...] la domanda è la stessa azione che si manifesta come volontà nel concreto agire, volontà di formazione del giudizio, che con l'azione si postula. Per questo l'azione è radicata in quello che si vuole chiamare diritto sostanziale, per questo la domanda, il concreto agire, è regolata dal diritto processuale, perché è essa stessa processo: ma non si tratta di cose diverse [...]».

²²¹ La rinuncia all'azione è una figura giuridica non contemplata dal nostro codice. Sulla sua natura si fronteggiano due teorie. Da una parte, vi sono coloro che assimilano la rinuncia all'azione alla rinuncia al diritto sostanziale (CARNELUTTI, *Note sull'accertamento negoziale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1940, p. 13, considerata come una rinuncia alla pretesa o un riconoscimento della «ragione» della pretesa; MICHELI, *Rinuncia alla pretesa*, cit., pp. 354 ss.; DE MARINI, *La successione nel diritto controverso*, cit., pp. 104 ss.); dall'altra parte vi sono altri che hanno tentato una sua costruzione sul piano processuale (CHIOVENDA, *Principii*, cit., p. 736, definita quale confessione della «consistenza giuridica dell'azione»; MESSINA, *Contributo alla teoria della confessione*, in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1948, p. 21, definita come confessione di rapporti giuridici; LIEBMAN, *Sul riconoscimento della domanda*, in *Studi in onore di Chiovenda*, Padova, 1927, p. 453, specialmente pp. 491 ss.; FURNO, *Contributo alla teoria della prova legale*, Padova, 1940, pp. 124 ss.; ID., *Accertamento giudiziale e confessione giudiziale*, Firenze, 1948, pp. 199-220, i quali giungono a negare l'autonomia della rinuncia, affermando che essa si risolve nella confessione dei singoli fatti posti a fondamento della domanda; CALAMANDREI, *La sentenza soggettivamente complessa*, in *Studi sul processo civile*, II, Padova, 1930, pp. 241 e 259, secondo il quale la parte verrebbe a sostituirsi al giudice nella formazione logica della sentenza ed il giudice si limiterebbe a dare carattere di comando ad una conclusione di cui non ha costruito le premesse; BETTI, *Diritto processuale civile*, cit., pp. 288 ss., che parla di rinuncia come di una valutazione assertoria e non confessoria con carattere vincolante rispetto alle parti e al giudice; ROCCO, *L'autorità della cosa giudicata ed i suoi limiti soggettivi*, Roma, 1917, pp. 380 ss.; ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 1962, pp. 155 e 156, identifica la rinuncia all'azione nella manifestazione della volontà della parte di non volere ottenere una pronuncia di merito sulla domanda, prescindendo da ogni eventuale giudizio sulla sua fondatezza). Discusso è anche se la rinuncia all'azione sia atto dispositivo di diritto privato e come tale soggetto alle impugnazioni ammesse per i negozi giuridici: è la stessa questione che pone con riguardo al riconoscimento. Sul punto: CARNELUTTI, *Sistema*, cit., p. 170, evidenzia che gli effetti della rinuncia scaturiscono non dalla sentenza del giudice ma dalla disposizione di parte; PICARDI, *La sostituzione processuale*, cit., p. 167. Ai fini della mia indagine tale profilo si configura come un falso problema, poiché se le parti hanno il diritto a ricorrere alla tutela arbitrale al contempo vi possono anche rinunciare. Diversamente la rinuncia all'azione deve essere distinta dalla rinuncia agli atti del giudizio.

tutela giurisdizionale non è correlato simmetricamente ad alcun diritto materiale²²².

Oggetto della rinuncia dell'azione non è il diritto sostanziale dedotto nel processo, ma solo l'azione, che assurge ad autonoma situazione soggettiva²²³. Né si potrebbe fare ricorso al meccanismo della condizione e sostenere che la rinuncia avrebbe per oggetto un diritto futuro o condizionato. Come osserva attenta dottrina²²⁴, analizzando la rinuncia dell'azione statuale, «si tratterebbe di una *condicio in praeteritum collata* perché l'esistenza o meno del diritto sostanziale non è un *quid* futuro e incerto, ma un avvenimento passato, solo soggettivamente incerto». Inoltre, se si identificasse la rinuncia all'azione con quella del diritto, la prima, qualora il diritto fosse inesistente, risulterebbe senza oggetto²²⁵.

Tali osservazioni operano anche nel campo arbitrale, ove, nonostante l'inscindibile nesso tra azione arbitrale e diritto sostanziale, è sufficiente la mera affermazione del diritto in contestazione.

Ed ancora.

La stretta inerenza tra il mondo sostanziale e processuale che connota il fenomeno arbitrale impone che l'oggetto del giudizio privato sia unicamente un diritto, inteso nel più ampio spettro di situazione giuridica sostanziale da tutelare.

La ricostruzione storica tratteggiata conferma l'assunto, perché, a prescindere dal concetto di arbitrabilità accolto, la valutazione di compromettibilità deve essere compiuta in relazione a una specifica situazione giuridica soggettiva²²⁶, costituente, salvo

²²² SASSANI, *Sull'oggetto della rinuncia all'azione*, cit., pp. 531 ss.

²²³ GIUSSANI, *Le dichiarazioni di rinuncia nel giudizio di cognizione*, Milano, 1999, pp. 10 ss., in particolare p. 14; COMOGLIO, *Rinuncia all'azione e rinuncie agli atti del giudizio nel procedimento di interdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1973, p. 315.

²²⁴ PICARDI, *La sostituzione processuale*, cit., pp. 162 e 163.

²²⁵ Peraltro identificare la rinuncia all'azione con la rinuncia al diritto mette in evidenza la labilità dei punti di contatto tra la vicenda abdicativa correlata al diritto sostanziale e lo svolgimento delle vicende dell'azione, negate anche in campo arbitrale. Sul punto: SASSANI, *Sull'oggetto della rinuncia all'azione*, cit., p. 534; *contra*, DE MARINI, *La successione nel diritto controverso*, cit., p. 106.

²²⁶ In senso contrario, PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, cit., p. 398; BOVE, *La perizia arbitrale*, Torino, 2001, pp. 176 ss.; LUISO, *L'oggetto del processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1996, p. 670.

eccezioni, anche l'unità minima azionabile all'interno del processo tradizionale²²⁷.

La bontà del principio trova conferma nella disciplina comune dell'arbitrato (e ora anche nell'interpretazione della giurisprudenza), tutta volta a delineare un parallelo con l'oggetto del processo civile, come, per esempio, testimoniano la regolamentazione delle questioni preliminari e la disciplina dei rapporti tra giudizio arbitrale e quello ordinario.

Al contempo ritengo riduttivo accogliere un'interpretazione limitativa del concetto di diritto soggettivo, poiché, come rileva una dottrina²²⁸, dietro questa espressione «non c'è null'altro di reale, di effettivo, di concreto, se non il modo in cui i vari concetti sono stati volta a volta, *formulati, impiegati, discussi, esaltati, negati*. Il problema del diritto soggettivo si risolve così nella sua storia o meglio nella storia dei suoi concetti, identificandosi interamente in essa, con tutte le sue inerenze, le sue connessioni, i suoi condizionamenti, i suoi voli e le sue cadute». Non a caso, oggi si assiste a una commistione strutturale sempre più marcata tra il diritto soggettivo e l'interesse legittimo²²⁹.

²²⁷ Sul punto, MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, pp. 17 ss., che incentra il suo discorso sul rapporto giuridico; più di recente D'ALESSANDRO, *L'oggetto del giudizio di cognizione*, Torino, 2016, pp. 17 ss. e in part. pp. 94 ss.

²²⁸ ORESTANO, *Azione, Diritto soggettivi, Persone giuridiche*, Bologna, 1978, p. 177.

²²⁹ MONATERI, *Diritto soggettivo*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IV, Torino, 1990, p. 442, che definisce il diritto soggettivo e l'interesse legittimo come interessi protetti, la cui protezione è rimessa alla volontà del titolare; «nel primo caso, però, la protezione accordata all'ordinamento è costituita da rimedi che rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario; nel secondo caso la protezione è invece affidata a rimedi diversi riservati alla cognizione del giudice amministrativo»; GABRIELLI, *Appunti su diritti soggettivi, interessi legittimi, interessi collettivi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1984, pp. 969 ss. Questa commistione diventa forte nell'elaborazione del concetto di interessi legittimi di diritto privato: sul punto si rimanda alla elaborazione di BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo di diritto privato*, Milano, 1964; MOSCARINI, *Attualità e delimitazione della categoria degli interessi legittimi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, pp. 1145 ss.; RUFFINI, MANZO, sub art. 806 c.p.c., cit., p. 41. Sulla possibilità di estendere il giudizio arbitrale agli interessi legittimi si rimanda a quanto si dirà nel par. 3, cap. III, seconda parte.

Qualora, invece, non sia possibile discorrere di posizione giuridica soggettiva²³⁰, non è neppure ammissibile l'azione arbitrale: ciò si verifica in tutti i casi in cui si configurano processi a contenuto oggettivo.

Secondo il pensiero di Allorio²³¹, l'attività giurisdizionale si ripartisce in due categorie: nella prima confluiscono i processi su diritti o *status*; nella seconda, quelli sul dovere giurisdizionale di provvedere. In questa ultima categoria non entra in gioco alcun diritto soggettivo, bensì il mero diritto obiettivo nel cui ambito si compie, come già rilevava Chiovenda²³², «l'attuazione della legge indipendentemente dal diritto individuale di alcuno».

In sostanza, i processi a contenuto oggettivo sono quelli in cui la legittimazione ad agire si traduce in una mera facoltà di sollecito dell'esercizio dell'attività giurisdizionale, poiché solo l'attività e la funzione svolta dal giudice sono in grado di produrre gli effetti che si riferiscono all'ordinamento nella sua totalità.

Come è noto, la categoria dei processi a contenuto oggettivo è stata al centro di un ampio dibattito, specialmente con riguardo all'individuazione delle fattispecie in essa rientranti.

Una simile indagine richiederebbe una ricerca la cui ampiezza fuoriesce dai confini della presente trattazione. In questa sede mi pare sufficiente rilevare la correttezza dell'intuizione di un autore²³³,

²³⁰ Secondo alcuni interpreti non è possibile discorrere di diritto soggettivo con riguardo alle sentenze costitutive c.d. necessarie, considerate da una parte della dottrina tedesca vere e proprie sentenze «autentiche». Sul punto si rimanda a C. FERRI, *Profili dell'accertamento costitutivo*, Padova, 1970, p. 41, nota 89, che cita Lüke; PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, pp. 85 ss. Si tratta di una esegesi che non può essere accolta. Infatti, come cercherò di argomentare nel prosieguo, ritengo corretto accogliere la tradizionale ricostruzione chiovendiana, nonostante il contrario avviso dell'attuale giurisprudenza (si rimanda per ogni riferimento al par. 4, cap. IV, seconda parte).

²³¹ ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, in *Problemi di diritto*, I, Milano, 1957, pp. 116 ss.; TOMMASEO, *I processi a contenuto oggettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, pp. 495 ss.; MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Trattato di diritto civile italiano*, fondato da Vassalli, XIV, Torino, 1994, pp. 25 ss.

²³² CHIOVENDA, *Principii*, cit., p. 358.

²³³ TOMMASEO, *I processi a contenuto oggettivo*, cit., p. 500, che si pone in contrasto con l'esegesi accolta da MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., p. 25, che discorre di «giurisdizione puramente oggettiva».

secondo cui «il *proprium* di tali processi» deve essere ricercato nella loro «struttura formale, insomma nel loro contenuto» e non invece nel fine da essi perseguito.

Valorizzando questo dato, ogni qual volta oggetto del processo non sia un diritto soggettivo o un interesse legittimo²³⁴, bensì «il dovere giurisdizionale di provvedere», non è possibile l'esercizio dell'azione arbitrale.

Se la presenza di una situazione giuridica soggettiva costituisce un requisito necessario per l'attivazione di un processo arbitrale, così quest'ultima risente delle modalità tecniche di protezione del diritto in contesa. Se, come penso, sussiste un nesso inscindibile tra azione arbitrale e diritto controverso, è inevitabile dedurre che la prima risenta dei meccanismi preposti alla salvaguardia di una specifica situazione sostanziale.

Questi elementi, però, non influenzano il giudizio sull'arbitrabilità del diritto, bensì incidono, come meglio si dirà nel proseguo, sul «contenitore» all'interno del quale l'azione arbitrale si trova ad operare.

È però innegabile come, in taluni casi, la scissione tra il piano sostanziale e quello processuale divenga più teorica che pratica²³⁵: in questi casi è necessario individuare il confine tra i due diversi mondi²³⁶.

²³⁴ In questo caso, come si è già visto, anche BARLETTA, *La disponibilità dei diritti*, cit., p. 1000. Esso ritiene che «tale funzione non si presta ad essere esercitata dagli arbitri in via alternativa o sostitutiva all'attività svolta dal giudice ordinario, sulla base di un accordo compromissorio inidoneo a "disporre" di un diritto processuale solo occasionalmente riconosciuto alle parti».

²³⁵ CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., p. 744, secondo cui tutte le norme che assicurano la dipendenza della tutela dalla volontà dell'interessato sono norme che non concernono il modo d'essere dello strumento processo civile, ma quello basilare della protezione giuridica data agli interessi materiali.

²³⁶ CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., pp. 695 ss., in particolare p. 742, ove si legge: «[...] ricorrendo al processo civile, immettendo in questo involucro una determinata materia che di fronte alla resistenza di controparte assurge a materia del contendere, il titolare di un interesse o chi è legittimato ad agire per lui, mentre collabora alla funzione pubblica avente per scopo l'osservanza o la reintegrazione del diritto obiettivo, dal punto di vista suo personale mette in gioco la conformazione giuridica di questo interesse materiale e con ciò l'interesse medesimo [...]».

10. *Tutela arbitrale e pubblico ministero e considerazioni de iure condendo*

Il legame funzionale tra diritto d'azione arbitrale e situazione sostanziale controversa è fortemente marcato nel caso di intervento del pubblico ministero.

Un esame, anche superficiale, della dottrina rivela che la tesi di gran lunga preponderante individua nell'intervento del pubblico ministero un ostacolo all'arbitrabilità della controversia²³⁷, poiché, oltre al fatto che il processo privato non ammette la sua presenza, essa costituisce segnale dell'indisponibilità della situazione sostanziale dedotta in giudizio.

Diverso è il pensiero di una dottrina²³⁸ che rileva come tale impostazione non tenga in sufficiente considerazione la qualità delle diverse posizioni soggettive coinvolte. Per tale ragione si deve negare che sussista un'equivalenza tra l'indisponibilità del diritto e la presenza del pubblico ministero nel giudizio. Argomentare in senso contrario vorrebbe dire, da un lato, riconoscere più categorie di posizioni soggettive indisponibili e, dall'altro, escludere dall'ambito dei diritti indisponibili una serie di posizioni soggettive che, pur essendo riconosciute come tali (ad esempio il diritto al nome e all'immagine), non godono di un regime processuale denso di cautele. Infine, l'autore rileva come l'intervento facoltativo dell'autorità requirente ponga solo in gioco la personale opinione di un magistrato sulla necessità di garantire la tutela di un determinato diritto.

²³⁷ Trib. Roma, 10 luglio 1962, in *Rep. Foro it.*, 1964, voce *Arbitrato rituale, irrituale, arbitraggio*, n. 55; SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., pp. 74 ss.; VECCHIONE, *L'arbitrato*, cit., pp. 234 e 235; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, cit., pp. 402 ss., il quale afferma che «[...] seppure non si può proclamare la regola che in tutti i giudizi relativi a diritti sottratti alla disponibilità delle parti è necessario l'intervento del p.m., è certamente possibile affermare il postulato che tutte le controversie nelle quali tale intervento è richiesto a pena di nullità coinvolgono diritti non disponibili [...]»; LUISO, *Diritto processuale civile*, V, cit., p. 119; LEVONI, *La pregiudizialità nel processo arbitrale*, Torino, 1975, p. 80. Condividono questo assunto in materia societaria: CARPI, *Profili dell'arbitrato in materia societaria*, cit., p. 420; LUISO, *Appunti sull'arbitrato societario*, cit., p. 707, secondo i quali le controversie in cui è presente l'intervento obbligatorio del pubblico ministero sarebbero una delle possibili categorie di diritti indisponibili.

²³⁸ BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri*, I, cit., pp. 111 ss.

L'esegesi ricordata appare preziosa ai fini della presente indagine.

La ferma convinzione del menzionato autore dell'esistenza di una scissione tra il ruolo del pubblico ministero e la compromettibilità della fattispecie è pienamente condivisibile: come ho cercato di dimostrare, l'arbitrabilità del diritto è solo condizionata dall'esistenza di una posizione giuridica soggettiva e dalla sua disponibilità.

Affermare il contrario significa svuotare il dettato normativo: non si deve dimenticare che l'art. 34 d.lgs. n. 5 del 2003, pur richiamando il criterio della disponibilità dei diritti, precisa che è vietata la stipula della clausola compromissoria nelle liti endosocietarie che prevedono la partecipazione obbligatoria del pubblico ministero²³⁹. Detto divieto, credo, non avrebbe ragione d'essere qualora si reputasse valida l'equazione tra diritto inarbitrabile e intervento del pubblico ministero.

Inoltre, una parte della dottrina, scorrendo sempre dell'arbitrato societario, evidenzia come la mera previsione del suo intervento obbligatorio non sia sufficiente a privare le parti della disponibilità del diritto. In una visione di più ampio respiro è anche affermato che l'intervento obbligatorio del pubblico ministero non va ad incidere sul diritto sostanziale fatto valere, ma «[...] sulle modalità di esercizio dell'azione e di elementi della sua struttura»²⁴⁰.

Infine, si deve tenere conto del fatto che nel processo civile, come osserva da tempo la giurisprudenza, la figura del pubblico ministero è marginale²⁴¹. Ad esso è attribuito un ruolo più formale che

²³⁹ RUFFINI, MANZO, sub art. 806 c.p.c., cit., p. 32.

²⁴⁰ M. VELLANI, *Il pubblico ministero nel processo*, II, Bologna, 1975, p. 616.

²⁴¹ Cass., 21 maggio 2014, n. 11223, in *DeJure*; Cass., 20 marzo 2013, n. 6889, ivi. La marginalità è confermata anche dalla recente riforma dell'art. 70 c.p.c. apportata dal d.l. 21 giugno 2013, n. 69, che stabilisce che il pubblico ministero, nelle cause davanti alla Corte di cassazione, deve intervenire solo nei «casi stabiliti dalla legge». Inoltre lo stesso art. 76 dell'ordinamento giudiziario ora prevede che il pubblico ministero presso la Cassazione è tenuto a intervenire «in tutte le udienze dinanzi alle Sezioni unite civili e nelle udienze pubbliche dinanzi alle sezioni semplici della Corte di cassazione, ad eccezione di quelle che si svolgono dinanzi alla sezione di cui all'art. 376, 1° comma, primo periodo, c.p.c.».

sostanziale, tanto che le corti²⁴² impongono di limitare la rilevanza *ex officio* del mancato intervento del pubblico ministero al solo grado di giudizio in cui esso doveva effettuarsi; per cui qualora la parte soccombente non deduca la sua mancanza quale motivo di impugnazione della sentenza, il vizio resta sanato definitivamente. Inoltre, si ritiene ormai perfettamente inutile la sua partecipazione (ed assurda l'estensione dell'intervento obbligatorio che la legge impone): infatti, l'impossibilità per il pubblico ministero di formulare le conclusioni rilega la sua posizione a quella di un «convitato di pietra»²⁴³.

All'interno di questa cornice, a mio avviso, deve leggersi la recente soppressione, nella materia della proprietà intellettuale, della obbligatorietà dell'intervento del pubblico ministero in qualsiasi causa di invalidità, in deroga all'art. 70 c.p.c.²⁴⁴.

Ciò posto, è possibile trarre le seguenti conclusioni.

Per quanto concerne la fattispecie del pubblico ministero agente²⁴⁵, si deve distinguere il caso in cui l'iniziativa del pubblico ministero sia necessaria per l'attuazione dell'ordinamento, perché non esiste un soggetto nella pienezza della sua capacità in grado di attivarsi a tale fine, oppure perché il soggetto non vuole o non può farlo, da quella in cui la legittimazione del pubblico ministero sia legata alle situazioni di diritto sostanziale da tutelare con riguardo ai limiti posti dall'ordinamento all'autonomia privata.

Nella prima ipotesi il potere d'azione concesso al pubblico ministero, essendo finalizzato ad assicurare l'esercizio dell'azione, non

²⁴² Cass., 17 maggio 1976, n. 1735, in *Foro it.*, 1976, I, cc. 2406 ss.; Cass., 8 febbraio 1967, n. 330, in *Giur. it.*, 1967, I, 1, cc. 1120 ss.; in tempi recenti: Cass., 31 marzo 2011, n. 7423, in *DeJure*; Cass., 23 febbraio, 2000, n. 2073, *ivi*. Inoltre la giurisprudenza recente rileva che, nei procedimenti in cui sia previsto l'intervento obbligatorio del pubblico ministero, la nullità derivante dalla sua omessa partecipazione al giudizio si converte in motivo di gravame, che tuttavia può essere fatto valere solo dalla parte pubblica: Cass., 17 luglio 2014, n. 16361, in *DeJure*; Cass., 31 marzo 2011, n. 7423, *ivi*; Cass., 2 dicembre 1993, n. 11960, *ivi*.

²⁴³ *Ex multis*: Cass., 8 gennaio 1970, n. 45, in *Giur. it.*, 1970, I, 1, cc. 1874 ss.; SATTA, *Diritto processuale civile*, a cura di Punzi, Milano, 1981, p. 81, nota 9.

²⁴⁴ Si rimanda a quanto si dirà nel par. 4b), cap. V, seconda parte.

²⁴⁵ M. VELLANI, *Del pubblico ministero*, in ALLORIO (diretto da), *Commentario del c.p.c.*, I, 2, Torino, 1973, pp. 755 ss.; *Id.*, *Sulla tipicità dell'azione civile del pubblico ministero*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1979, pp. 419 ss.

spiega alcuna influenza sulla materia del contendere, la quale, se è disponibile, rimane tale²⁴⁶.

Diversamente, nella seconda fattispecie, il fatto che l'azione sia data per l'interesse pubblico insito nella situazione di diritto sostanziale, l'azione del pubblico ministero influisce sulla conformazione del diritto²⁴⁷, trasformandolo da disponibile (sempre che non fosse già indisponibile secondo le norme di diritto sostanziale) ad indisponibile, nel senso che «[...] non può essere regolato diversamente da come lo disciplina il diritto obiettivo, ed è tutelabile unicamente attraverso il processo e quindi attraverso il necessario controllo del giudice»²⁴⁸.

Calate queste osservazioni nel campo arbitrale si deve negare l'ammissibilità della tutela arbitrale nelle ipotesi enucleate nella seconda categoria, poiché in simili casi la presenza del pubblico ministero incide direttamente sulla tutela che è accordata agli interessi materiali nel momento in cui essi diventano giuridicamente rilevanti²⁴⁹.

Diversamente nella prima ipotesi e in verità anche nel caso di intervento obbligatorio del pubblico ministero, non è possibile escludere a priori l'ammissibilità dell'azione arbitrale, che resterà, invece, esclusa qualora il diritto non superi il vaglio relativo alla sua arbitrabilità.

²⁴⁶ A tale proposito Vellani (M. VELLANI, *Del pubblico ministero*, cit., p. 756) fa l'esempio dell'azione esercitata dal pubblico ministero nel procedimento penale «nell'interesse del danneggiato, quando questi è incapace per infermità di mente o per età minore di far valere i propri diritti e non vi è chi lo rappresenta». Tuttavia, se nelle more del giudizio il minore diventa maggiorenne, quest'ultimo, quale titolare del diritto, può effettuare i normali atti di disposizioni, senza che il pubblico ministero vi possa interferire.

²⁴⁷ M. VELLANI, *Del pubblico ministero*, cit., p. 756, richiama l'esempio dell'azione di nullità del matrimonio.

²⁴⁸ M. VELLANI, *Il pubblico ministero nel processo*, II, p. 613; CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., p. 747, osserva che i diritti «[...] che, a costo di cadere in una contraddizione in termini, sono chiamati indisponibili, [...] in realtà presentano di peculiare di essere tutelabili unicamente attraverso il processo e quindi attraverso il necessario controllo del giudice». Peraltro, Carnacini ritiene che tali posizioni giuridiche siano qualificate come diritti solo per il fatto che il loro esercizio è subordinato alla volontà dell'interessato.

²⁴⁹ CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., p. 751.

Certamente in entrambe le ipotesi si pongono delicati problemi di coordinamento tra il giudizio arbitrale e la presenza del pubblico ministero, che possono essere sciolti solo partendo dalla corretta qualificazione della sua figura.

Per quanto concerne il pubblico ministero agente, convenendo con quanto sostenuto da Andrioli e poi da una parte della successiva letteratura²⁵⁰, reputo che il soggetto pubblico sia titolare di una mera azione.

Se ne deduce che la convenzione arbitrale, eventualmente esistente, vincolerà solo il soggetto privato, consentendo, invece, al pubblico ministero di esperire l'azione nel giudizio ordinario. In questo caso, tuttavia, si porranno delicati problemi di coordinamento delle decisioni che potranno essere risolti solo in sede di gravame.

Diversamente, nell'ipotesi di pubblico ministero interveniente, anche qualora si acceda all'interpretazione più rigorosa che lo qualifica quale litisconsorzio necessario²⁵¹, non penso che si possa escludere, come è stato affermato²⁵², l'accesso al giudizio arbitrale, stante la chiara previsione dell'art. 816-*quinquies* c.p.c. che consente, senza compiere alcun distinguo, l'intervento in arbitrato del litisconsorte necessario²⁵³. Inoltre, come è stato rilevato²⁵⁴, l'art. 70 c.p.c., discorre genericamente di "cause", senza richiedere che si tratti di procedimenti pendenti innanzi all'autorità giudiziaria.

Ritengo, dunque, applicabile in via analogica la previsione di cui all'art. 71 c.p.c., che impone al giudice la comunicazione degli atti al

²⁵⁰ M. VELLANI, *Il pubblico ministero nel processo*, cit., pp. 431 ss.; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, I, Napoli, 1943, p. 184. In senso difforme si pone, invece, LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, I, Milano, 1980, p. 122, che discorre di sostituzione processuale officiosa.

²⁵¹ Sul punto chiaramente MANDRIOLI, CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2016, pp. 490 ss., i quali osservano, alla nota 15, che si tratta di una figura particolare di litisconsorte necessario, stante l'assoluta autonomia della posizione del pubblico ministero rispetto alla situazione di diritto sostanziale. Al contempo, altra dottrina (M. VELLANI, *Del pubblico ministero*, cit., p. 832) osserva che nel caso di mancata presenza del pubblico ministero, il codice, anziché richiamare la disciplina delineata dall'art. 102 c.p.c., prevede una regolamentazione autonoma, stabilendo solo che l'udienza non possa essere tenuta (art. 75, 1° comma, ord. giud.).

²⁵² ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, cit., p. 87.

²⁵³ *Ibidem*.

²⁵⁴ *Ibidem*.

pubblico ministero. L'assenza di uno specifico divieto consente che la trasmissione sia compiuta anche dal collegio arbitrale²⁵⁵.

Sono consapevole che l'esegesi accolta del ruolo del pubblico ministero all'interno del giudizio arbitrale si pone in antitesi rispetto alla tradizionale interpretazione. Tuttavia, mi pare opportuno evidenziare che questa opzione ermeneutica sia aderente all'idea, diffusa oramai nel nostro ordinamento, di una doverosa comunicazione tra il mondo negoziale e quello pubblico, come dimostrano il potere riconosciuto agli arbitri di sollevare la questione di legittimità costituzionale e l'applicabilità della regola enucleata dall'art. 50 c.p.c. al processo privato²⁵⁶. Legittimare l'intervento del pubblico ministero anche nel giudizio arbitrale vuole dire solo avvalorare un'ulteriore modalità di comunicazione tra i due sistemi.

Al contempo, pur rimanendo ferma nella mia interpretazione esegetica, ritengo che la sintonia tra i due modi possa trovare effettiva affermazione solo mediante un apposito intervento legislativo, volto all'introduzione di specifici meccanismi di raccordo, che già operano all'interno della negoziazione assistita.

Per superare l'*impasse*, quindi, si potrebbe immaginare la possibilità, sulla base di una istanza motivata delle parti²⁵⁷, del rilascio di un preventivo consenso da parte del pubblico ministero al fine di consentire il ricorso alla giustizia arbitrale per l'accertamento del diritto in contesa.

Non rileva, invece, alcun controllo successivo, come, per esempio, quello previsto dall'art. 1968 c.c., poiché a differenza della transazione, ma anche della negoziazione assistita in materia familiare²⁵⁸, l'autonomia negoziale delle parti opera solo al momento della devoluzione della controversia in arbitrato. Il controllo dell'adequatezza e correttezza del lodo è già garantito dall'ordinamento, in via

²⁵⁵ Non mi soffermo, invece, sulla disamina dell'intervento facoltativo del pubblico ministero, il quale, in ragione dell'esegesi accolta, non può essere un ostacolo per la compromettibilità del diritto.

²⁵⁶ Come ritiene anche ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, cit., p. 87.

²⁵⁷ Attraverso questa istanza le parti dovrebbero motivare le ragioni che le spingono a rinunciare all'effettiva presenza del pubblico ministero.

²⁵⁸ Si rimanda a quanto enunciato.

preventiva, tramite l'attività di giudizio di soggetti terzi e imparziali e, in via successiva, mediante la facoltà per i contendenti di avvalersi dell'impugnazione del provvedimento arbitrale.

L'espressa previsione di una specifica autorizzazione consentirebbe, da una parte, di superare i problemi di contrasto di giudicati nel caso in cui l'azione sia attribuita anche al pubblico ministero e, dall'altra, di consacrare la comunicazione degli atti a quest'ultimo, ora ammissibile solo attraverso un'interpretazione molto estensiva del dettato normativo.

11. *Sintesi e transizione*

È il momento della sintesi e anche quello di circoscrivere ulteriormente, alla luce di quanto sino ad ora detto, il concetto positivo di disponibilità valevole in ambito arbitrale.

Come ho dimostrato, l'azione arbitrale è un'azione "tipica", ovvero non generica: per dirla attraverso le parole di Betti, il suo esercizio è subordinato ad una concreta ragione fatta valere in giudizio, che, per espressa previsione di legge, deve essere, però, disponibile.

Si è visto che l'arbitrato, dando origine a un processo vero e proprio, impone di attribuire alla nozione di disponibilità, richiamata dall'art. 806 c.p.c., una valenza diversa rispetto a quella operante nel mondo negoziale.

Peraltro, come molti hanno affermato, il concetto di disponibilità è mutevole, oltre che nel tempo, anche nello spazio, ovvero esso è influenzato dal "contenitore giuridico" in cui si trova ad operare²⁵⁹. Riprova di tale assunto, come ho cercato di dimostrare, si rinviene nella disciplina della confessione e del giuramento.

Avvalendomi della disciplina dei cc.dd. "negozi di secondo grado", ho sostenuto che il potere dispositivo rilevante ai fini dell'arbitrabilità è quello che si identifica nella facoltà di abdicare alla giustizia tradizionale a favore di una giustizia diversa. Quest'ultima, tuttavia, deve essere caratterizzata da due elementi: la possibilità di

²⁵⁹ BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri*, I, cit., p. 51.

porre in essere un processo nel rispetto del contraddittorio delle parti e l'esistenza di una decisione sulla lite. Elementi che sono assenti in altri mezzi alternativi di risoluzione delle liti, come la conciliazione e la mediazione.

Ciò posto, allora, è necessario verificare quando i litiganti possono esercitare questa opzione.

Se il concetto di disponibilità che deve essere accolto è più ampio di quello abbracciato nel mondo negoziale, non devono essere sollevati dubbi in merito alla possibilità di esperire la menzionata scelta in relazione a tutti quei diritti che possono essere oggetto di negoziazione tra le parti. In altri termini, quando i litiganti possono dettare delle regole di condotta, possono altresì ricorrere alla cognizione dei giudici privati.

A questa sfera di competenza arbitrale si deve aggiungere anche quella relativa a tutti quei diritti che, pur essendo connotati da una disciplina inderogabile, ammettono l'esercizio di una disponibilità limitata. In altri termini, non ritengo possibile distinguere tra una disponibilità relativa e una disponibilità assoluta in arbitrato²⁶⁰. Ove vi è una qualche forma di disponibilità negoziale, vi è anche l'arbitrabilità del diritto.

La ricostruzione storica e quella dogmatica hanno posto in luce come in arbitrato vi sia un legame inscindibile tra la sfera sostanziale e quella processuale: ne segue che, come si deve negare l'ammissibilità dell'azione arbitrale in assenza di una posizione giuridica soggettiva da tutelare, così è logico dedurre che i meccanismi di protezione del diritto litigioso si riverberino²⁶¹ nel contenitore processuale arbitrale, come, per esempio, è emerso nella disamina del rapporto tra l'arbitrato e il pubblico ministero.

Si tratta di un assunto di importanza centrale nella presente indagine.

Per meglio comprendere la correlazione tra mondo sostanziale e quello processuale, appare, quindi, utile indagare il rapporto inter-

²⁶⁰ BERNHEIM, DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, cit., p. 166.

²⁶¹ Tale affermazione rispecchia la stessa natura dell'arbitrato, strumento eterogeneo rispetto la giustizia statale.

corrente tra l'arbitrabilità e l'ordine pubblico, costituendo, quest'ultimo, come ha dimostrato la ricostruzione storica, il criterio esegetico per comprendere la prima.

Dunque, a mio parere, è necessario spostare l'indagine dal piano processuale a quello sostanziale, per poi farvi ritorno nella delimitazione dei confini di operatività dell'azione arbitrale.

Per tale ragione il capitolo che segue si dividerà in due parti: dopo avere delineato un concetto positivo di ordine pubblico, avvalendomi dell'esperienza francese, la mia attenzione si concentrerà sul rapporto intercorrente tra arbitrato e la nozione delineata, al fine di individuare i confini di esercizio dell'azione arbitrale.

CAPITOLO II

L'AZIONE ARBITRALE E L'ORDINE PUBBLICO

SEZIONE I

IL CONCETTO DI ORDINE PUBBLICO

1. *Premessa: alcuni rilievi generali sul concetto e sulla funzione dell'ordine pubblico*

«Nel campo della dottrina vi sono questioni che vengono, per dire così, archiviate allorquando intorno ad esse si è formata una *communis opinio* e ve ne sono altre invece che, sebbene non suscitino più aspri contrasti, tuttavia restano sempre all'ordine del giorno e, più sono discusse, e più permangono di viva attualità»¹.

Fra queste ultime rientra, come già affermava la dottrina sopra citata, il concetto di ordine pubblico, che, pur costituendo una nozione fondamentale e più volte evocata all'interno dei nostri testi legislativi, non trova, ancora oggi, una chiara definizione².

¹ GROPPALI, *Sul concetto di ordine pubblico*, in *Studi giuridici in onore di Santi Romano*, I, Padova, 1940, p. 73.

² Ivi, p. 77, evidenzia che le definizioni di ordine pubblico che si sono succedute si riducono fondamentalmente a due, e cioè la teoria obiettiva, che cerca di spiegare il complesso degli scopi perseguiti dalla tutela dell'ordine pubblico e la teoria subiettiva, che identifica l'ordine pubblico con un potere discrezionale del giudice. Riconduce espressamente l'ordine pubblico nella categoria dei concetti indeterminati, PARESCHE, voce *Interpretazione (fil. dir. e teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, pp. 236 ss.; G.B. FERRI, voce *Ordine pubblico (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 1039, secondo cui la formula legislativa utilizzata è segnale della sua complessità.

Tale difficoltà, propria non solo del nostro ordinamento, ha spinto la dottrina³ d'oltralpe a qualificare l'ordine pubblico come *sujet téméraire*, in virtù della sua tipicità ad essere un concetto elastico e storicamente variabile⁴ in ragione della esperienza giuridica-organizzativa a cui partecipa⁵.

Per siffatto motivo, si è rilevato⁶ che la nozione di ordine pubblico appare contraddire la regola generale secondo cui è possibile ricondurre a un significato generalmente costante qualsiasi espressione normativa utilizzata in un ordinamento⁷, poiché al suo interno è già racchiusa l'origine delle relazioni tra la società e i cittadini che

³ MALAURIE, *Le contract contraires à l'ordre public*, Reims, 1953, p. 3, il quale espressamente afferma «*Toutes ces comparaisons révelent combien une étude sur l'ordre public est un sujet téméraire*». Sul punto si confrontino anche le osservazioni di GUARNIERI, *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti del diritto civile*, Padova, 1974, pp. 4 ss.

⁴ In virtù della indeterminatezza che caratterizza questa nozione, la dottrina è solita inquadrala nei «concetti o principi-valvola», intendendo con tale espressione quei concetti presenti in ogni ordinamento, la «cui funzione principale consiste nell'approntare una categorizzazione per l'imprevisto, nel prestare al diritto una certa flessibilità, una capacità di adattamento» e che per questo sono considerate «valvole di sicurezza» dell'ordinamento. La caratteristica fondamentale dei concetti-valvola è senza dubbio la loro capacità di evolversi seguendo il divenire della vita politica e sociale dell'ordinamento. Con particolare riferimento al concetto di ordine pubblico, la dottrina, tuttavia, precisa che, seppure lo stesso condivida con i concetti-valvola questo grande dinamismo, si differenzia da questi ultimi per il fatto che l'ordine pubblico nel suo divenire deve mantenere sempre, proprio per la sua essenza, un nucleo immutabile di principi coincidenti con quelli reputati come fondamentali dell'ordinamento, poiché l'ammissibilità della sua trasformazione vorrebbe dire un sovvertimento straordinario dell'ordinamento stesso. Da quanto detto discende che il carattere «dinamico» della nozione non coincide con la sua generale indeterminatezza. Sul punto ampiamente: LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, pp. 80 ss.

⁵ In questo senso tra le tante, Cass., 21 febbraio 1940, n. 645, in *Foro it.*, 1940, I, c. 393. Per un'ampia disamina si rimanda alle osservazioni di G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, p. 7; CORSO, voce *Ordine pubblico (dir. pubbl.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 1060.

⁶ PALADIN, voce *Ordine pubblico*, in *Nuov. dig. it., disc. priv.*, XIII, Torino, 1968, p. 130. Di diverso parere è MACIOCE, *Ordine pubblico e autodeterminazione*, Torino, 2010, p. 11, secondo cui la nozione di ordine pubblico non può avere un significato preciso.

⁷ HAUSER, LEMOULAND, *Ordre public et bonnes mœurs*, in *Rép. Civ. Dalloz*, mars 2004, p. 4; CARBONNIER, *Les obligations*, in *Droit civil*, IV, 2000, p. 145; AA.VV., *L'ordre public concept et applications*, in *Les conférences du centre de droit privé et de droit économique*, Bruxelles, 1995, p. 10.

la compongono⁸. Questa consapevolezza ha portato Malaury⁹, nella sua celebre monografia, a identificare l'ordine pubblico nel «*bon fonctionnement des institutions indispensables à la collectivité*».

Al fine di razionalizzare la portata di questo concetto, all'interno del nostro ordinamento, si è soliti distinguere¹⁰ fra un «ordine pubblico materialmente inteso o amministrativo», in quanto concretamente imposto all'agire dei soggetti di un gruppo sociale, e un «ordine pubblico ideale o normativo» affermato e tutelato dal diritto vigente.

Il c.d. «ordine pubblico amministrativo» è proprio dello Stato-persona e si manifesta nei compiti di polizia e di sicurezza pubblica¹¹ e, al contempo, serve per individuare i limiti di alcune libertà costituzionalmente garantite¹²; diversamente il c.d. «ordine pubblico ideale o normativo» spetta allo Stato-ordinamento e si concretizza in un «sistema coerente ed unitario di valori e principi»¹³.

Mentre la prima definizione trova applicazione, oltre che nel diritto amministrativo, in quello penale e costituzionale, la seconda caratterizza il diritto civile e internazionale e per certi versi può essere rintracciata all'interno del testo costituzionale, benché in tale caso sia diretta alla realizzazione di altri scopi¹⁴.

⁸ Afferma Louis Lucas (citato da MALAURY, *L'ordre public et le contract. Etude de droit civil comparé : France, Angleterre, URSS*, Reims, 1961, p. 13) che il fine generale dell'ordine pubblico è quello di «*assurer le respect d'une exigence sociale fondamentale*».

⁹ MALAURY, *Le contract contraires*, cit., p. 69.

¹⁰ PALADIN, voce *Ordine pubblico*, cit., pp. 130 ss.; ANGELINI, voce *Ordine pubblico nel diritto comunitario*, in *Dig. it. (discipl. pubbl.)*, XVII, Agg. 2005, Torino, pp. 503 ss.; nello stesso senso LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Napoli, 1993, pp. 34 ss. Reputa valida siffatta distinzione anche PALAIA, *L'ordine pubblico internazionale*, Padova, 1974, p. 40, secondo cui il concetto di ordine pubblico sta a indicare le cc.dd. condizioni minime a cui è subordinata l'esistenza dell'ordinamento giuridico e la conservazione della comunità statale che è retta da questo ordinamento.

¹¹ Sul punto PALAIA, *L'ordine pubblico internazionale*, cit., p. 35, che evidenzia come l'ordine pubblico costituisca la sintesi «lo svolgersi regolare e pacifico delle attività umane nella comunità statale» e Corte cost., 16 marzo 1962, n. 19, in *Giur. cost.*, 1962, pp. 190 ss.

¹² CORSO, voce *Ordine pubblico*, cit., pp. 1060 ss.; ANGELINI, voce *Ordine pubblico nel diritto comunitario*, cit., pp. 503 ss.

¹³ PALADIN, voce *Ordine pubblico*, cit., p. 130.

¹⁴ PALADIN, voce *Ordine pubblico*, cit., p. 130; ANGELINI, voce *Ordine pubblico nel diritto comunitario*, cit., pp. 503 ss.

Il diverso modo di operare e il differente ambito di attuazione hanno indotto la letteratura¹⁵ a formulare, nel rispetto comunque della bipartizione sopra delineata, distinte nozioni di ordine pubblico¹⁶, che tengono conto del fine assolto nei diversi campi del diritto¹⁷.

I tentativi di costruire un concetto unitario di ordine pubblico sono pochi e alquanto criticati¹⁸.

In effetti, non si può negare che esso sia un principio poliedrico¹⁹, tanto da essere qualificato²⁰ come una *notion à fonction variable*; ovvero che si riempie di specifico contenuto a seconda dell'ambito in cui si trova ad operare. Al contempo, però, la singola funzione espletata non è in grado di violare quello che è definito il c.d. «*noyau dur*» del concetto di ordine pubblico. Quest'ultimo può identificarsi nei principi generali dell'ordinamento²¹ che assol-

¹⁵ Sul punto, a titolo esemplificativo e non esaustivo, GUARNIERI, voce *Ordine pubblico*, in *Dig. it. (disc. priv.)*, 1995, Torino, p. 154; MOCCIA, voce *Ordine pubblico (disposizioni a tutela dell')*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, pp. 2 ss.

¹⁶ PALADIN, *Ordine pubblico*, cit., pp. 130 ss.; LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, cit., p. 30. Di avviso contrario è ROMANO, *Ordinamento sistematico del diritto privato italiano*, I, Napoli, s.d., p. 44, secondo cui la nozione di ordine pubblico nel diritto civile non può essere delineata senza considerare anche le norme contenute nel codice penale che la riguardano.

¹⁷ Anche nello stesso ambito privato l'ordine pubblico assume diverse sfaccettature. Queste ultime sono state poste in evidenza in un celebre studio comparatistico non recente, AA.VV., in *L'ordre public*, in *Trauvax de l'Association Henri Capitant*, XLIX, LGDJ, 1998, *passim*.

¹⁸ Questi tentativi si risolvono tutti nell'estensione al diritto pubblico e al diritto penale di quella nozione ideale e normativa di ordine pubblico che caratterizza gli altri settori del diritto. Sul punto si rimanda a CORSO, voce *Ordine pubblico*, cit., p. 1058. Tra i tentativi indirizzati in questo senso si ricorda la ricostruzione di PALAIA, *L'ordine pubblico internazionale*, cit., p. 43.

¹⁹ In questo senso anche G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, cit., pp. 32 ss.; LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, cit., p. 45.

²⁰ Come si esprime JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, Paris, 1987, p. 225, il quale nega che il concetto di ordine pubblico possa essere qualificato come una *notion à contenu variable*, diversamente dalla nozione di errore.

²¹ Sul concetto di principio generale del diritto si rimanda a BOBBIO, voce *Principi generali del diritto*, in *Noviss. Dig. it. (disc. priv.)*, XIII, Torino, 1966, pp. 887 ss. In questo senso mi pare anche PALAIA, voce *Ordine pubblico*, cit., p. 81, secondo cui solo una simile identificazione consente di evitare, da una parte, di mantenere la distinzione tra ordine pubblico e norma imperativa e, dall'altra, di attribuire alla nozione di ordine pubblico un significato politico.

vonno la funzione di impedire che, «attraverso l'agire autonomo dei privati, [inteso in senso lato²²], si violino quei valori fondamentali che sono riconosciuti dall'ordinamento giuridico, come essenziali e caratterizzanti di quella società che esso vuole esprimere»²³.

Tali principi trovano concretizzazione non solo nelle norme scritte ma anche in quelle inesprese²⁴ «ricavabili per successive generalizzazioni delle norme particolari del sistema»²⁵.

Peraltro, come è stato osservato²⁶, l'ordine pubblico è un elemento che entra nella norma dall'esterno e che, come espressione di valore, ha una sua autonoma esistenza, prima e indipendentemente dal richiamo normativo.

Si tratta, inoltre, di un concetto che muta nel corso del tempo, in ragione del fatto che ogni comunità umana subisce delle trasformazioni che possono interessare anche il patrimonio di civiltà che le caratterizza²⁷.

Nelle pagine che seguono è mia intenzione soffermarmi sull'analisi del concetto di ordine pubblico ideale rilevante nel campo

²² Le parole costituiscono un'aggiunta imprescindibile per ritenere corretta questa definizione. Infatti, come sopra evidenziato, mentre le leggi di pubblica sicurezza e le norme di diritto penale hanno ad oggetto comportamenti materiali, le norme di diritto internazionale privato e di diritto civile relative al fenomeno dell'autonomia privata hanno ad oggetto degli atti, rispettivamente le leggi straniere e i negozi giuridici privati. Tuttavia, in entrambi i casi, a mio parere, l'ordine pubblico svolge una funzione c.d. limitante, a protezione dell'ordinamento giuridico.

²³ G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, cit., p. 200. In questo senso anche JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, cit., p. 225, il quale precisa «*en effet, le concept d'ordre public reste toujours le même : il agit d'une règle impérative consistant à imposer un intérêt auquel une volonté individuelle ne peut déroger. Cette idée reste identique, même si l'ordre public assume une fonction différent en droit international privé de celle qu'elle assume en droit judiciaire privé, en droit administratif ou en droit des obligations et même s'il est considéré comme un ordre public politique ou moral, économique ou social, de protection ou de direction*».

²⁴ Identifica l'ordine pubblico con il diritto naturale, DEL VECCHIO, *Sui principi generali del diritto*, in *Studi sul diritto*, I, Milano, 1958, pp. 211 ss.

²⁵ Sono le parole di BOBBIO, voce *Principi generali del diritto*, cit., p. 891. Tuttavia, non tutti i principi generali di diritto sono principi di ordine pubblico.

²⁶ G.B. FERRI, voce *Ordine pubblico (dir. priv.)*, cit., p. 1047.

²⁷ Un esempio tipico si ha nell'ambito matrimoniale, in seguito alla introduzione della legge sul divorzio.

privatistico, anche se la trattazione si intreccerà, inevitabilmente, anche con la nozione di ordine pubblico materiale.

Diversamente, non mi soffermerò ad approfondire il concetto di ordine pubblico processuale²⁸ – nozione che ha faticato ad imporsi, poiché si è soliti sostenere che il limite dell'ordine pubblico riguardi unicamente il contenuto della sentenza –, non avendo esso alcuna rilevanza ai fini della presente indagine.

Stesso discorso vale per il concetto di ordine pubblico internazionale²⁹, il cui utilizzo determina la non applicazione della legge

²⁸ All'interno dell'ampia categoria dell'ordine pubblico c.d. ideale è possibile annoverare, oltre all'ordine pubblico in campo privatistico, qui analizzato, anche il concetto di ordine pubblico interno c.d. processuale (sul punto si rimanda all'ampia disamina compiuta da CARPI, ZUCCONI GALLI FONSECA, in *L'ordre public*, in *Trauvax de l'Association Henri Capitant*, cit., p. 966 e in part. pp. 969 ss.; M. DE CRISTOFARO, *Ordine pubblico «processuale» ed enucleazione dei principi fondamentali del diritto processuale «europeo»*, in *Il diritto processuale civile nell'avvicinamento giuridico internazionale. Omaggio ad Aldo Attardi*, II, Padova, 2009, pp. 893 ss.). In Italia, un possibile collegamento delle questioni processuali con la problematica del rispetto dell'ordine pubblico è stato dapprima affermato da una nutrita serie di pronunce, che hanno sancito l'impossibilità di riconoscere decisioni basate su mezzi di prova che la legge italiana non avrebbe ritenuto ammissibili o rilevanti (a titolo solo esemplificativo si ricorda: Cass., 19 maggio 1958, n. 1639, in *Giust. civ.*, 1958, I, p. 1252, con nota adesiva di SATTA; Cass., 16 aprile 1959, n. 1138, in *Riv. dir. int.*, 1959, p. 626, con nota critica di MORELLI; Cass., 19 ottobre 1972, n. 3133, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1974, p. 98; Cass., 19 aprile 1991, n. 4235, in *Foro it.*, 1991, I, cc. 2396 ss.; Cass., 28 maggio 2004, n. 10378, in *DeJure*). Solo in un secondo momento un vero e proprio concetto di ordine pubblico processuale ha avuto ingresso in dottrina. In linea generale si reputa che contravvengano all'ordine pubblico processuale tutte quelle sentenze che siano il prodotto di un processo ove non sono stati rispettati i principi fondamentali, quali, ad esempio, quello del contraddittorio, di difesa, ecc.

²⁹ Sia per ragioni di completezza sia al fine di circoscrivere il concetto di ordine pubblico, che di seguito cercherò di delineare, è opportuno chiarire la differenza che intercorre tra la nozione di ordine pubblico interno e quello internazionale. La necessità di procedere a una corretta distinzione tra i due termini nasce dalle interpretazioni dottrinali che si sono sviluppate sotto la vigenza dell'art. 12 disp. prel. c.c. del 1865 e, in parte confermate, anche con l'introduzione dall'art. 31 disp. prel. c.c. del 1942, norma che è oggi sostituita dalla l. 218/1995 (sul punto si rimanda a POCAR, *I principi generali del diritto internazionale privato nella legge di riforma*, in *La riforma del sistema di diritto internazionale privato e processuale*, Milano, 1996, p. 16). Attualmente la dottrina è concorde nel rilevare che il *distinguo* tra le due nozioni sia da ricercare in base alla funzione da loro espletata nei rispettivi ambiti di applicazione (G.B. FERRI, *Ordine pubblico*, cit., p. 1055). Conseguentemente, mentre l'ordine pubblico interno è espressione dei principi in vigore in un sistema giuridico determinato, l'ordine pubblico internazionale è strettamente collegato

straniera contraria ai principi del foro. È evidente che si tratta di un profilo esulante dall'indagine che si sta compiendo, poiché l'ordine pubblico rilevante in questa sede coincide con il limite di scelta concesso al privato di ricorrere a una giustizia diversa rispetto a quella statuale. Si tratta di un ordine che ha le proprie radici nel concetto di ordine pubblico ideale, ma dallo stesso si discosta per la diversità di funzione.

2. *L'ordine pubblico ideale nel diritto privato: breve ricostruzione storica*

Si è concordi oggi a ritenere che l'ordine pubblico in senso ideale costituisca il criterio attraverso cui valutare la liceità e la meritevolezza dell'agire dei privati.

Si tratta, però, di un assunto che, prima della introduzione dell'impianto legislativo del 1942, non era affatto chiaro, in quanto l'ordine pubblico era considerato un concetto tipicamente pubblicistico³⁰.

all'idea di una «civiltà giuridica comune», di cui un sistema giuridico determinato fa parte. Come osserva una parte della dottrina (BARIILE, voce *Ordine pubblico (dir. inter. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 1111) «in via generale lo stato, per essere immediatamente e continuamente aderente alle esigenze basilari della comunità sociale che ne forma il sostrato in continuo divenire, invece di cristallizzare in proprie norme la tutela imprescindibile di dette esigenze, opera un'“apertura” nei confronti dei principi fondamentali espressi direttamente dalla coscienza della propria comunità, e ne ordina il rispetto, quale che possa essere il sistema giuridico applicabile in base alle regole di diritto internazionale privato [...]. Si tratta, peraltro, di un'“apertura” necessaria, che costituisce una vera e propria valvola di sicurezza». Pertanto, non si tratta di principi non derivabili direttamente da un sistema giuridico positivo, ma sono espressione della coscienza sociale (di diverso avviso è BADIALI, voce *Ordine pubblico, III) Diritto internazionale privato e processuale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, p. 1, che evidenzia che il concetto di ordine pubblico, oltre a essere funzionale, è anche caratterizzato dalla positività, e cioè i principi evocati devono essere recepiti esplicitamente o meno dall'ordinamento). Per quanto concerne la distinzione tra ordine pubblico internazionale e norme di applicazione necessaria, si rinvia a BADIALI, *Ordine pubblico*, cit., p. 3; PALAIA, voce *Ordine pubblico*, cit., pp. 114 ss. In giurisprudenza, Cass., 9 marzo 1998, n. 2622, in *Foro it.*, 1999, I, cc. 983 ss.

³⁰ Tale identificazione deriva dalla tradizione romana, sul punto si rimanda a PALAIA, voce *Ordine pubblico*, cit., p. 55, nota 36.

Storicamente la dottrina italiana, influenzata dalle esperienze straniere³¹, non mostra un eccessivo interesse per questa nozione. La prima consacrazione normativa si ha nel codice civile del 1865³², ove il termine *de quo* viene accostato a quello di «buon costume». Si tratta, tuttavia, di un riconoscimento solo formale³³.

Da qui il fiorire di definizioni vaghe, volte ad identificare il concetto *de quo* nell'interesse generale della comunità sociale, ovvero nel bene statuale³⁴. Coerentemente con tale qualificazione, esso viene considerato quale mezzo per mantenere «*paix au sein de l'État*»³⁵.

La peculiarità del contenuto, nonché della funzione attribuitagli, conduce la dottrina e la giurisprudenza ad accoglierne una interpretazione restrittiva³⁶, coincidente con quella di diritto pubblico desumibile dall'art. 12 disp. prel. c.c.³⁷. A tale proposito,

³¹ Ferri evidenzia (G.B. FERRI, *Ordine pubblico*, cit., p. 1045) che la dottrina civilistica non mostra un eccessivo interesse per il concetto di buon costume, preferendo approfondire e studiare i problemi connessi alla nozione di buon costume, a ciò indotta dalla tradizione francese e tedesca. Quest'ultima, infatti, non ritenendo che detto concetto avesse una reale rilevanza, aveva deciso di escluderlo dal *BGB*.

³² La formula "ordine pubblico", quale limite all'agire dei privati, compare per la prima volta all'interno della codificazione napoleonica. Essa cristallizza, secondo l'interpretazione accolta da una parte della dottrina, le nuove idee nate dalla Rivoluzione francese, in particolare modo quelle di libertà e di dignità della personalità dell'individuo e si pone quale mezzo per garantire l'effettiva realizzazione di questi principi.

³³ Come pone in luce G.B. FERRI, *Ordine pubblico*, cit., p. 1045.

³⁴ Sul punto si rimanda a F. FERRARA SR, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano, 1914, pp. 55 ss., identifica l'ordine pubblico nell'interesse della società; PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile*, I, Milano, 1943, pp. 27 e 28, accosta l'ordine pubblico all'interesse statale; CHIRONI, ABELLO, *Trattato di diritto civile italiano*, I, Torino, 1904, pp. 11 e 12, si esprimono in termini di utilità generale.

³⁵ ESMEIN, *Obligations*, in PLANIOL, RIPERT (a cura di), *Traité pratique de droit civil français*, VI, Paris, 1930, p. 304.

³⁶ Espressione a sua volta dei valori corporativi.

³⁷ PANZA, voce *Ordine pubblico. Teoria generale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, p. 1. La norma citata recita testualmente «Nonostante le disposizioni degli articoli precedenti, in nessun caso le leggi, gli atti e le sentenze di un paese straniero, e le private disposizioni e convenzioni potranno derogare alle leggi proibitive del regno che concernano le persone, i beni o gli atti, né alle leggi riguardanti in qualsiasi modo l'ordine pubblico e il buon costume». Oltre a questa previsione, il codice civile del 1865 richiama la nozione di ordine pubblico anche

Ferrara *senior* afferma che ritenere «l'ordine pubblico (*al di*) fuori dal campo della legge, si va incontro ad un pelago sconosciuto e senza confini. D'altra parte è da osservare che i concetti di legge ed ordine pubblico stanno fra loro nella stessa relazione di causa ed effetto, perché l'ordine pubblico è il risultato dell'ordinamento giuridico [...]»³⁸.

Lo scenario muta con l'ingresso del codice civile del 1942: l'ordine pubblico esaurisce la mera funzione di rafforzare il divieto già contenuto in una norma imperativa e acquista una propria identità³⁹. Questo cambiamento si basa essenzialmente su tre ragioni.

In primo luogo vengono meno le basi testuali su cui si fondava la tesi dottrinale sopra ricordata: infatti l'art. 31 disp. prel. c.c., oggi abrogato dall'art. 73 della legge 31 maggio 1995, n. 218, che sostituiva l'art. 12 disp. prel. al codice civile del 1865, richiama direttamente l'ordine pubblico senza compiere alcun collegamento con le

all'art. 1122, il quale stabilisce che la causa dell'obbligazione sia illecita qualora sia contraria «alla legge, al buon costume o all'ordine pubblico». Dall'analisi delle due disposizioni è palese la differenza formale che le caratterizza: mentre l'ordine pubblico richiamato dall'art. 12 disp. prel. c.c. assume una rilevanza solo se espresso e contenuto in una legge, l'art. 1122 c.c. richiama l'ordine pubblico come fonte normativa autonoma. Sul punto si rimanda anche a GIANTURCO, *Sistema di diritto civile italiano*, I, Napoli, 1894, p. 17 ss.; F. FERRARA SR, *Teoria del negozio illecito*, cit., pp. 60 ss.; G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, cit., p. 6.

³⁸ F. FERRARA SR, *Teoria del negozio illecito*, cit., pp. 54 e 55. L'a., pur consapevole della differenza formale tra le due disposizioni, ritiene che la lettera dell'art. 1122 c.c. non possa affermare un principio contrastante con l'art. 12 disp. prel. c.c., poiché sarebbe inconcepibile che «una disposizione speciale e particolare, in tema di contratto, anzi una applicazione singola del principio generale, possa essere più estesa del principio stesso, anzi venga a rovesciare quello». La necessità di ancorare il concetto di ordine pubblico al dettato normativo deriva principalmente dalla preoccupazione di non lasciare troppo potere discrezionale al giudice. Tale impostazione non è esente da critiche, poiché l'accoglimento di questa ricostruzione determina la necessità di individuare quali siano le leggi di ordine pubblico e di distinguerle così dalle altre. Sul punto si rimanda a G.B. FERRI, *Ordine pubblico*, cit., p. 1047.

³⁹ In realtà l'inizio del riconoscimento di una vera e propria autonomia inizia già verso la fine degli anni Trenta, grazie al costante lavoro della giurisprudenza. Sul punto si rimanda a SACCO, *Il contratto*, in SACCO (a cura di), *Trattato di diritto civile*, II, 3° ed., Torino, 2004, pp. 95 ss.; RUSSO, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 580.

leggi positive⁴⁰. In secondo luogo, nel novello codice, il concetto *de quo* viene introdotto nell'impianto di nuove norme o comunque di disposizioni rivisitate rispetto al testo previgente. Infine, la tecnica legislativa adottata dal codice civile del 1942 si discosta da quella precedente, poiché si caratterizza per l'ampio utilizzo di clausole generali e di principi⁴¹.

Si tratta, però, di un'evoluzione consacrata unicamente a livello di fonti primarie, poiché la Costituzione rimane priva di qualunque riferimento diretto⁴². Nonostante ciò, sia la dottrina civilistica che la giurisprudenza⁴³ non hanno mai messo in discussione che il testo costituzionale costituisca il punto di riferimento per potere correttamente delineare il concetto di ordine pubblico ideale⁴⁴. Quest'ultimo deve, oggi, tenere conto anche dei principi abbracciati in ambito europeo⁴⁵.

⁴⁰ Sul punto, PALAIA, voce *Ordine pubblico*, cit., p. 80, secondo cui il concetto di ordine pubblico accolto dal nuovo codice non ha natura politica e non deve essere identificato con norme particolari.

⁴¹ RABITTI, *Contratto illecito e norma penale. Contributo allo studio della nullità*, Milano, 2000, p. 93; COTTA, *Il giurista e la società in trasformazione*, in *Iustitia*, 1966, pp. 267 ss.; NICOLÒ, *Codice civile*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, pp. 241 ss.

⁴² Una parte della dottrina ha ritenuto che lo stesso art. 54 della Costituzione fosse espressione di tale principio: PALADIN, voce *Ordine pubblico*, cit., p. 130.

⁴³ *Ex multis*: Cass., 9 novembre 1981, n. 5924, in *Riv. dir. lav.*, 1982, p. 38; Corte cost., 2 febbraio 1982, n. 18, in *DeJure*; in questa direzione, come è noto, si pone anche la stessa giurisprudenza europea, tra le tante si ricorda Corte Giust. Ce, 14 ottobre 2004, n. 36, in *DeJure*, ove si legge: «I diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto dei quali la Corte garantisce l'osservanza. A tal fine, la Corte si ispira alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e alle indicazioni fornite dai trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo a cui gli Stati membri hanno cooperato e aderito [...]».

⁴⁴ In virtù di siffatta ragione, la dottrina (PALADIN, voce *Ordine pubblico*, cit., p. 132) osserva che l'ordine pubblico amministrativo si mostra strumentale rispetto al c.d. ordine pubblico normativo. Oggi, come si indicherà nel paragrafo seguente, tale compito è attribuito anche ai principi espressi dal diritto comunitario e dalle Convenzioni internazionali, in particolare modo alla Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo del 1948, alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo del 1951, alla Carta Sociale europea del 1961 e al Trattato di Roma del 1957.

⁴⁵ È stato osservato (ANGELINI, *Ordine pubblico nel diritto comunitario*, in *Dig. it., disc. pubbl.*, Agg., II, 2005, p. 503) che l'esame delle disposizioni del Trattato Ce che contengono l'espressione "ordine pubblico" giustifica pienamente le perplessità avanzate: le norme europee utilizzano il rinvio a tale nozione come espressione

3. *L'influenza del diritto europeo nella delimitazione del concetto di ordine pubblico ideale*

Per lungo tempo si è affermata l'inesistenza⁴⁶ di un ordine pubblico di natura europea autonomo e indipendente rispetto a quello degli stati membri, in virtù del continuo intersecarsi, a livello sovranazionale, dell'ordine pubblico europeo con quello degli altri Stati membri.

La dottrina più recente⁴⁷, invece, riconosce accanto a un ordine pubblico interno ed internazionale, l'esistenza di uno europeo, autonomo e distinto rispetto a quello degli Stati membri ma connesso al dettato e all'interpretazione dei trattati istitutivi e della normativa derivata. Quest'ultimo, da una parte, si affianca a quelli nazionali, integrandoli ed armonizzandoli grazie al particolare ruolo svolto dalla Corte di giustizia e, dall'altra, costituisce un punto di riferimento per lo stesso ordine pubblico internazionale.

L'ordine pubblico europeo, quale insieme dei principi fondamentali, è stato per lungo tempo visto come un ordine pubblico economico: è del resto indiscutibile che la «formazione dei principi dell'economia di mercato» abbia costituito «la condizione minima e

di un'eccezione all'applicazione della disciplina sulla libera circolazione in favore delle norme nazionali.

⁴⁶ BOUTARD, LABARDE, *L'ordre public en droit communautaire*, in AA.Vv., *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Paris, 1996, p. 83.

⁴⁷ POILLOT, PERUZZETTO, *Ordre public et droit communautaire*, in *Jour. droit internat.*, 1993, pp. 177 ss., definisce l'ordine pubblico nel diritto comunitario «nazionale d'ispirazione» e «comunitario di origine e di ispirazione»; KARYDIS, *L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire : un concept à contenu variable*, in *Rev. trim. droit eur.*, 2002, pp. 1 ss.; BASEDOW, *Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence*, in *Mélanges Lagarde*, 2005, pp. 55 ss.; RACINE, *La contribution de l'ordre public européen à l'élaboration d'un ordre public transnational en droit de l'arbitrage*, in *Revue des Affaires Européennes*, 2005, pp. 227 ss., che qualifica l'ordine pubblico europeo come un «laboratorio della mondializzazione»; ANGELINI, *Ordine pubblico nel diritto comunitario*, cit., p. 504; ID., *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, Padova, 2007, pp. 166 ss.; FUMAGALLI, *L'ordine pubblico nel sistema del diritto internazionale privato comunitario*, in *Dir. comm. internaz.*, 2004, p. 636; RASIA, *Tutela giudiziale europea e arbitrato*, Bologna, 2010, pp. 11 ss.

indispensabile per la formazione di una base comune d'intesa, senza la quale l'Unione europea non si sarebbe mai formata»⁴⁸.

Pertanto, l'ordine pubblico europeo è stato considerato espressione di una potestà normativa di settore che circoscrive le sue finalità nell'ambito della produzione e del mercato e che racchiude tutte quelle norme che sono indispensabili per la tutela degli interessi fondamentali dell'ordinamento europeo, estrinsecati nelle quattro libertà (di circolazione di merci, delle persone, dei servizi e dei capitali), nonché per la tutela della concorrenza e del libero mercato contro le pratiche monopolistiche⁴⁹. Tale concetto è stato poi allargato dalla dottrina con ingredienti propri di uno spazio metaeconomico⁵⁰.

Al contempo, la giurisprudenza europea ha individuato una nozione di ordine pubblico europeo collegato direttamente a fonti europee. Significative in questa direzione sono tre pronunce: *Krombach*⁵¹, *Benetton*⁵² e *Mostanza Claro*⁵³.

Nella prima si è affermato che i diritti fondamentali riconosciuti dalla C.e.d.u. costituiscono principi base del diritto dell'Unione e, in quanto tali, costituenti principi di ordine pubblico europeo; nella seconda si è attribuita valenza di ordine pubblico alla normativa *antitrust* ed infine, nella terza, tale natura è stata ravvisata nella normativa relativa ai consumatori.

⁴⁸ BIFULCO, *Costituzioni pluralistiche e modelli economici*, in ATRIPALDI *et al.*, *Governi ed economia. La transazione istituzionale nella XI legislatura*, Padova, 1998, p. 526.

⁴⁹ RACINE, *La contribution de l'ordre public*, cit., p. 232.

⁵⁰ Come correttamente pone in luce RASIA, *Tutela giudiziale europea*, cit., p. 112; BIANCO, voce *Ordine pubblico economico*, in *Dig. it., sez. pubbl.*, Agg., II, Torino, 2004, pp. 496 ss.; ANGELINI, *La nozione di ordine pubblico nel diritto comunitario*, in *Rassegna Parlamentare*, 2005, pp. 153 ss.

⁵¹ Corte giust., 28 marzo 2010, *Krombach v. Bamberrski*, C-67/98, in *Racc.*, 2000, I, pp. 1935 ss.

⁵² Corte giust., 1° giugno 1999, *Ecoswiss v. Benetton*, C-127/97 in *Foro it.*, 1999, IV, c. 470, con nota di BASTIANON, commentata anche da RADICATI DI BROZOLO, *Arbitrato, diritto della concorrenza, diritto comunitario e regole di procedura nazionale*, in *Riv. arb.*, 1999, pp. 666 ss.

⁵³ Corte giust., 26 ottobre 2006, C 168-05, in *Riv. dir. proc.*, 2007, pp. 1083 ss., con nota critica di E.F. RICCI; in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, con nota di SALOMONE; in *Riv. arb.*, 2006, pp. 673 ss., con nota di D'ALESSANDRO. Sul punto anche Corte giust., 6 ottobre 2009, C- 40/08, in *Defure*.

Come osserva la dottrina⁵⁴, oggi, il problema dell'autonomia dell'ordine pubblico europeo nonché del suo contenuto è stato risolto in gran parte dal Trattato di Lisbona in quanto, benché non seguendo la strada della carta costituzionale, esso individua un nocciolo duro di norme fondamentali all'interno dell'ordinamento europeo. Infatti, il Trattato ha sottolineato che i diritti fondamentali della Convenzione europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo fanno oggi parte dell'Unione europea quali principi generali dell'ordinamento (art. 6, comma 3°).

Come correttamente pone in luce l'avvocato generale Tizzano nella causa *Mostanza Claro* non tutte le norme presenti nell'ordinamento europeo hanno una valenza di ordine pubblico, ma lo sono unicamente quelle indispensabili a garantire la tutela degli interessi fondamentali dell'Unione europea⁵⁵. Solo tali precetti sono in grado di influenzare il contenuto dell'ordine pubblico interno.

4. *La nozione di ordine pubblico interno oggi accolta nel codice civile e la sua distinzione rispetto a quella di norma imperativa (in nota il concetto di buon costume)*

Dalla ricostruzione storica tratteggiata emerge come l'ordine pubblico, oggi, costituendo lo specifico contrappeso dell'autonomia della volontà⁵⁶, assolve una peculiare funzione di «filtro»⁵⁷: esso consente di reputare come legittimi solo quegli atti che appaiono conformi all'ordinamento giuridico dello Stato. Si tratta di un assunto confermato dalla dizione dell'art. 1343 c.c.⁵⁸, che riconduce

⁵⁴ RASIA, *Tutela giudiziale europea*, cit., p. 114, sottolinea che l'art. 6 Trattato Ue ha riconosciuto alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione il medesimo valore giuridico dei trattati e i principi ivi contenuti sono oggi ritenuti di immediata applicazione nel territorio dell'Unione.

⁵⁵ Cfr. cap. II, parte seconda.

⁵⁶ PALADIN, voce *Ordine pubblico*, cit., p. 133; G.B. FERRI, *Ordine pubblico*, (*dir. priv.*), cit., p. 1054.

⁵⁷ PALAIA, voce *Ordine pubblico*, cit., p. 51.

⁵⁸ Secondo una parte della dottrina, la funzione *de qua* trova esplicazione, soprattutto, nello stesso art. 1322 c.c., che, sancendo l'autonomia negoziale, consente la determinazione dei limiti contenutistici e attribuisce ai privati il diritto di conclu-

l'illiceità del contratto alla violazione delle norme imperative, del buon costume⁵⁹ e dell'ordine pubblico⁶⁰.

Avvalendosi di questa interpretazione, la dottrina⁶¹ riconosce una funzione essenzialmente conservativa al concetto di ordine

dere contratti atipici «purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico».

⁵⁹ La nozione di buon costume affonda le sue origini nel diritto romano e nei *boni mores* e sintetizza la condivisione di parametri comuni di una civiltà. Gli interpreti tendono a qualificare il buon costume come espressione dell'ordine etico, della coscienza morale della collettività (RODOTÀ, *Ordine pubblico o buon costume?*, in *Giur. merito*, 1970, pp. 5 ss.; G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, cit., *passim*; PROTETTI, voce *Buon costume*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1957, pp. 594 ss.). Il parametro del buon costume assolve una funzione residuale rispetto al concetto di ordine pubblico e può operare solo qualora manchi, oltre che una specifica norma imperativa, anche un principio di ordine pubblico da applicare. Le esigenze di moralità non sono legate a un particolare assetto politico, poiché da esso, per loro natura, trascendono. La nozione di moralità si caratterizza per non essere uguale in tutti i tempi e in tutti i luoghi, ma per variare a seconda del passare del tempo e dello sviluppo intellettuale ed etico di un popolo. A tale proposito, osserva una dottrina (G.B. FERRI, *Ordine pubblico*, cit., p. 1049, nota 41, parla di un *supplement de moralité*) che «non si devono scambiare come espressioni del buon costume i contenuti etici (dell'etica dell'organizzazione e della convivenza, per dirla con la dottrina tedesca) di cui alcuni valori e principi fondamentali di un ordinamento giuridico possono farsi portatori, dato che questi evidentemente invece appartengono ai contenuti dell'ordine pubblico». Benché concettualmente possa apparire chiaro il *distinguo*, non altrettanto si può dire dal punto di vista pratico, tanto che, a mio avviso, la valutazione del campo di applicazione dei due concetti non può svolgersi in totale contrapposizione, ma deve tenere conto del costante processo di osmosi a cui i due termini sono comunemente soggetti (sul punto chiaramente NUZZO, voce *Negozio giuridico IV*), *Negozio illecito*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, p. 5). Di tale difficoltà il legislatore è bene a conoscenza, tanto che ha espunto qualunque riferimento al buon costume nella legge di riforma del diritto internazionale privato.

⁶⁰ Cfr. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in VASSALLI (diretto da), *Trattato di dir. civ. it.*, XV, 2, rist. 2ª ed., Torino, 1960, pp. 107 ss. e 114 ss., il quale dipinge la distinzione di negozio illecito e negozio illegale. Mentre il primo è lesivo degli interessi degli altri consociati ed è osteggiato dal diritto in sé stesso, il secondo è sfornito dei requisiti previsti dalla legge ed è inidoneo a raggiungere la soglia del diritto e a chiedere, quindi, la protezione legale.

⁶¹ G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, cit., *passim*; nello stesso senso PALAIA, voce *Ordine pubblico*, cit., p. 83, nota 71 e p. 87, anche se preferisce non utilizzare l'espressione «conservatrice», rilevando che l'ordine pubblico svolge una funzione di «tutela dell'integrità dell'ordinamento giuridico». È opportuno precisare che questo fine, essendo proprio in linea generale all'ordine pubblico ideale, è attribuito anche all'ordine pubblico c.d. internazionale. Anzi, una parte della dottrina (CERRI, voce *Ordine pubblico. II*) *Diritto costituzio-*

pubblico, ritenendo che esso sia finalizzato ad impedire che attraverso l'agire autonomo dei privati si violino quei valori fondamentali che sono riconosciuti dall'ordinamento giuridico come essenziali e caratterizzati una società. In sostanza, l'ordine pubblico costituisce la chiave di lettura della liceità dei comportamenti, tutte le volte in cui la valutazione non sia stata operata esplicitamente da una norma⁶².

Per potere effettuare questo giudizio è determinante cogliere quali siano i caratteri dell'ordinamento storicamente realizzato⁶³. Questi ultimi, come ho osservato, pur trovando il principale punto di riferimento nelle disposizioni di principio espresse in via diretta o indiretta⁶⁴ dalla Carta costituzionale⁶⁵, non si esauriscono in essa.

Inoltre, talvolta, la valutazione della correttezza dell'agire dei privati non richiede solo un controllo del rispetto dei principi caratterizzanti un ordinamento, ma esige anche di procedere a un loro bilanciamento⁶⁶. In questo caso, l'ordine pubblico, unitamente a un'opera c.d. negativa o conservatrice, svolge un'attività positiva, che consente di soppesare i principi in gioco, avendo come fine la garanzia dell'interesse sociale⁶⁷.

nale, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, p. 3) reputa che esso costituisca anche il cuore del diritto penale.

⁶² Cass., 11 ottobre 1979, n. 5311, in *Riv. notariato*, 1980, p. 134.

⁶³ In questo senso Corte cost., 16 marzo 1962, n. 19, in *Giur. cost.* 1962, pp. 197-198.

⁶⁴ Come si verifica per quei valori che sono espressi da fonti diverse dalla Costituzione ma che trovano in essa il proprio riconoscimento. Mi riferisco ai principi enucleati dalle fonti di origine internazionale e comunitaria, la cui rilevanza, all'interno del nostro ordinamento è consacrata dall'art. 10 della Costituzione.

⁶⁵ In questo senso NUZZO, voce *Negozio giuridico IV*), cit., p. 3; BIANCA, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 620. In eguale modo si esprime LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, cit., pp. 53 e 273, il quale afferma che l'ordine pubblico non si identifica nelle norme imperative o nelle norme costituzionali ma è espressione del modello sociale storicamente esistente e si pone come strumento flessibile e adeguato alla cultura del momento per promuovere la concretizzazione dei valori fondamentali dell'ordinamento.

⁶⁶ A tale proposito Corte cost., 14 dicembre 1972, n. 199, in *Giur. cost.*, 1972, p. 2225.

⁶⁷ G.B. FERRI, *Ordine pubblico, (dir. priv.)*, cit., pp. 1042 ss.; CERRI, voce *Ordine pubblico. II) Diritto costituzionale*, cit., p. 3.

Come sopra evidenziato, il parametro dell'ordine pubblico⁶⁸ non opera qualora la valutazione di illiceità della condotta dei privati sia già stata compiuta da una norma imperativa⁶⁹, come è confermato dall'art. 1343 c.c., che identifica separatamente le due violazioni⁷⁰. Giocoforza i due concetti devono essere tenuti distinti⁷¹.

Credo che ontologicamente le norme imperative si differenzino dall'ordine pubblico, poiché mentre le prime rappresentano le disposizioni espressamente ed appositamente rivolte a circoscrivere l'autonomia dei privati, il secondo è espressione delle fondamentali

⁶⁸ Sul punto BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, p. 52, secondo cui la funzione c.d. eterointegrativa dei principi generali, attribuendo loro una «forza di espansione, non meramente logica, ma assiologia [...] tale da trascendere il mero dato positivo». In modo più generale si rimanda a BOBBIO, voce *Principi generali del diritto*, cit., pp. 891 ss.

⁶⁹ In dottrina esistono tre distinte opinioni di norma imperativa. Secondo un primo indirizzo la norma imperativa sarebbe individuata in relazione al suo contenuto. In altre parole si tratterebbe di una norma precettiva, volta a porre un comando o un divieto (BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pp. 379 ss.; in senso in parte favorevole, anche NUZZO, voce *Negozio giuridico IV*), cit., pp. 6 ss., *contra* RABITTI, *Contratto illecito e norma penale*, cit., pp. 87 ss.). Secondo altra opinione, essa sarebbe sinonimo di norma inderogabile (COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1924, p. 13). Infine, secondo un terzo orientamento la norma imperativa sarebbe una norma di interesse o di ordine pubblico (F. FERRARA SR, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, cit., pp. 25 ss.; *contra* NUZZO, voce *Negozio giuridico IV*), cit., pp. 5 ss.). Indipendentemente dalle distinzioni operate dai numerosi interpreti, reputo di condividere l'osservazione di chi rileva che le norme imperative non siano altro che precetti inderogabili, muniti di efficacia assoluta (cfr. sul punto DE CUPIS, *Teoria e pratica del diritto civile*, ed. 2°, Milano, 1967, p. 44).

⁷⁰ G.B. FERRI, voce *Ordine pubblico (dir. priv.)*, cit., p. 1038; LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, cit., p. 49.

⁷¹ Sul punto ALBANESE, *Violazione delle norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, pp. 5 ss., il quale, ripercorrendo i lavori preparatori del c.c., evidenzia come vi sia stata la proposta formulata da Chiarelli di identificare il carattere imperativo della norma con il concetto di ordine pubblico. Cfr. anche PALAIA, voce *Ordine pubblico*, cit., pp. 54-55, secondo cui costituisce una vera e propria petizione di principio una simile identificazione, in quanto, così operando, si ottiene l'unico risultato di spiegare una nozione tramite l'altra. In questo senso anche LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, cit., p. 49; MASTROPASQUA, *Art. 1418, comma 1°, cod. civ.: la norma imperativa come norma inderogabile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, pp. 53 ss. In senso contrario, invece, G.B. FERRI, voce *Ordine pubblico (diritto civile)*, cit., p. 1038.

direttive del sistema e riguarda solo indirettamente e successivamente i privati⁷².

Con tale assunto, non voglio negare il carattere inderogabile dei principi di ordine pubblico, poiché è naturale che questi ultimi, una volta positivizzati, siano tradotti in norme imperative, bensì desidero rilevare che non tutte le norme imperative possono essere ritenute portatrici di un interesse che investe tutta la collettività.

Per comprendere la distinzione *de quo* è utile soffermarsi sul modo di operare della nozione di ordine pubblico nel giudizio di liceità del contratto. Tale esame permette di distinguere⁷³ divieti nascenti da «ragioni di ordine etico-politico»⁷⁴ e divieti ascrivibili a «esigenze di ordine tecnico».

Quelli nascenti da «ragioni di ordine etico-politico» nascono dalla necessità di impedire che, attraverso l'autonomia negoziale, sia minato «nell'essenza lo "spirito" dell'ordinamento»⁷⁵.

Diversamente, i divieti nascenti da principi cc.dd. di «ordine tecnico»⁷⁶ costituiscono pura espressione dell'ordine razionale pro-

⁷² Così PALADIN, voce *Ordine pubblico*, cit., p. 134.

⁷³ NUZZO, voce *Negozio giuridico IV*), cit., p. 4.

⁷⁴ Questa distinzione, benché espressa in termini diversi, appare anche in BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pp. 107 ss. L'a., parlando di oneri (sul concetto di onere si rimanda a CARRESI, *Introduzione a uno studio degli oneri e obblighi delle parti nella formazione del negozio giuridico*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1949, pp. 823 ss.) incombenti sull'autonomia privata nella formazione del negozio, distingue tra oneri aventi carattere disponibili e non disponibili. Possono qualificarsi disponibili gli oneri la cui inosservanza pregiudica l'efficacia vincolante della dichiarazione nei riguardi della controparte, mentre sono oneri indisponibili quelli comuni ad entrambe le parti. Oltre a questa distinzione l'a. ricorda che per quanto concerne gli oneri riferiti propriamente alla causa del negozio, gli oneri dell'autonomia privata (siano essi disponibili o indisponibili) possono classificarsi in oneri di carattere formale (cc.dd. oneri di legalità) e oneri di carattere causale, attinenti alla funzionalità del negozio (cc.dd. oneri di legittimità). Tra gli oneri di legalità si devono menzionare quelli che servono ad assicurare la validità del negozio, diversamente da quegli oneri che servono a evitare che l'efficacia impegnativa del negozio si estenda oltre i confini previsti dalla parte.

⁷⁵ Così si esprime NUZZO, voce *Negozio giuridico IV*), cit., pp. 4 e 5. L'a. osserva, pertanto, che deve ritenersi nullo, a esempio, per contrasto con l'ordine pubblico il negozio finalizzato a imporre limitazioni alla libertà della persona umana. Cfr. Cass., 2 novembre 2003, n. 16432, in *DeJure*.

⁷⁶ GENTILI, *Le invalidità*, in GABRIELLI (a cura di), *I contratti in genere*, II, Torino, 1999, p. 1330.

prio degli istituti giuridici e sono volti ad assicurare l'equilibrio tra i contraenti e la loro effettiva libertà di scelta.

Ne segue che gli effetti della loro violazione sono differenti: il mancato rispetto dei divieti di ordine «etico-politico» determina la illiceità del negozio e quindi la sua nullità; l'inosservanza di quelli di «ordine tecnico» dà luogo, invece, alla incompiuta realizzazione della fattispecie prevista dalla legge⁷⁷, ma non alla illiceità.

Tale modo di operare si traduce anche in una graduazione della disciplina dell'atto nullo, evitando che si realizzi «una eccedenza dello strumento tecnico, o se si vuole della sanzione, rispetto al fondamento sostanziale della norma che lo prevede»⁷⁸.

Tale ricostruzione teorica si rileva proficua ai fini della presente indagine, poiché consente di affermare che all'interno del concetto di ordine pubblico è possibile individuare due categorie di regole: le prime volte alla tutela dell'interesse generale e le seconde indirizzate alla protezione dell'interesse individuale proprio del negozio posto in essere.

Questa duplicità di funzioni ricorda la distinzione, propria dell'ordinamento francese, tra ordine pubblico di direzione e ordine pubblico di protezione, *distinguo* che, in realtà, è conosciuto anche all'interno del nostro sistema grazie al recepimento⁷⁹, da parte della

⁷⁷ Alcuni parlano di mera irregolarità (DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 1999, p. 3 definisce contratto irregolare quello contrario a una disposizione che, nella ipotesi della sua violazione, preveda effetti diversi dalla nullità, poiché ispirata non già alla tutela di interessi generali, ma a scopi diversi (di finanza, di polizia, disciplina)). Sul punto anche FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano, 1902, p. 23.

⁷⁸ PASSAGNOLI, *Le nullità speciali*, Milano, 1995, pp. 57 ss.; RABITTI, *Contratto illecito e norma penale*, cit., p. 84, in particolare nota 64, il quale osserva che, da una parte, il legislatore e la giurisprudenza colgono la potenzialità della nullità non solo come strumento di tutela degli interessi pubblici ma anche come tecnica di tutela di un contraente o di una categoria di contraenti, elaborando la teoria della c.d. "nullità parziale necessaria" e ampliando le ipotesi delle nullità relative; dall'altra l'interprete è chiamato a dichiarare la nullità anche laddove la norma non disponga alcuna comminatoria di nullità in conseguenza della propria violazione. Per una visione globale, PUCCINI, *Studi sulla nullità relativa*, Milano, 1967, *passim*.

⁷⁹ RABITTI, *Contratto illecito e norma penale*, cit., p. 83; NUZZO, voce *Negozio giuridico IV*), cit., p. 4.

dottrina e della giurisprudenza⁸⁰, del concetto di ordine pubblico economico.

Solo la chiara definizione della nozione di ordine pubblico di direzione e ordine pubblico di protezione mi consentirà di qualificare il concetto di arbitrabilità dei diritti e, quindi, di dare compiuta consistenza a quella che si è qualificata come possibilità giuridica *sui generis* dell'azione arbitrare.

5. *L'ordine pubblico nell'ordinamento francese. L'ordine pubblico politico e morale e l'ordine pubblico economico e sociale*

Le difficoltà di ricostruire un concetto unitario di ordine pubblico, già evidenziate all'interno del nostro ordinamento, si rinvencono anche nel sistema giuridico francese.

Punto di riferimento per la ricostruzione di questa nozione è l'art. 6 *Code civil*, che sancisce il divieto di derogare attraverso convenzioni particolari, alle leggi che interessano l'ordine pubblico e il buon costume⁸¹. In realtà, analizzando le norme che sono considerate veicoli dei principi di ordine pubblico⁸², la dottrina ha constatato che solo alcune hanno come fine la difesa dell'interesse generale, mentre altre si prefiggono la salvaguardia di singoli diritti soggettivi o di specifiche categorie.

⁸⁰ BIANCO, *Considerazioni sull'ordine pubblico economico, costituzione economica e diritto comunitario della concorrenza*, in *Arch. giur. Serafini*, 1995, pp. 179 ss.; ID., *Costituzione economica e ordine pubblico*, Milano, 2008, pp. 33 ss.

⁸¹ In realtà le disposizioni del codice civile che menzionano direttamente l'ordine pubblico sono numerose, come osserva GÉGOUT, *Ordre public et bonnes mœurs*, in *JurisClasseur, droit civil*, 1979, pp. 3 ss.

⁸² I principi di ordine pubblico non trovano concretizzazione solo nelle disposizioni di legge. In virtù di tale assunto, la letteratura francese è solita distinguere tra un ordine pubblico formale o testuale e un ordine pubblico virtuale. Il primo fa riferimento a un ordine pubblico di creazione legislativa, mentre il secondo a un ordine pubblico di origine giurisprudenziale o espressione di quei principi generali considerati come immanenti dell'ordinamento giuridico (GHESTIN, *Les obligations. Le contract: formation*, 2° ed., Paris, 1988, pp. 89 ss.; HAUSER, LEMOULAND, *Ordre public et bonnes mœurs*, in *Rép. Civ. Dalloz*, mars 2004, pp. 5 ss.; FLOUR, AUBERT, SAVAUX, *La conformité du contrat à l'ordre public et aux bonnes mœurs*, in *Les obligations. L'acte juridique*, 14° ed., Paris, 2010, pp. 255 ss.; TERRE, SIMLER, LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Paris, 2005, pp. 381 ss.).

Questa consapevolezza ha portato a individuare due diverse finalità⁸⁵ di ordine pubblico, storicamente identificate nel noto dualismo tra l'ordine pubblico politico e morale e l'ordine pubblico economico e sociale. La distinzione ha origine storico-descrittiva e rispecchia l'evoluzione del ruolo e del valore attribuito allo Stato⁸⁴.

L'ordine pubblico politico e morale, ossia quello che la dottrina francese suole definire classico, tende alla protezione dell'organizzazione dello Stato e dei poteri pubblici, alla tutela della famiglia e dei buoni costumi⁸⁵. Esso si caratterizza per essere negativo, in quanto si traduce in divieti, generale, poiché si sostanzia in precetti di ampio respiro, giudiziale, perché è compito del giudice verificare se una pattuizione tra privati sia contraria all'ordine pubblico e, infine, statico, in virtù dell'oggetto della sua protezione⁸⁶.

Diversamente, l'ordine pubblico economico e sociale ha per oggetto lo scambio di beni e di servizi considerato in sé stesso. Il menzionato contenuto lo contraddistingue rispetto all'ordine classico, che prende in considerazione questi scambi solo nell'ottica delle eventuali conseguenze che possono derivare nei riguardi dello Stato, della famiglia e della morale. La consistenza di tale ordine pubblico dipende dal ruolo riconosciuto allo Stato in questo settore, come dimostra l'evoluzione storica dell'ordinamento giuridico francese⁸⁷. Si tratta di un ordine pubblico positivo e variabile⁸⁸. La sua efficienza tecnica impone un adattamento costante alle diverse situazioni sto-

⁸⁵ GHESTIN, *L'ordre public, notion à contenu variable en droit privé français*, in *Le notion à contenu variable en droit. Études publiées par Ch. Perelman et R. Vander Elst (Travaux du Centre national de recherches de logique)*, Bruxelles, 1984, p. 82.

⁸⁴ Così GHESTIN, *L'utile et le juste dans les contrats*, Paris, 1981, p. 7.

⁸⁵ Questa è l'interpretazione maggiormente accolta, anche se alcuni autori adottano un'esegesi di ordine pubblico più limitata, escludendo, quindi, ogni riferimento alla famiglia e alla morale. Sul punto si rimanda all'ampia trattazione di HAUSER, LEMOULAND, *Ordre public*, cit., pp. 10 ss.

⁸⁶ MALAURIE, AYNÈS, *Les obligations*, 5° ed., Paris, 2011, p. 321; GHESTIN, *L'ordre public, notion à contenu variable en droit privé français*, cit., pp. 83 ss.

⁸⁷ GHESTIN, *L'ordre public, notion à contenu variable en droit privé français*, cit., p. 87.

⁸⁸ A titolo esemplificativo, FLOUR, AUBERT, SAVAUX, *La conformité du contrat*, cit., pp. 268 ss.; GHESTIN, *L'ordre public, notion à contenu variable en droit privé français*, cit., p. 88.

riche. Infatti, l'ordine pubblico economico ha conosciuto nel corso del tempo un ampio sviluppo, a tal punto che è difficile ricostruire i molteplici interventi legislativi susseguites, anche in ragione della loro natura eterogenea.

Data la vastità di tali azioni, gli interpreti sono soliti distinguere, all'interno della più ampia categoria dell'ordine pubblico economico, tra un ordine pubblico di direzione e un ordine pubblico di protezione⁸⁹, di matrice più prettamente sociale. La differente qualificazione deriva dalle diverse finalità perseguite; per tale ragione è previsto un diverso regime sanzionatorio in caso di loro violazione.

L'origine di tale distinzione, ripresa da Farjat⁹⁰ nella sua celebre monografia, si deve a Carbonnier⁹¹. Esso evidenzia che mentre

⁸⁹ In verità, Farjat (FARJAT, *L'ordre public économique*, Paris, 1963, p. 110), oltre ad accogliere questa distinzione, individua una terza categoria che identifica propriamente con *l'ordre public économique de protection collective*.

⁹⁰ FARJAT, *L'ordre public économique*, cit., *passim*, il quale definisce l'ordine pubblico economico come «*l'ensemble des règles obligatoire dans les rapports contractuels, relative à l'organisation économique, aux rapports sociaux et à l'économie interne du contract*». La sua opera fu fortemente criticata nel nostro ordinamento da G.B. FERRI, *L'ordine pubblico economico (A proposito di una recente pubblicazione)*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, pp. 464 ss.; BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, p. 224. Esprime una posizione diversa, che, a mio avviso, merita adesione, invece, BIANCO, voce *Ordine pubblico economico*, in *Dig. it. (discip. pubbl.)*, Aggiorn. 2005, Torino, pp. 499 ss., secondo cui nel contesto storico vigente, caratterizzato dalla crisi di sovranità degli Stati Nazionali e della stessa nozione di Stato, l'ordine pubblico economico costituisce una categoria degna di rilevanza. Infatti, come rileva altra attenta dottrina (FERRARESE, *Il diritto al presente*, Bologna, 2002, pp. 29 ss.), «oggi pesa più spesso che nel passato proprio sugli organi giudiziari un'esigenza di costruzione di diritti in un rapporto sempre più dubbio con le fonti» e che «nel contesto transazionale sorge talora anche il bisogno di individuare il soggetto che deve rendere possibile la realizzazione del diritto e il tipo di prestazione che si può esplicare», a differenza del passato in cui «lo Stato era anche il soggetto principalmente chiamato a porre in essere la prestazione necessaria per la riaffermazione dei diritti». Inoltre, nel contesto odierno esso trova ampia diffusione specialmente nel diritto comunitario, come è posto in evidenza da ANGELINI, *La nozione di ordine pubblico nel diritto comunitario*, cit., pp. 503 ss.

⁹¹ CARBONNIER, *Droit Civil*, II, Paris, 1962, pp. 388-389; RIPERT, *L'ordre économique et la liberté contractuelle*, in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Gény*, II, *Les sources générales des systèmes juridiques actuels*, Paris, 1934, pp. 317 ss.

l'ordine pubblico economico⁹² di protezione «*n'a d'autre but que de protéger, dans divers contracts, le partie économiquement la plus faible*», l'ordine pubblico di direzione «*se propose de concourir à une certaine direction de l'économie nationale, en éliminant des contracts privés tout ce qui porrai la contrarier*».

6. *L'odierna dicotomia tra l'ordine pubblico di direzione e l'ordine pubblico di protezione*

La contrapposizione tra ordine pubblico di direzione e quello di protezione trova oggi giorno anche una rilevanza autonoma, sganciata dalla concezione di ordine pubblico economico e sociale⁹³.

Gli interpreti sono soliti distinguere tra un ordine pubblico (interno) di direzione⁹⁴, costituente l'insieme dei principi talmente essenziali da fare prevalere l'interesse generale su quello del singolo e un ordine pubblico (interno) di protezione, che è finalizzato a ripristinare l'equilibrio sostanziale delle parti. Quest'ultimo si pone a presidio dei soggetti deboli di un rapporto contrattuale e, come tali, inidonei a tutelarsi in modo autonomo. Per tale ragione il legislatore predispone una fitta rete di norme imperative, al fine di sopperire l'incapacità difensiva di tali soggetti.

In ultima analisi, la menzionata dicotomia si traduce in due diverse finalità delle regole di ordine pubblico. Mentre l'ordine pubblico di direzione ha come fine di imporre una certa concezione di interesse generale sul piano della politica, della morale e dell'economia, attraverso l'adozione di principi non necessariamente scritti ma immanenti all'interno dello stesso ordinamento, l'ordine pubblico di protezione, che trova esplicazione in un dettato normativo imperativo⁹⁵, è indirizzato alla tutela della parte debole di un sinallagma

⁹² Il concetto "ordine pubblico economico" non è una mera ricostruzione dottrinale, ma ha ricevuto la sua consacrazione anche da parte della giurisprudenza, sul punto Cass. Com., 4 fév 1975, in *Bull. civ.*, IV, n. 34, p. 28.

⁹³ GHESTIN, *L'ordre public*, cit., pp. 88 ss.

⁹⁴ Ivi, p. 90.

⁹⁵ L'ampio sviluppo del c.d. ordine pubblico di protezione ha acuito la difficile distinzione fra il concetto di ordine pubblico e quello di norme imperative, poiché

contrattuale e consente di garantire l'equilibrio interno del negozio. L'ordine pubblico di protezione sottrae ai privati il diritto-potere di dettare delle regole autonome con riferimento a specifici aspetti del rapporto, riservando a sé la facoltà di delineare una parte della disciplina, *id est* di predeterminare le regole per la composizione degli interessi in gioco⁹⁶. Tale assetto è inderogabile per i contraenti, ma non indisponibile.

A differenza dei diritti facenti parte l'ordine pubblico di direzione, quelli che rispondono all'esigenze di ordine pubblico di protezione possono essere oggetto di atti di dismissione, ma solo una volta che le posizioni giuridiche soggettive siano entrate nella disponibilità⁹⁷ dei loro titolari e sia venuta meno la situazione di inferiorità che giustificava la tutela.

7. Sintesi

È giunto il momento di tirare le fila.

Dall'indagine svolta prima nel nostro ordinamento e poi in quello francese ho potuto dedurre come la nozione di ordine pubblico

queste ultime divengono inevitabilmente mezzo per esprimere il primo. Per tale motivo la dottrina (BRUNETTI, PONS, *La conformité des actes juridiques à l'ordre public*, in *Études offertes au professeur Philippe Malinvaud*, Paris, 2007, pp. 114 ss.) ha distinto le norme che sono espressione dell'ordine pubblico di protezione da quelle che, invece, incarnano il concetto vero di ordine pubblico e in quanto tali sono indisponibili per le parti. In queste ultime rientrano i precetti costituzionali, le leggi penali, quelle fiscali, quelle che riguardano il diritto delle persone, quelle che regolano le procedure fallimentari; mentre nelle prime ricadono quelle relative al diritto speciale imperativo, e cioè le disposizioni che derogano alle leggi di diritto comune, come accade nei contratti con i consumatori. In questo caso queste regole possono essere qualificate come imperative, poiché vengono imposte alle parti, ma esse non rientrano, a differenze di quelle sopra ricordate, nell'ambito contemplato dall'art. 6 *Code civil*.

⁹⁶ MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in GENTILI (a cura di), *Rimedi*, in ROPPO (diretto da), *Trattato del contratto*, Milano, 2006, IV, 1, p. 43; BARBA, *La nullità del contratto per violazione di norma imperativa*, in LIPARI, RESCIGNO (diretto da), *Trattato dei contratti*, III, 2, Milano, 2009, pp. 967 ss.

⁹⁷ Così anche Cass. Civ., 27 ottobre 1975, n. 310, in *Bull. Civ.*, p. 235; COUTURIER, *L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve*, in *Études offertes à Jacques Flour*, in *Répertoire du Notariat Defrénois*, Paris, 1979, p. 105.

assuma una valenza diversa a seconda della funzione a cui è destinata. Ho, infatti, parlato, di un concetto a funzione variabile.

L'ordine pubblico si traduce in un limite alla libera disposizione dei diritti: in alcuni casi, tale condizionamento si sostanzia in divieti nascenti da ragioni di ordine etico-politico e, in altri, in veti ascrivibili a esigenze di ordine tecnico. Questa dicotomia trova traduzione nell'ordinamento francese nella distinzione tra ordine pubblico di direzione e ordine pubblico di protezione.

Mentre il primo costituisce la *summa* dei principi talmente essenziali di un ordinamento, il secondo è il baluardo della difesa dei diritti di coloro che rivestono una posizione di debolezza nel sinalagma contrattuale. L'esigenza di tutela che sottende l'ordine pubblico di protezione trova materializzazione nelle norme imperative, che, come si è dimostrato, non possono essere identificate *tout court* con il concetto di ordine pubblico.

Se l'ordine pubblico di direzione impedisce l'agire dei privati, quello di protezione non essendo altro che espressione di norme imperative, non esclude l'autonomia dei privati, ma impone una c.d. libertà vincolata: il titolare del diritto può esercitarlo, ma tale esercizio può avvenire solo nel rispetto delle prescrizioni sancite dall'ordinamento.

SEZIONE II
I CONFINI DELL'AZIONE ARBITRALE:
L'ORDINE PUBBLICO ARBITRALE

1. *Dall'ordine pubblico di direzione e di protezione all'ordine pubblico arbitrale: i confini di ammissibilità dell'azione arbitrale*

Alla luce di un dettato normativo alquanto incerto, gli interpreti d'oltralpe si sono avvalsi della distinzione tra ordine pubblico di direzione e ordine pubblico di protezione per fare chiarezza sui confini dell'arbitrabilità. Il legislatore francese, accanto a uno specifico elenco di materie sottratte alla cognizione degli arbitri¹, adotta una formula di chiusura, stabilendo che non possono essere devolute al loro giudizio «*toutes les matières qui intéressent l'ordre public*» (art. 2060 *Code civil*).

¹ Come è noto, la disciplina dell'arbitrato in Francia ha subito una rilevante modifica grazie al decreto del 15 gennaio 2011, n. 48. Questa novella, però, non ha comportato una modifica nella qualificazione dell'ambito oggettivo del patto compromissorio, almeno per quanto in questa sede rileva. Per una visione globale, LOQUIN, *Arbitrage – Instance arbitrale – Procedure devant les arbitres*, in *JurisClasseur procédure civile*, n. 1036, Parigi, 2015, *passim*; LE BARS, *La réforme du droit de l'arbitrage. Un nouveau pas vers un pragmatisme en marche*, in *JCP – Édition générale*, 2011, pp. 142 ss.; M. DE SANTIS, WINKLER, *La riforma francese del diritto dell'arbitrato: un commento sistematico. Parte Prima. La convenzione d'arbitrato e il procedimento arbitrale*, in *Dir. comm., int.*, 2011, pp. 927 ss.; BONATO, *L'ultima riforma francese dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2012, pp. 419 ss.

Per lungo tempo la giurisprudenza² ha escluso dall'ambito arbitrale tutte quelle liti che incidevano sull'ordine pubblico. Questa visione³ era il frutto di un'evidente sfiducia nei confronti della giustizia arbitrale, tanto da essere energicamente contrastata dalla dottrina⁴.

Successivamente, anche le corti, spinte dall'interpretazione accolta con riguardo all'arbitrato internazionale⁵, iniziarono a rivedere la loro posizione.

Nonostante tale apertura, i problemi esegetici derivante dall'incerto dettato normativo non trovavano ancora una sicura soluzione. Da qui l'introduzione della dicotomia fra ordine pubblico di direzione e ordine pubblico di protezione anche in campo arbitrale.

Secondo la tesi formulata da Ancel⁶ e ripresa poi da Loquin⁷, gli artt. 2059 e 2060 *Code civil* esprimono un regime differente di inarbitrabilità: mentre la seconda norma pone in luce l'esistenza di un blocco di materie non arbitrabili, la prima crea, al contrario, una non arbitrabilità che non deriva dalla materia litigiosa, ma dalla natura imperativa che caratterizza la disciplina di certi diritti litigiosi⁸.

² Cass., 20 novembre 1950, in *Bull. civ.*, 1955, III, n. 355; Cass., 21 ottobre 1981, in *Rev. arb.* 1992, p. 264, con nota di BLAISE; a favore, invece: CA Paris, 12 settembre 2002, in *Rev. arb.* 2003, p. 173, con nota di BOURSIER; CA Douai, 5 mai 2000, ivi, 2004, p. 719; Cass., 9 avril 2002, ivi, 2002, p. 777.

³ Come osserva correttamente LOQUIN, *Arbitrage, Conventions d'arbitrage, Conditions du fond, Litige arbitral*, in *JurisClasseur procédure civile*, n. 1024, Parigi, 2016, n. 11; RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, LGDJ, 1999, p. 64, note 114; Id., *Droit de l'arbitrage*, Paris, 2016, pp. 166 ss.; BERNHEIM, DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, Bruxelles, 2012, pp. 176 ss.

⁴ MEZGER, *L'arbitrage et l'ordre public*, in *RTD com.*, 1948, p. 611, oltre alla dottrina citata da LOQUIN, *Arbitrage, Conventions d'arbitrage*, cit., n. 12.

⁵ CA Paris, 19 mai 1993, in *Rev. arb.*, 1993, p. 645, con nota di JARROSSON; CA Paris, 30 septembre 1993, ivi, 1994, p. 359, con nota di BUREAU; CA Paris, 1^{er} mars 2001, ivi, 2001, p. 584, con nota di RACINE.

⁶ ANCEL, *Arbitrage, Conventions d'arbitrage, Conditions de fond, Litiges arbitrables*, in *JurisClasseur procédure civile*, n. 1024, Parigi, 1986, *passim*.

⁷ LOQUIN, *Arbitrage, Conventions d'arbitrage*, cit., § 22, 23, 24. Questa tesi è ripresa da BILLEMONT, *La liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage, thèse de doctorat*, ind., Parigi, 2009, par. 45, pp. 57-58.

⁸ ANCEL, *Arbitrage*, cit., par. 24, p. 8; questa esegesi è ribadita in uno scritto più recente ANCEL, *Arbitrage et ordre public fiscal*, in *Rev. arb.*, 2001, p. 273.

In sostanza, mentre i diritti contemplati dall'art. 2060⁹ *Code civil* possono essere qualificati come inarbitrabili, poiché sono espressione dell'interesse generale (ordine pubblico di direzione), quelli indicati dall'art. 2059 *Code civil*¹⁰ possono essere definiti come temporaneamente incompromettibili (ordine pubblico di protezione), poiché si tratta di posizioni giuridiche soggettive caratterizzate da un dettato normativo imperativo e che divengono compromettibili solo una volta entrate nella sfera di disponibilità del loro titolare. L'esclusione dell'arbitrato, in relazione alle fattispecie indicate dall'art. 2059 *Code civil*, non trova fondamento nella presenza di un interesse generale, ma in virtù del fatto che l'arbitrato incide su diritti blindati da norme imperative¹¹, predisposte dal legislatore al fine di tutelare determinate categorie cc.dd. deboli. L'interesse pubblico entra in gioco solo indirettamente, cioè nel momento in cui quello privato protetto dalla norma non venga rispettato. I diritti *de quibus*, benché definiti di ordine pubblico, non perseguono una finalità pubblica generale¹².

⁹ Così recita: «*On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements public et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public. Toutefois, des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre*». Al contempo si precisa che l'elenco contenuto nell'art. 2060 *Code civil* non deve considerarsi esaustivo, rientrando nell'ordine pubblico di direzione tutte quelle controversie in cui vengano toccati da vicino gli interessi della pubblica autorità oppure si incida sui diritti di soggetti terzi rispetto a quelli stipulanti la clausola compromissoria. Senza volere anticipare quanto dirò nel proseguo non ritengo di potere condividere tale ultima osservazione.

¹⁰ Così recita: «*Toutes les personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition*».

¹¹ VALENCIA, *Parties faibles et accès à la justice en matière d'arbitrage*, in *Rev. arb.*, 2007, pp. 45 ss.; SACHS, *La protection de la partie faible en arbitrage*, in *Gazette du Palais*, 2007, pp. 2274 ss.

¹² Su un recente progetto di legge di modifica delle norme citate, ma non recepito dall'ordinamento francese, si rimanda a CLAY, *L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi « Justice du XXI^e siècle »*. - *Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016*, in *La semaine juridique*, n. 25, reperibile in *Lexis Nexis JurisClasseur*.

Nel nostro ordinamento, sebbene l'arbitrabilità sia legata al concetto di disponibilità del diritto¹³, tali osservazioni possono comunque operare, poiché l'ordine pubblico oltre e prima di essere un limite alla disponibilità dei rapporti, promuove, come dimostra la ricostruzione storica compiuta, il criterio ermeneutico idoneo a qualificare la stessa "essenza" di disponibilità.

La dicotomia individuata tra ordine pubblico di direzione e ordine pubblico di protezione mi porta a compiere un ulteriore passaggio.

La ricostruzione generale della nozione di ordine pubblico, esposta nella prima parte di questo capitolo, mi ha permesso di evidenziare la variabilità della sua funzione. In altri termini, si tratta di una nozione che assume una connotazione specifica non solo nel tempo, risentendo dei costumi sociali dell'ordinamento, ma soprattutto nello spazio, cioè nel luogo in cui si trova ad operare. A dire il vero, è proprio la diversità della funzione che consente all'ordine pubblico di qualificarsi.

Ne segue che ai fini della delimitazione dei confini di operatività dell'azione arbitrale non è possibile accogliere i limiti che derivano dall'accezione di ordine pubblico proprio del mondo negoziale¹⁴, poiché l'arbitrato è un *ens medium* tra contratto e processo.

Cogliendo la bontà di tale intuizione, una dottrina interna, nel solco della elaborazione francese¹⁵, invita a delineare un concetto autonomo di ordine pubblico, valevole solo in campo arbitrale. A tale filone interpretativo, come ho già anticipato, reputo di aderire.

¹³ Sul punto chiaramente ZUCCONI GALLI FONSECA, *Tutela arbitrale e tecnica del processo arbitrale: la clausola compromissoria nei contratti di consumo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, p. 999.

¹⁴ Diversamente da quanto compiuto dagli autori francesi, che sostengono che l'ambito di applicazione dell'arbitrato rimane limitato all'area dell'ordine pubblico di merito. Afferma, infatti, LOQUIN (LOQUIN, *Arbitrage, Conventions d'arbitrage, Conditions du fond, Litige arbitral*, cit., par. n. 8) : «[...] Les articles 2059 et 2060 du Code civil définissent un ordre public juridictionnel : ils énoncent dans quels cas le principe selon lequel les litiges sont réglés par les juridictions étatiques est d'ordre public. Mais cet ordre public juridictionnel est défini par rapport à l'ordre public de fond, c'est-à-dire par rapport à l'ordre public applicable aux litiges qui sont soumis aux arbitres [...]».

¹⁵ CAPRASSE, *Les sociétés et l'arbitrage*, Paris, 2002, pp. 84 ss. e 138 ss.

Se la funzione è l'elemento che consente di qualificare il concetto di ordine pubblico è logico ritenere che sussista un «ordine pubblico arbitrale», la cui delimitazione, alla luce della stretta inerenza tra l'azione e il diritto sostanziale, risente solo indirettamente della concezione accolta in ambito negoziale. Non nego che l'incompromettibilità trovi la propria giustificazione sulla base di regole volte a tutelare l'interesse generale, bensì ritengo che il contenitore in cui opera e il fine a cui è indirizzata la disponibilità (*rectius* arbitrabilità) siano in grado di influenzare i suoi confini. Non a caso l'art. 806 c.p.c. nella sua epigrafe discorre di «controversie arbitrali» e richiama il criterio della indisponibilità, come mero elemento esplicativo. Diversamente, l'epigrafe dell'art. 1966 c.c., in materia di transazione, discorre di «capacità di transigere» e di «disponibilità dei diritti». A mio avviso, non si tratta di un'inutile differenziazione, ma è espressione di una chiara scelta legislativa, volta a rilevare che il riferimento alla disponibilità sostanziale costituisce, contrariamente a quanto accade con riguardo alla transazione, solo un punto di partenza per definire le controversie compromettibili.

A tale proposito si è visto che il fine dell'ordine pubblico sostanziale (*rectius* ideale) è quello di limitare l'agire autonomo dei privati, impedendo che questi ultimi, tramite la libertà loro riconosciuta, possano violare i valori fondamentali dell'ordinamento giuridico.

In campo arbitrabile le cose stanno in modo diverso. Nonostante l'investitura degli arbitri nasca da un atto di autonomia delle parti, queste ultime “perdono” detto potere nel momento in cui iniziano il processo arbitrale. Mediante esso i litiganti conseguono la c.d. verità processuale e non un simulacro di verità, come, invece, ottengono tramite l'utilizzo dei meccanismi negoziali, quali la transazione o il negozio di accertamento.

Precisato ciò, per riempire di contenuto la nozione di ordine pubblico arbitrale è necessario rifarsi alla definizione accolta di potere dispositivo del primo capitolo. Si può parlare, quindi, di ordine pubblico arbitrale con riferimento a quell'ordine finalizzato a verificare se in relazione a un determinato diritto sia possibile abdicare alla giustizia statale in favore di un accertamento tramite un

processo privato¹⁶, caratterizzato sia dal rispetto del contraddittorio delle parti che dall'esistenza di una decisione sulla lite.

Tale scelta può verificarsi in due differenti casi: *a)* quando il diritto del singolo non sia dominato da alcun interesse generale ovvero *b)* quando l'interesse generale che è alla base della posizione giuridica soggettiva non è talmente forte da impedire che il suo titolare scelga la via del processo privato rispetto a quello statuale per ottenere l'accertamento del proprio diritto.

Malgrado in entrambe le ipotesi si possa parlare di arbitrabilità e, quindi, di ammissibilità dell'azione arbitrale, è necessario compiere delle distinzioni.

Nella prima fattispecie, coincidente con l'area ove è riconosciuto alle parti il potere contrattuale, l'azione arbitrale non incontra limiti nella sua esplicazione, tanto che si può parlare di azione arbitrale "libera"; nella seconda, invece, l'interesse generale che è alla base impone che l'esercizio dell'azione arbitrale venga espletato nel rispetto di determinati criteri, tanto che è necessario discorrere di azione arbitrale "vincolata".

Nel precedente capitolo ho qualificato l'azione arbitrale come una azione "tipica", ovvero non generica, poiché ancorata a una determinata situazione sostanziale sottostante, che deve qualificarsi come disponibile. Se, da una parte, l'azione arbitrale non può essere esperita qualora non vi sia un diritto disponibile, dall'altra, risente dei meccanismi di protezione del diritto oggetto della controversia. Ciò non vuole dire che la protezione dettata dalle norme sostanziali muti la natura dell'azione arbitrale: l'azione è sempre la stessa. La "vincolatività" incide sulla struttura del processo arbitrale, che può generare un valido accertamento solo qualora sia garantita una tutela rafforzata dell'*iter* processuale¹⁷.

¹⁶ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Tutela arbitrale e tecnica del processo arbitrale*, cit., p. 999.

¹⁷ Si passa da un problema di tutela arbitrale a un problema di tecnica arbitrale, come pone in luce CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di E. Redenti*, II, Milano, 1951, p. 741, ripreso da Zucconi Galli Fonseca. Carnacini afferma «così come, per citare uno degli infiniti possibili termini di paragone, è fuor di dubbio che non attiene alla natura del mezzo automobile tutto ciò che risponde all'interrogativo come sia utilizzabile

Come già da tempo si inizia a delineare in alcuni campi del diritto processuale un diritto specifico per determinate categorie di soggetti¹⁸ o per determinati generi di liti¹⁹, così l'azione arbitrale "vincolata" impone l'adozione di un proprio "diritto processuale arbitrale", nel senso che la vincolatività a cui è subordinata l'azione prevede il rispetto di determinati principi processuali, al fine di garantire la realizzazione di un giusto processo arbitrale²⁰.

Il diritto sostanziale si piega al c.d. "ordine pubblico arbitrale", ma al contempo, il primo influisce, benché in via indiretta, tramite le modalità attuative del processo arbitrale, sulla conformazione del secondo. Il rispetto di quello che ho qualificato come "diritto processuale arbitrale" assume connotati specifici in relazione ai singoli diritti che entrano in gioco e rappresenta la condizione necessaria e sufficiente affinché l'azione arbitrale sia proficuamente esperita.

Qualora esso non possa essere attuato non si deve concludere per l'inarbitrabilità del diritto: l'azione arbitrale è ammissibile, ma l'accertamento che essa produce è impugnabile.

Infatti, qualora il lodo non venga impugnato, l'accertamento ivi contenuto passa in giudicato, nonostante che il "diritto processuale arbitrale", veicolo di protezione del diritto sostanziale, sia stato violato.

questo veicolo». Sul punto anche CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, I, Milano, 1962, pp. 38 ss.; GIUSSANI, *Autonomia privata e presupposti processuali: note per un inventario*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, pp. 239 ss.

¹⁸ Come oramai si ritiene esistere un vero e proprio diritto processuale dei consumatori. Sul punto ZENO-ZENCOVICH, PAGLIETTI, *Verso un «diritto processuale dei consumatori»?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, fasc. V, II, 2009, pp. 216 ss. e fasc. VI, II, 2009, pp. 251 ss.

¹⁹ Mi riferisco alla speciale disciplina processuale in materia di ordine di esibizione introdotta dal d.lgs. n. 3 del 2017, su cui dirò nel proseguo.

²⁰ COMOGLIO, *Approccio comunitario e garanzie di tutela del consumatore*, in F. AULETTA *et al.* (a cura di), *Sull'arbitrato. Studi in onore di Giovanni Verde*, Napoli, 2010 p. 240; così anche ZUCCONI GALLI FONSECA, *Tutela arbitrale e tecnica del processo arbitrale*, cit., p. 1001. Entrambi ne parlano con riguardo alle liti di consumo, ma, a mio parere, tale principio caratterizza tutte le controversie dominate da uno squilibrio sostanziale delle parti.

Questo effetto dipende dal fatto che l'azione arbitrale "vincolata" non modifica la conformazione dell'azione²¹, ma incide solo sul processo arbitrale²².

Al contempo la violazione del "diritto processuale arbitrale" non determina *tout court* la nullità totale della convenzione arbitrale, ma è necessario tenere conto della comune intenzione dei contraenti, come afferma l'art. 1419, comma 1°, c.c. Ciò deriva dal fatto che la violazione del "diritto processuale arbitrale" non incide sull'arbitrabilità della controversia dedotta, ma è il risultato della protezione imposta dalle norme sostanziali, a cui le parti potrebbero anche non essere interessate.

Per tale ragione, ritengo che il patto compromissorio debba essere valutato secondo il criterio ermeneutico della buona fede interpretativa, che si specifica, come afferma la giurisprudenza più recente²³, «nel significato di lealtà, che si sostanzia nel non suscitare falsi affidamenti e non speculare su di essi come pure nel non contestare ragionevoli affidamenti comunque ingenerati nella controparte»²⁴. Condividendo l'impostazione sostenuta da alcuni interpreti²⁵, reputo che,

²¹ Tale lettura è in sintonia, come dirò, con l'ordine pubblico di protezione, che costituisce il contenuto stesso dell'azione arbitrale "vincolata". Come è ammessa la rinuncia del diritto sostanziale nel momento in cui esso entra nella sfera di disponibilità del titolare, così è consentito al soggetto di rinunciare alla protezione accordata alla tecnica processuale differenziata.

²² Infatti, trasladando in campo arbitrale l'insegnamento della Suprema Corte (*ex multis*, Cass., 18 luglio 2008, n. 19942, in *Defure*) in tema di omesso cambiamento del rito da quello speciale del lavoro a quello ordinario o viceversa, non si verifica alcun effetto invalidante del lodo. «L'errore consistito nella utilizzazione di un diverso rito processuale può essere dedotto come motivo di impugnazione ove si indichi lo specifico pregiudizio che ne sia derivato».

²³ Cass., 22 ottobre 2014, n. 22343, in *Foro it.*, 2015, I, cc. 2118 ss.

²⁴ C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 211, secondo cui «il canone di lealtà [...] si concretizza in tre comportamenti negativi, e cioè il non suscitare falsi affidamenti, il non speculare su falsi affidamenti e, ancora, il non contestare ragionevoli affidamenti comunque ingenerati nell'altra parte».

²⁵ *Ex multis*, P. PERLINGIERI, *Interpretazione e qualificazione: i profili dell'individuazione normativa*, in P. PERLINGIERI, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi di diritto civile*, Napoli, 2003, pp. 5 ss.; PENNASILICO, *Contratto e interpretazione. Linemanenti di ermeneutica contrattuale*, Torino, 2012, p. 30; ACHILLE, *La funzione ermeneutica della causa concreta del contratto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2017, p. 49.

ai fini della valutazione della nullità dell'intera convenzione arbitrale assuma importanza «quello che le parti abbiano voluto e «non quello che le stesse avrebbero dovuto volere secondo l'ordinamento»²⁶.

Ne segue che, qualora dall'analisi interpretativa compiuta dal giudice emerga che entrambi i litiganti avrebbero comunque voluto accedere all'accertamento privato indipendentemente dalla modalità attuativa del giudizio privato, la clausola compromissoria rimane valida per le successive liti, vincolando i litiganti nelle loro future controversie.

In sintesi. Accanto a un ordine pubblico di matrice sostanziale è possibile individuare un "ordine pubblico arbitrale", che, pur essendo indipendente dal primo, risente in via indiretta, alla luce dello stretto rapporto di inerenza tra mondo arbitrale e mondo sostanziale, del secondo.

Si tratta di un ordine pubblico positivo, poiché non è costituito da divieti ma da prescrizioni volte a garantire l'utile esperimento dell'azione arbitrale e di un ordine pubblico variabile, in quanto si adatta al mutare del tempo. Infatti, l'evoluzione storica della società può consentire che i suoi confini siano costantemente riqualificati²⁷. Solo qualora sia possibile collocare una posizione giuridica soggettiva al suo interno, si può discorrere di arbitrabilità.

2. I diritti che sono alla base dell'azione arbitrale "vincolata in senso stretto"

La ricostruzione francese dell'ordine pubblico sostanziale può costituire un importante punto di partenza per l'individuazione dei diritti al cui servizio è posta l'azione arbitrale "vincolata": come ho ricordato, gli interpreti d'oltralpe hanno evidenziato che le posizioni giuridiche soggettive rientranti nell'ordine pubblico di protezione non perseguono una finalità di pubblico interesse. Il divieto, posto alla base dell'ordine pubblico di protezione, entra in funzione solo

²⁶ Come pone in luce ACHILLE, *La funzione ermeneutica della causa*, cit., p. 49.

²⁷ Tale peculiarità è anche diretta conseguenza della "tipicità" dell'azione, come ho già evidenziato.

nella misura in cui l'interesse del privato, protetto dalla norma imperativa, non venga rispettato. Se tale scopo è garantito, l'interesse generale che impedisce il dispiegarsi dell'autonomia privata non opera.

Per tale ragione, l'ordine pubblico (sostanziale) di protezione non può costituire un limite all'esercizio dell'azione arbitrale²⁸: non essendo esclusa l'autonomia negoziale nel suo ambito di applicazione, al titolare del diritto non può neppure essere vietata la possibilità di scegliere un processo privato per l'accertamento della propria situazione giuridica soggettiva, poiché l'arbitrato è accertamento e non disposizione.

In questo caso il fittizio limite alla compromettibilità²⁹ deriva da un problema di diffidenza dello strumento arbitrale come tecnica di accertamento del diritto³⁰, perché si reputa che il giudizio arbitrale non sia idoneo a garantire la medesima tutela di quella offerta dal tribunale dello Stato.

Tale diffidenza trova origine da una errata analogia: si assimila il ricorso allo strumento arbitrale alla rinuncia del diritto³¹, assunto che, come ho già posto in evidenza nel primo capitolo, non può trovare accoglimento per una duplice serie di ragioni. In primo luogo, le parti, devolvendo la propria controversia ad arbitri, non vogliono rinunciare al proprio diritto, bensì si prefiggono l'obiettivo di eliminare l'incertezza che lo domina al fine di poterne godere in modo

²⁸ In senso conforme ZUCCONI GALLI FONSECA, *Tutela arbitrale e tecnica del processo arbitrale*, cit., pp. 1000 ss.; ID., *Arbitrato e famiglia: una via possibile?* in *La disponibilità della tutela giurisdizionale (cinquant'anni dopo)*, Suppl. riv. trim. dir. e proc. civ., 2011, p. 140; LOQUIN, *Arbitrage, Instance arbitrale*, cit., par. 85; BILLEMONT, *La liberté contractuelle*, cit., par. 45.

²⁹ Osserva Bove (BOVE, *La giustizia privata*, Padova, 2015, p. 10) che «quando la decisione della lite dipende dall'applicazione di una norma inderogabile, l'arbitrato, lungi dall'essere inammissibile, deve essere svolto con certe cautele: quelle cautele che servono a soddisfare l'unico, vero, interesse dell'ordinamento che sta nella necessità che l'arbitro applichi appunto la norma inderogabile».

³⁰ BOVE, *La giustizia privata*, cit., p. 16, osserva che talvolta l'arbitrato può essere impedito se non vengono rispettate certe condizioni. Tradotto nella mia personale ricostruzione è possibile dedurre che il mancato rispetto del "diritto processuale arbitrale" incrina la validità del processo arbitrale, ma non incide sull'arbitrabilità del diritto.

³¹ In tale senso LOQUIN, *Arbitrage, Instance arbitrale*, cit., par. 85.

pieno. In secondo luogo, il diritto al ricorso allo strumento arbitrale non determina alcuna rinuncia definitiva del diritto di azione, ma costituisce uno strumento alternativo alla giustizia statuale, concorrente con quello ordinario³². Infatti, la funzione tipica dell'arbitrato è quella di giungere all'accertamento del diritto, posto in essere da un privato imparziale, in seguito a un processo in contraddittorio e con la garanzia dell'impugnativa della decisione per violazione di norme inderogabili³³. Pertanto, la giustizia ordinaria e quella arbitrale possono essere considerate come due facce della stessa medaglia³⁴, poiché si prefiggono il raggiungimento del medesimo fine: l'accertamento del diritto controverso.

La diversità, come già ricordato, deriva dalla modalità di accesso alla giustizia alternativa, che, nel caso dell'arbitrato, trova fondamento nella pura scelta delle parti³⁵. A prescindere da tale elemento, la giustizia arbitrale, come rileva la giurisprudenza³⁶, è potenzialmente alternativa a quella statuale.

³² Lo stesso è altresì rilevato da CARPI, *Efficacia del lodo*, in CARPI (a cura di), *Arbitrato*, Bologna, 2016, p. 733, secondo cui: «con la convenzione arbitrale le parti, nell'autonomia loro riconosciuta dalla legge, dispongono proprio del diritto d'azione, che non per questo perde la sua rilevanza costituzionale ex art. 24, comma 1°, cost.»; nello stesso senso anche, ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rispetto a terzi*, Bologna, 2004, p. 75.

³³ Cfr. quanto già detto nel cap. I.

³⁴ Sul punto, Corte costituzionale (Corte cost., 28 novembre 2001, n. 376, in *Giust. civ.*, 2001, I, pp. 2883 ss., con nota di VACCARELLA, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 351, con nota di E.F. RICCI; in *Riv. arb.*, 2001, p. 657, con nota di BRIGUGLIO), che ha evidenziato, sia pure prima dell'ultima riforma, che il giudizio arbitrale è potenzialmente fungibile rispetto a quello degli organi giurisdizionali, anche se gli arbitri sono «estranei all'organizzazione della giurisdizione». Tale rilievo trova conferma nel potere, riconosciuto dal legislatore, di sollevare la questione di legittimità costituzionale (art. 819-bis c.p.c.). Sul punto si rimanda anche alle osservazioni di E.F. Ricci, *Il lodo rituale di fronte ai terzi*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, pp. 662-663.

³⁵ Tale elemento costituisce l'assunto su cui si basa la diversa ricostruzione di PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II, Padova, 2012, p. 409. Se pure non si possa disconoscere che il potere degli arbitri derivi da una investitura privata, non si deve dimenticare che l'arbitro, così come il giudice ordinario, è obbligato ad applicare il disposto della legge inderogabile.

³⁶ Da ultimo, Corte Cost., 19 luglio 2013, n. 223, in *Riv. arb.*, 2014, pp. 81 ss., con note di BOVE *et al.*; Cass., sez. un., ord., 25 ottobre 2013, n. 24153, in *Corr. giur.*, 2014, p. 84, con nota di VERDE; in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, p. 743, con nota di ZUCCONI GALLI FONSECA; in *Riv. dir. proc.*, 2014, pp. 1 ss., con nota di PUNZI.

La diffidenza verso questo strumento può essere fugata solo qualora esso sia in grado di dare a chi ha un diritto «proprio quello e solo quello che ha diritto di conseguire» non solo in termini di risultato, ma anche con riguardo alle modalità attraverso cui quest'ultimo deve essere conseguito³⁷. Se ciò è possibile, il processo privato permette di raggiungere la medesima utilità³⁸ di quello statuale e non si pongono più dubbi indirettamente incidenti sull'ammissibilità dell'azione arbitrale.

Peraltro, se è vero che i limiti che valgono nel campo negoziale non possono operare all'interno dell'ordine pubblico arbitrale, è altresì corretto dedurre che l'azione arbitrale possa essere esperita anche con riguardo ai diritti non ancora entrati nella sfera giuridica del titolare, poiché in un simile caso è necessario tenere conto, in ragione della funzione e della struttura del processo arbitrale, del momento in cui la lite sorge.

Cerco di spiegarmi. La dottrina francese afferma che l'ordine pubblico (sostanziale) di protezione determina una indisponibilità (*rectius* inarbitrabilità) temporanea, cioè limitata al tempo in cui il diritto non sia acquisito dal soggetto³⁹.

Tale assunto trova una peculiare attuazione in campo arbitrale, poiché il patto compromissorio instaura la scelta dello strumento processuale alternativo in via preventiva rispetto al sorgere della lite. Per

³⁷ CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale*, I, Napoli, 1933, p. 42.

³⁸ In questa direzione si pongono anche le parole della Corte costituzionale, che individua una possibile equiparazione tra l'efficacia del lodo e del *dictum* del giudice statale. Corte cost., 28 novembre 2001, n. 376, cit.

³⁹ GABRIELLI, *Considerazioni sull'interpretazione e sull'invalidità delle clausole compromissorie*, in *Vita not.*, 1988, p. 981 e 982; CAPRASSE, *Les sociétés et l'arbitrage*, cit., pp. 45 ss. e 135 ss., parla di diritti imperativi, che solo per un certo limitato tempo non sono disponibili, cioè quando non sono ancora entrati nel patrimonio del soggetto; LOQUIN, *Arbitrage, Conventions d'arbitrage*, cit., par. n. 89, afferma: «[...] *L'ordre public de protection ne crée qu'une indisponibilité temporaire. Il en résulte que l'inarbitrabilité, qui est la conséquence de l'indisponibilité des droits litigieux, est elle-même temporaire. Il importe alors de déterminer à partir de quel moment les parties ont la libre disposition des droits d'ordre public de protection*»; RACINE, *Droit de l'arbitrage*, Paris, 2016, pp. 185 ss. Sul punto anche Perret (PERRET, *I limiti all'arbitrabilità*, in *Riv. arb.*, 1994, p. 682), che osserva come nell'ordinamento svizzero gli interpreti distinguano tra diritto indisponibile allo stadio di diritto eventuale e di diritto disponibile allo stadio di diritto nato e attuale.

tale ragione, ai fini del giudizio sull'arbitrabilità del diritto, non può assumere valore l'indisponibilità temporanea del suo esercizio: «*en revanche, une fois le litige né, les droits litigieux sont en principe devenus disponibles et la matière litigieuse est devenue arbitrable*»⁴⁰.

Se stanno così le cose, è necessario individuare quali siano i principi che sono alla base di quello che ho definito il "diritto processuale arbitrale".

In alcuni casi è la stessa legge che li individua, in altri, invece, si assiste a un evidente vuoto normativo, che si traduce in una potenziale impossibilità di accedere alla tutela arbitrale. In tali fattispecie è compito dell'interprete attuare quello che può essere qualificato come un necessario «intervento di ortopedia giuridica», affinché sia possibile la scelta arbitrale. L'opzione per la giustizia privata è garantita solo qualora vi sia:

- a) la piena consapevolezza in capo ai litiganti della scelta arbitrale, criterio che, come si avrà modo di specificare nel proseguo, può divenire elemento discriminante per vagliare quelli successi;
- b) l'imparzialità e la professionalità degli arbitri;
- c) il rispetto del principio del contraddittorio che si esplica nella preventiva conoscenza di regole procedurali certe, anche con riguardo alla disciplina dei costi della procedura;
- d) la garanzia del rispetto della legge sostanziale, tesa a riequilibrare le posizioni delle parti.

Qualora tali criteri siano rispettati oppure possano trovare applicazione, la scelta arbitrale può produrre un corretto accertamento del diritto controverso. Diversamente, il lodo, pur non essendo inesistente, è comunque invalido.

La bontà della suesposta conclusione è confermata dalla disamina dei motivi di nullità del lodo rituale stabiliti dall'art. 829 c.p.c.

Si può, infatti, osservare che la violazione del primo indice rileva ai sensi del motivo n. 1⁴¹, quella del secondo ai sensi dei motivi

⁴⁰ LOQUIN, *Arbitrage, Conventions d'arbitrage*, cit., par. 89.

⁴¹ Diversamente, la categoria dell'inesistenza del patto compromissorio per incompromettibilità della controversia è vizio rilevabile anche d'ufficio, in sede di impugnazione o con autonomia *actio nullitatis* e, quindi, non rientrante in alcun specifico motivo di impugnazione (ZUCCONI GALLI FONSECA, *Casi di nullità*, in CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., p. 875).

nn. 2 e 3⁴²; quella relativa al terzo ai sensi del motivo enucleato al n. 9. Per quanto concerne, invece, il quarto requisito individuato, si deve precisare che la sua mancata applicazione, in realtà, configura un vizio del lodo arbitrale, solo qualora le parti o la legge lo abbiano stabilito⁴³. Tuttavia, al fine di garantire la massima tutela della parte c.d. debole, ritengo necessario accogliere una lettura adeguatrice del criterio relativo alla violazione dell'ordine pubblico (art. 829, comma 3°, c.p.c.)⁴⁴, inteso quale ordine pubblico di protezione (*rectius* arbitrale).

Naturalmente, come già sopra evidenziato, se tali vizi non vengono fatti valere, l'accertamento passa in giudicato, poiché, a differenza dell'ordine pubblico di direzione, quello di protezione non costituisce mai un limite all'ammissibilità dell'azione arbitrale.

Da ultimo.

⁴² In generale sull'impugnazione del lodo per imparzialità dell'arbitro, TIZI, *L'imparzialità dell'arbitro e del tribunale arbitrale*, Santarcangelo di Romagna, 2015, pp. 147 ss.

⁴³ Questo non vuole dire, come osserva la dottrina (CONSOLO, BERTOLDI, *La piena sindacabilità del lodo per errori di diritto negli arbitrati basati su convenzioni ante 2006: si applica la nuova norma che tuttavia in tal caso ingloba l'antica*, in *Giur. it.*, 2016, pp. 1455 ss. e in part. anche nota 10, che commentano la sentenza della Cassazione del 9 maggio 2016, n. 9284, relativa al contrasto sull'applicazione temporale del mutato regime di impugnabilità del lodo per errori di diritto), che anche laddove manchi una previsione di legge e le parti non abbiano previsto nulla sul punto, esse abbiano autorizzato gli arbitri a discostarsi dal diritto. Semmai, «proprio in quanto vogliono che quello arbitrale sia il vero giudizio sulla controversia, le parti così intendono evitare (*rectius*, senza inserire nulla in merito all'impugnabilità del lodo per violazione delle norme sul diritto) che le interpretazioni delle norme di diritto compiute dagli arbitri siano censurabili e reprimibili ove difformi dagli orientamenti della giurisprudenza nazionale [...]».

⁴⁴ Ritengono che la violazione dell'ordine pubblico non determina l'inesistenza del lodo, come, invece, si verifica con riguardo a un diritto inarbitrabile, LUISO, *L'impugnazione del lodo di equità*, in *Riv. arb.*, 2002, p. 466; Corte giust., 1° giugno 1999, C-126/97, *Eco Swiss-Benetton*, ivi, 1999, p. 797, che ha negato la rilevanza di tale vizio oltre al giudicato. Diversamente BONATO, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale*, Napoli, 2012, p. 279, che richiama la posizione di PUNZI, *Diritto comunitario e diritto nazionale dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2004, pp. 243 ss. Pur non potendo rilevare che la violazione dell'ordine pubblico costituisce uno specifico motivo di nullità del lodo (in senso difforme MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo dopo la riforma*, Milano, 2009, p. 143), è necessario tenere conto della distinzione tra inderogabilità della normativa e disponibilità del diritto.

Benché, in apparenza, i criteri costituenti il “diritto processuale arbitrale” possano rinvenirsi in qualunque giudizio privato, questi indici, alla luce della peculiarità della posizione giuridica soggettiva che entra in gioco, necessitano di una specifica attuazione. Essa, talvolta, è già compiuta dal dettato normativo.

3. *Segue: l'azione arbitrale “vincolata in senso lato”*

L'ordine pubblico arbitrale, se, da una parte, partecipa dell'ordine pubblico ideale alla luce della stretta inerenza con il diritto sostanziale, come si è visto in relazione all'azione arbitrale “libera” e “vincolata in senso stretto”, dall'altra non può sovrapporsi pedissequamente a quello sostanziale, poiché l'arbitrato non è disposizione ma accertamento del diritto⁴⁵.

Tale fine incide sulla corretta delimitazione dei suoi confini.

Come più volte enunciato, l'arbitrato si pone come scopo l'accertamento del diritto; in altri termini le parti, scegliendo il processo privato, vogliono ottenere la regolamentazione del diritto in contesa da parte di un soggetto terzo.

L'accertamento compiuto dagli arbitri si manifesta all'interno del lodo arbitrale; istituto, da sempre, al centro di ampie dispute.

Da lungo tempo la letteratura indaga la sua natura e la sua efficacia: il “nuovo” art. 824-*bis* c.p.c., nella parte in cui attribuisce al lodo effetti di sentenza sin dalla sua sottoscrizione, non ha consentito di attribuire una identità certa al lodo, poiché, pur sancendo un'equiparazione con la sentenza, non ha convenuto per una totale coincidenza.

A mio parere, questa scelta costituisce ulteriore conferma della natura eterogenea ascrivibile al fenomeno arbitrale. Se l'arbitrato è un *ens medium* non è possibile ragionare in termini contrapposti fra natura contrattuale e natura giurisdizionale, poiché l'istituto vive di vita autonoma nella disciplina specifica. L'unica possibilità per

⁴⁵ In senso difforme LOQUIN, *Arbitrage, Conventions d'arbitrage*, cit., par. 89 ss.

comprendere la fattispecie lodo è quella di attribuirgli una propria identità, non riconducibile né alla sentenza né al negozio⁴⁶.

L'accertamento, come dimostrano i numerosi studi, non è peculiarità esclusiva della attività giurisdizionale⁴⁷.

⁴⁶ In particolare, CARPI, *Efficacia del lodo*, cit., p. 735, il quale giustamente osserva che «mentre la sentenza del giudice ha effetti ed autorità di (giudicato) consequenziale all'esercizio dell'attività giurisdizionale, il lodo ha gli effetti che la legge gli attribuisce». Nel medesimo senso anche: LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, 2011, pp. 238 ss.; nel senso dell'autonomia ZUCCONI GALLI FONSECA, *L'efficacia ultra partes del lodo arbitrale*, in *Giustizia senza confini, Studi offerti a Federico Carpi*, Bologna, 2012, p. 465; RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, Milano, 2002, pp. 696 ss.; spunti anche in C. CAVALLINI, *Sulla "natura" del lodo rituale*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, pp. 942 ss.). Per siffatta ragione, nonostante che indubbie esigenze di praticità porterebbero a una parificazione tra lodo e sentenza, nutro disagio ad attribuire *tout court* al lodo efficacia di giudicato (sul dibattito si rimanda a quanto già detto nel cap. I). In questa direzione si pongono diverse disposizioni normative. Infatti il legislatore, pur parificando gli effetti del lodo a quelli della sentenza, non fa menzione della cosa giudicata, facendo intendere, come è osservato (ZUCCONI GALLI FONSECA, *Pregiudizialità e rinvio (Contributo allo studio dei limiti soggettivi dell'accertamento)*, Bologna, 2011, p. 168), che la norma si riferisca alla fase in cui «la sentenza non ha ancora compiuto il suo cammino verso l'incontrovertibilità». Inoltre, nell'elencazione dei motivi di impugnazione, all'art. 829, comma 1, n. 8, c.p.c., il legislatore distingue nettamente la cosa giudicata dal lodo non più impugnabile. Per di più, il lodo o la sentenza debbono essere prodotti nel procedimento, mentre nel procedimento ordinario sia il giudicato interno che quello esterno sono rilevabili d'ufficio. Al contrario non nego che il lodo possa acquisire una stabilità pari alla cosa giudicata, ma, una cosa è parlare di medesimi effetti, altra cosa è l'identificazione dei due fenomeni. La stabilità nel caso del lodo è diretta conseguenza dell'accertamento in esso contenuto. A tale proposito sono illuminanti le parole di Luiso (LUISO, *L'articolo 824-bis c.p.c.*, in *Riv. arb.*, 2010, pp. 237 ss., in part. p. 243), il quale, però, ritiene che il lodo sia in grado di produrre il giudicato. Lo studioso rileva che l'effetto che il lodo è in grado di produrre non è collegato al tipo di potere esercitato ma al contenuto dell'atto. Quindi, nella mia personale interpretazione, è l'accertamento del diritto che è in grado di divenire la legge del caso concreto.

⁴⁷ Tale affermazione postula il superamento del problema di potere individuare una attività accertativa al di fuori del processo statutale. A mio parere, convenendo con una parte della dottrina, ritengo che l'effetto di accertamento possa provenire da atti di natura differente (per l'ampia ricostruzione del tema si rimanda alla disamina di ZUCCONI GALLI FONSECA, *Pregiudizialità e rinvio*, cit., p. 163 e in particolare p. 195; ma più in generale si rimanda alla elaborazione relativa al negozio di accertamento: CATRICALÀ, voce *Accertamento (negozio di)*, in *Enc. giur. Traccani*, I, Roma, 1988, p. 1; FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, rist., Firenze, 1993, *passim*; FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, Torino, 2002, pp. 21 ss.; VOCINO, *Su alcuni concetti e problemi di diritto processuale civile: IV) La cosa giudicata e i suoi limi-*

Semmai il problema che deve essere risolto è quello di delineare una disciplina specifica in relazione al luogo in cui esso si trova ad operare. La peculiare regolamentazione di ogni singolo fenomeno accertativo non altera la sua natura, tanto da condurre una parte della letteratura⁴⁸ a formulare delle proposte di unificazione della categoria, indipendentemente dal fatto che si tratti di accertamenti negoziali⁴⁹ o giudiziali.

Se, quindi, non è possibile negare la natura accertativa del lodo arbitrale, è inevitabile anche concludere che esso sia in grado di in-

ti soggettivi, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1971, p. 563, p. 494, nota 23; in senso difforme si rimanda a LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milano, 1935, pp. 1 ss.; MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in VASSALLI (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, XIV, 4, Torino, 1994, pp. 46 ss.). La dicotomia sopra individuata non è altro che la traduzione delle due differenti modalità di intendere la giurisdizione: da una parte come esercizio di un potere autoritativo oppure come espressione dell'attività di giudicare, scollegata alla sua provenienza e in grado di evidenziare la differenza tra lo *ius dicere* e l'imperatività tipica del giudicato (ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, Milano, 1957, pp. 2 ss.). Ritengo opportuno precisare, allineandomi con una parte della dottrina (LUISO, *L'articolo 824-bis c.p.c.*, cit., pp. 237 ss.), che la qualificazione dell'attività arbitrale come attività «giurisdizionale» possa essere accettata solo in senso contenutistico.

⁴⁸ Oltre ai riferimenti contenuti nella precedente nota si rimanda a MENCHINI, *Il giudicato civile*, 2ª ed., Torino, 2002, pp. 140 ss.; FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 492; ID., voce *Accertamento*, a) *Teoria generale*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, pp. 205 ss.; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Pregiudizialità e rinvio*, cit., p. 164.

⁴⁹ Anche il tradizionale principio di relatività del contratto subisce diverse eccezioni, tanto da potersi parlare di una vera e propria teoria dell'efficacia *ultra partes* del regolamento negoziale (ALPA, FUSARO, *L'esperienza italiana*, in ALPA, FUSARO (a cura di), *Effetti del contratto nei confronti dei terzi*, Milano, 2000, p. 4; DI MAJO, *La protezione contrattuale del terzo*, in VACCA (a cura di), *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino, 2001, pp. 109 ss.). Accanto ai cc.dd. effetti diretti, il cui paradigma è costituito dal contratto a favore di terzi, la letteratura individua degli effetti riflessi, ovvero effetti che derivano dal necessario coordinamento dei rapporti giuridici (GIOVESE, *Per una teoria del negozio giuridico rispetto ai terzi*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, I, pp. 589 ss.; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pp. 273 ss.; MESSINEO, *Manuale di dir. civ. e comm.*, II, 2, Milano, 1950, p. 502; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s.d., pp. 689 ss.; CATAUDELLA, *I contratti, Parte generale*, Torino, 2014, pp. 285 ss.; MASSIMO FRANZONI, *Il contratto e i terzi, I contratti in genere*, in GABRIELLI (a cura di), *Il trattato dei contratti*, diretto da Rescigno, II, Torino, 1999, p. 1106; SACCO, *Il contratto*, in ID. (diretto da), *Trattato di diritto civile*, I, Torino, 1993, pp. 667 ss.).

cidere sui diritti di soggetti terzi⁵⁰, poiché, come rileva la dottrina «il diritto soggettivo, al pari dell'uomo (che ne è il titolare) “non è un'isola”»⁵¹.

Infatti, a prescindere dai soggetti che hanno stipulato la convenzione arbitrale, l'accertamento che si origina dal lodo ha una capacità espansiva autonoma, fondata su meccanismi di collegamento fra diritti sostanziali⁵².

⁵⁰ Ritengono che il lodo produca effetti *ultra partes* al pari della sentenza, tra gli altri: E.F. RICCI, *Il lodo rituale di fronte ai terzi*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, pp. 655 ss.; ID., *La Cassazione insiste sulla natura “negoziale” del lodo rituale. Nuovi spunti critici*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, pp. 1239 ss.; ID., *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, pp. 517 ss.; ID., *La never ending story della natura negoziale del lodo: ora la Cassazione risponde alle critiche*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, pp. 557 ss.; TARZIA, *Efficacia del lodo e impugnazioni nell'arbitrato rituale e irrituale*, in *L'arbitrato a tre anni dalla l. n. 28/83*, Milano, 1987, p. 75; ID., *Conflitti tra lodi arbitrali e conflitti tra lodi e sentenze*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, p. 640 (tale impostazione discende dalla teorica liebmaniana dell'efficacia naturale di accertamento delle sentenze, LIEBMAN, *Efficacia e autorità della sentenza*, Milano, 1962, *passim*). Diversamente ritengono che il lodo possa produrre effetti *ultra partes* senza parificare il lodo alla sentenza: ZUCCONI GALLI FONSECA, *L'efficacia ultra partes del lodo arbitrale*, cit., pp. 465 ss.; CARPI, in *Efficacia del lodo*, cit., pp. 735 ss., il quale deduce dai rimedi previsti dal legislatore che vi è un problema di effetti *ultra partes* del lodo arbitrale; LUISO, *Diritto processuale civile*, V, Milano, 2017, pp. 223 ss., anche se postula l'identifica efficacia del lodo rispetto ai terzi, al pari di una sentenza o di un negozio stipulato tra le parti. Escludono, invece, gli effetti *ultra partes* del lodo: PUNZI, *Disegno sistematico*, II, cit., pp. 407 ss.; SATTA, *Commentario al c.p.c.*, IV, 2, Milano, 1975, p. 324; MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., pp. 46 ss.; F. AULETTA, *Efficacia del lodo*, in MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 2010, pp. 425 ss.; RUFFINI, *Il giudizio arbitrale con pluralità di parti*, in *Studi in onore di Montesano*, Padova, 1997, I, p. 680; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale*, I, Torino, 2017, p. 540, il quale sostiene l'indipendenza della questione degli effetti *ultra partes* rispetto alla natura del lodo; ID., *I terzi e il procedimento arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 856, ove distingue tra efficacia di accertamento che il lodo è in grado di produrre nei confronti solo di quei terzi che partecipano al giudizio e l'attuabilità in forma specifica dell'accertamento che, invece, può produrre effetti sulle situazioni giuridiche di titolarità dei terzi.

⁵¹ ZUCCONI GALLI FONSECA, *L'efficacia ultra partes del lodo arbitrale*, cit., p. 466; LUISO, *L'articolo 824-bis c.p.c.*, cit., p. 246, nota 35; ID., *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso i terzi*, Milano, 1989, p. 71.

⁵² LUISO, *Principio del contraddittorio*, cit., pp. 162 ss.; ID., *Le impugnazioni del lodo dopo la riforma*, in *Riv. arb.*, 1995, pp. 32 ss.; ZUCCONI GALLI FONSECA, *L'efficacia ultra partes del lodo arbitrale*, cit., pp. 465 ss.; e più in generale ID., *Pregiudizialità e rinvio*, cit. 159; SASSANI, *L'opposizione di terzo al lodo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1995, pp. 204 ss., affermando che «[...] le questioni relative al rapporto tra lodo e terzi non possono essere impostate su un asserito minusvalore dell'efficacia

Questa caratteristica è spesso dimenticata, tanto che si è soliti concludere per l'inarbitrabilità ogniqualvolta il diritto litigioso è in grado di incidere sulle posizioni giuridiche di soggetti terzi⁵³.

Così facendo si finisce per disconoscere prima ancora l'arbitrato, la stessa nozione di accertamento. Scriveva Fazzalari, in tempi non sospetti⁵⁴: «[...] se i litiganti che devolvono la controversia ad arbitri aspirano all'equiparazione del lodo a sentenza, e per il solo fatto che vi aspirano [...] ancorché, all'esito, si risolvano a richiedere l'omologazione del lodo; in tale ipotesi, essi si assoggettano a contraddittorio per così dire aperto, che comprende, cioè, l'eventuale partecipazione del terzo, il quale a tanto sarebbe legittimato se la controversia fosse deferita a giudice togato e si concludesse con la di lui sentenza».

Se così è, come credo, non è possibile dedurre dalla mera vocazione «ultraindividuale» di alcuni diritti la loro inarbitrabilità⁵⁵. Infatti, se il lodo può produrre effetti *ultra partes* in virtù degli inevitabili collegamenti tra diritti soggettivi⁵⁶, la mera presenza di diritti ultraindividuali⁵⁷ non può costituire idoneo motivo per ritenere

soggettiva del lodo rispetto alla sentenza, per la semplice ragione che ad informare il sistema non è una regola di ultrattività della sentenza, bensì un postulato di inefficacia della sentenza nei confronti dei terzi», rileva che le ripercussioni che il lodo può esplicare nei confronti dei terzi aventi causa, legittimati all'opposizione di terzo revocatoria, derivano esclusivamente da nessi di carattere sostanziale.

⁵³ Così scriveva, per esempio, prima della riforma del 2006, E.F. RICCI, *Il lodo rituale di fronte ai terzi*, cit., p. 659.

⁵⁴ Prima ancora della novella del 1994, FAZZALARI, *Le difese del terzo rispetto al lodo rituale*, in *Riv. arb.*, 1992, p. 619.

⁵⁵ Ma in tal caso non si parlerà più di efficacia *ultra partes* ma di efficacia *erga omnes*. Sul punto: BIAVATI, *Argomenti di diritto processuale civile*, Bologna, 2016, p. 124.

⁵⁶ Osserva Luiso (LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., p. 226) che «[...] il motivo che osta all'efficacia verso i terzi del lodo (ma anche di una sentenza) sta nel diritto di difesa di costoro: sta nel fatto che il terzo si trova precluse alcune difese in virtù di un atto, alla cui formazione egli non è stato chiamato a partecipare. E non può certo la provenienza dell'atto da un organo pubblico, né tanto meno l'apposizione, ad opera del giudice, di un timbro in calce al lodo a garantire il diritto di difesa del terzo: a meno di non voler considerare l'intervento giurisdizionale come una sorta di attività sacrale posta in essere dall'unto del Signore, idonea a produrre effetti cui nessun altro soggetto dell'ordinamento può attingere».

⁵⁷ Per la corretta delimitazione di detta categoria si rinvia a CARPI, *L'efficacia "ultra partes" della sentenza civile*, Milano, 1974, pp. 48 ss., spec. pp. 60 ss., 150 ss.

inammissibile l'azione arbitrale. A tale conclusione si può pervenire solo se l'interesse generale che pervade il diritto controverso sia talmente forte da escludere la possibilità di un processo privato per il suo accertamento. Rintracciare questo *distinguo* non è semplice: talvolta, come avrò modo di precisare con riguardo, per esempio, alle impugnative delle delibere assembleari, è la stessa disciplina sostanziale che consente di superare l'*impasse*; diversamente, in altri casi, l'ammissibilità dell'azione arbitrale può desumersi solo dal bilanciamento dei diritti che entrano in gioco.

Quindi, fuori dai specifici casi di inammissibilità, la mera presenza di un diritto ultraindividuale non pone un problema di arbitrabilità del diritto, bensì essa esige che l'accertamento della posizione giuridica controversa venga realizzato nel rispetto di uno specifico "diritto processuale arbitrale". A differenza di quanto si verifica nelle ipotesi enucleate nel paragrafo precedente, nel caso di specie, il "diritto processuale arbitrale" è chiamato ad elargire una protezione verso i soggetti formalmente estranei alla convenzione arbitrale⁵⁸.

Ne segue che è possibile discorrere di azione arbitrale «vincolata in senso lato», poiché la difesa garantita dalle norme di diritto sostanziale è finalizzata ad escludere che i soggetti non coinvolti direttamente nel processo non subiscano un alcun nocumento⁵⁹. Il

⁵⁸ Sul concetto di terzo si rimanda a ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, cit., pp. 232 ss.

⁵⁹ Si parla di necessità di protezione dei soggetti terzi specialmente nell'ordinamento tedesco, ove si è elaborata una autonoma categoria, definita dei «contratti con effetti di protezione verso i terzi» (*Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*), che consentirebbero a terzi, non destinatari della obbligazione primaria di prestazione, di essere ricompresi nell'«area di protezione» del contratto del quale essi, tuttavia, non sono parti. L'azione che i terzi fanno valere non riguarda, dunque, l'inadempimento dell'obbligazione (primaria) di prestazione ma i cc.dd. doveri od obblighi di comportamento che accompagnano la prima. Tali doveri sono definiti di «protezione» e si ricavano da una integrazione del rapporto contrattuale condotta alla stregua del principio della buona fede e correttezza. Ciò che si postula è che il c.d. «obbligo di protezione» che deve considerarsi una componente del rapporto obbligatorio primario, in quanto diretto a tenere indenne il creditore da danni che possono verificarsi nel momento dell'esecuzione e si estende anche a tutelare terzi soggetti, estranei al rapporto e/o rapporti (sul punto KRESS, *Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts*, Monaco, 1929, pp. 5 ss.; MARKESINIS, *The German law of torts: a comparative treatise*, 4^a ed., Oxford, 2002, p. 95). Siffatta categoria non trova ingresso nel nostro ordinamento, nonostante gli sforzi volti a costruire un'effica-

c.d. “diritto processuale arbitrale” applicabile a questa categoria di diritti è volto a garantire la piena esplicazione del diritto di difesa del soggetto che non ha partecipato alla stipulazione della convenzione arbitrale⁶⁰. Ciò può avvenire attraverso tre congegni:

a) la predisposizione di meccanismi di tutela preventivi⁶¹ e successivi, che siano anche idonei a limitare i costi della difesa dei terzi;

b) il rispetto del principio del contraddittorio che si esplica in regole procedurali certe, conoscibili dal terzo che voglia entrare nel giudizio privato;

c) il rispetto dell'applicazione della legge sostanziale.

Qualora tali indici non vengano garantiti non è possibile avere un valido accertamento del diritto controverso. Quindi, il lodo, pur non essendo inesistente, è comunque invalido.

Tralasciando eventuali discipline specifiche che verranno esaminate nelle apposite sedi, si deve già rilevare come l'arbitrato di diritto comune conosca alcuni strumenti di tutela per coloro che

cia complessa della obbligazione come fonte ad un tempo di prestazione e di protezione (CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, pp. 171 ss.; in linea generale per una analisi alla luce del nostro sistema: MAGGIOLO, *Effetti contrattuali a protezione del terzo*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 39; MOSCATI, *I rimedi contrattuali a favore dei terzi*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, pp. 364 ss.), poiché si è notato che si tratta di sfere non osmotiche, per cui il dovere di protezione non potrebbe, automaticamente ed in mancanza di un dato normativo specifico, portare a un diritto alla prestazione (SCOGNAMIGLIO, *Gli effetti del contratto*, in ALPA, BESSONE (diretto da) *I contratti in genere*, IV, 1, Torino, 1991, pp. 53 ss.). Ciò nonostante, anche nel nostro ordinamento, vi è la tendenza di superare il dato formale dell'art. 1372 c.c. e di individuare gli strumenti di tutela per i terzi che subiscono una rilevanza esterna del contratto (MOSCARINI, *I negozi a favore di terzo*, Milano, 1970, pp. 277 ss.; G.B. FERRI, voce *Parte del negozio giuridico*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, pp. 904 ss.; DI MAJO, *La protezione contrattuale del terzo*, cit., pp. 109 ss.). Diversamente, l'idea fatta propria da tali obblighi bene si adattano all'idea elaborata nella presente indagine di una protezione in senso lato.

⁶⁰ Si tratta di un concetto recentemente ribadito dalla stessa Corte Suprema (Cass., sez. un., ord., 25 ottobre 2013, n. 24153, cit.), «[...] Se, il legislatore, nell'esercizio della propria discrezionalità in materia, struttura l'ordinamento processuale in maniera tale da configurare l'arbitrato come una modalità di risoluzione delle controversie alternativa a quella giurisdizionale, è necessario che l'ordinamento giuridico preveda anche misure idonee ad evitare che tale scelta abbia ricadute negative per i diritti oggetto delle controversie stesse».

⁶¹ Anche ai fini della corretta formazione del consenso del terzo a favore della scelta arbitrale.

possono subiscono un'innovazione⁶² nella loro sfera giuridica da un lodo emesso tra le parti compromittenti. Evidentemente il terzo indifferente, ovvero quel soggetto che non è interessato da alcuna innovazione giuridica ma va incontro unicamente a un pregiudizio di mero fatto⁶³, non è soggetto ad alcun effetto *ultra partes*⁶⁴, a meno che non intervenga previo accordo di tutte le parti.

In tale ottica, mentre la disciplina positiva garantisce ampio potere di intervento volontario del terzo e nello specifico quello del terzo adesivo dipendente, del litisconsorte necessario⁶⁵ e dell'acquirente della *res litigiosa* anche senza il consenso delle parti dell'arbitrato⁶⁶, lacunosa, almeno in una prima analisi, appare la disciplina della chiamata in arbitrato.

Nonostante che il dettato normativo sembri consentire ogni genere di chiamata, la correttezza dell'interpretazione proposta deve

⁶² FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 494.

⁶³ *Contra*, E.F. RICCI, *Il lodo rituale di fronte ai terzi*, cit., p. 658, secondo cui l'asserita efficacia di fatto sia in verità una efficacia di diritto.

⁶⁴ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Pregiudizialità e rinvio*, cit., pp. 107 ss., ma anche: VOCINO, *Su alcuni concetti e problemi*, cit., p. 551; MONTELEONE, *I limiti soggettivi del giudicato civile*, Padova, 1978, p. 100; PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria: art. 404, 1° comma c.p.c.*, Napoli, 1965, pp. 182 ss.; E.F. RICCI, *Il lodo rituale di fronte ai terzi*, cit., p. 658. Sul punto si rimanda a MENCHINI, *Il giudicato civile*, cit., p. 159 ss.; ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1939, p. 67, che parlano di nessi di fatto contrapposti a nessi di diritto; CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, cit. pp. 378 ss., che parla di meri pregiudizi di fatto. Sostengo, invece, che anche i cc.dd. terzi indifferenti possano subire un pregiudizio di fatto dall'accertamento, BETTI, *Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*, Macerata, 1922, pp. 150 ss.; ID., *Diritto processuale civile italiano*, 1936, p. 608; CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, pp. 298 ss.; MICHELI, *Corso di diritto processuale civile*, Milano, 1959, I, p. 298; LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, II, Milano, 1981, p. 414; LA CHINA, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, XIX, 1, 1985, Torino, 1962, p. 62.

⁶⁵ Su tale aspetto si è aperto un importante dibattito: COLESANTI, *Notarelle «controcorrente» in tema di arbitrato e litisconsorte non compromittente*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, pp. 791 ss.; SASSANI, *Di modifiche della domanda, diritti autodeterminati, litisconsorti necessari e altro ancora nel giudizio arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2013, pp. 883 ss.; CONSOLO, *Domande autodeterminate e litisconsorte necessario nel giudizio arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 1398. In generale sulla esegesi di tale istituto, SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., pp. 516 ss.

⁶⁶ Coerentemente alla interpretazione accolta, non è ammesso l'intervento del titolare di un diritto autonomo e incompatibile.

essere misurata con la sua effettività. Per tale ragione, ritengo che per il terzo non vincolato alla convenzione arbitrale non sia possibile una vera e propria chiamata, ma è prospettabile unicamente che l'arbitro lo "informi" dell'esistenza della lite⁶⁷.

Sul punto si avrà modo di tornare nel proseguo.

Al contempo, salvo che le parti compromittenti non abbiano stabilito le norme regolatrici del processo arbitrale all'interno della convenzione arbitrale o in un atto scritto separato, stante la flessibilità che connota il giudizio arbitrale riconosciuta dall'art. 816-bis c.p.c., il terzo, al momento in cui spiega l'intervento, potrebbe essere all'oscuro delle regole procedurali che governano il giudizio privato. Questa mancanza può trasformarsi in diffidenza nei confronti del giudizio arbitrale, poiché può innescare la preoccupazione nell'interveniente di non godere di pari tutela rispetto a quella assicurata dal giudizio statale.

Rimandando su questo aspetto alle osservazioni contenute nella seconda parte, si deve, invece, ricordare che la disciplina generale dell'arbitrato rituale conosce un ampio ventaglio di rimedi successivi: infatti, la previsione dell'opposizione di terzo esperibile contro il lodo garantisce ai terzi un'identica tutela rispetto a quella contemplata per la sentenza.

Diversamente ritengo ammissibile, in difformità rispetto ad altri interpreti, l'intervento nel giudizio di nullità del lodo da parte di tutti coloro che sarebbero legittimati a proporre l'opposizione di terzo⁶⁸. L'assunto trova, a mio parere, fondamento nel principio

⁶⁷ Così ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale*, cit., pp. 740 ss. Ritiene ammissibile ogni genere di intervento SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., p. 525.

⁶⁸ App. Roma, 24 gennaio 1991, in *Riv. arb.*, 1992, p. 281, con nota di GROSSI; con riguardo a una fattispecie di titolare di diritto dipendente, App. Milano, 2 aprile 1980, in *Giur. it.*, 1980, I, 2, c. 401; in dottrina, CARNACINI, voce *Arbitrato rituale*, in *Noviss. dig. it.*, I, 2, Torino, 1957, p. 911; VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, 1971, p. 621; in senso dubitativo sotto la vigenza del codice nel tenore ante novella, REDENTI, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 1957, p. 487; FAZZALARI, *L'arbitrato*, Milano, 1997, pp. 106 ss., che, tuttavia, non fa applicazione analogica dell'art. 344 c.p.c., ma vi ravvede la stessa *ratio*, e cioè quella di consentire al terzo una sorta di «opposizione anticipata» che nella ricostruzione dello studioso, è proponibile, nei lodi di accertamento e costitutivi, solo con il loro passaggio in giudicato; SASSANI, *L'opposizione del terzo nel lodo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1995, p. 207, nota 23.

espresso dall'art. 344 c.p.c. La norma, benché non possa trovare una diretta applicazione nel processo arbitrale, è portatrice di un principio di economia processuale che, invece, trova attuazione anche nel giudizio privato. Infatti, ammettendo l'intervento del terzo nel giudizio di nullità del lodo, si possono anticipate le censure che verranno mosse con l'opposizione di terzo⁶⁹. Tale lettura è in sintonia con la previsione di cui all'art. 831 c.p.c, che stabilisce la possibilità della riunione della impugnazione per nullità con l'eventuale giudizio di opposizione di terzo⁷⁰. Naturalmente, il terzo che interviene avrà l'obbligo di fare valere uno dei motivi riconducibili all'art. 829 c.p.c.⁷¹.

Conseguentemente, almeno per quanto rileva in questa sede, il litisconsorte pretermesso potrà fare valere la violazione del principio del contraddittorio⁷²; il terzo titolare di un diritto autonomo e incompatibile, non potendo fare valere alcun specifico motivo individuato dall'art. 829 c.p.c., potrà comunque impugnare il lodo per violazione delle norme inderogabili, alla luce del principio che non può essere in alcun modo pregiudicato dalla decisione resa *inter alios*⁷³. In questo caso, si pone un unico problema, cioè quello di garantire l'effettività dell'impugnazione: quest'ultima è esperibile solo qualora le parti l'abbiano prevista espressamente. Tuttavia, come ho già argomentato, questa lacuna può essere sopperita mediante una lettura adeguatrice dell'impugnazione per contrarietà all'ordine pubblico.

⁶⁹ FAZZALARI, *L'arbitrato*, cit., p. 106; NELA, *Decisioni sull'impugnazione per nullità*, in CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile*, Bologna, 2007, II, p. 1888; CONSOLO, *I terzi e il procedimento arbitrale*, cit., p. 871, ritiene ammissibile l'intervento ma solo nella fase rescissoria.

⁷⁰ SASSANI, *L'opposizione del terzo*, cit., p. 207.

⁷¹ *Contra*, ritenendola una forzatura, RIZZI, *Lodo-Impugnazioni per opposizione di terzo*, in *Dizionario dell'arbitrato*, Torino, 1997, p. 449; Cass., 13 aprile 2005, n. 7702, in *Riv. arb.*, 2006, pp. 309 ss., con nota di SANTAGADA.

⁷² FAZZALARI, *L'arbitrato*, cit., p. 107.

⁷³ FAZZALARI, *ibidem*, accomuna questa ipotesi, unitamente a quella del *falsus procurator*, nel vizio basato sul principio, dettato a favore del titolare del diritto, che non possano altri, non autorizzati da lui o dalla legge, chiedere e ottenere una pronuncia.

Qualora, ciò non fosse realizzabile, non viene comunque sacrificato il diritto di difesa del terzo, poiché, come si è poc'anzi visto, è sempre ipotizzabile l'esperimento dell'opposizione di terzo.

Da ultimo. Se il terzo non impugna l'accertamento che lo investe, il lodo passerà in giudicato, poiché quello che l'azione arbitrale "vincolata in senso lato" impone è la predisposizione di misure adeguate a tutela del soggetto terzo. Se quest'ultimo decide di non usufruirne, non può per questo motivo essere posto in discussione l'accertamento del diritto a cui si è pervenuti. Questa conclusione trova un'unica eccezione nel caso in cui la violazione della legge sostanziale si traduca in un'inosservanza del criterio dell'arbitrabilità del diritto. Qualora si configuri questa ipotesi, il menzionato vizio è rilevabile anche d'ufficio, nonché, ad istanza di parte, in ogni sede, ivi compreso l'esperimento di una azione di accertamento *ad hoc*.

4. *Il difficile connubio tra giudizio secondo equità e azione arbitrale "vincolata"*

Come ho appena enunciato, l'azione arbitrale "vincolata" impone la predisposizione di regole processuali certe e il rispetto della legge sostanziale. Difficilmente queste esigenze possano essere attuate all'interno del giudizio equitativo⁷⁴, poiché, a prescindere dalla nozione accolta di equità, essa assume connotati non chiaramente definibili.

L'art. 822 c.p.c. conferisce agli arbitri il potere di pronunciarsi secondo equità solo quando le parti concordemente lo richiedano; altrimenti la regola è il giudizio secondo diritto.

In coerenza con il dispositivo *de quo* è convinzione diffusa che gli arbitri autorizzati a pronunciare secondo equità siano svincolati alla rigorosa osservanza delle regole del diritto⁷⁵; al contempo, le

⁷⁴ TENELLA SILLANI, *Arbitrato di equità. Introduzione*, in ALPA (a cura di), *L'arbitrato. Profili sostanziali*, Torino, 2013, p. 369.

⁷⁵ Espressione che si ritrova in numerose pronunce: Cass., 20 gennaio 2006, n. 1185, in *DeJure*; Cass., 16 giugno 2000, n. 8231, ivi; Cass., 7 agosto 1993, n. 8563, ivi; Cass., 25 maggio 1981, n. 3414, in *Riv. dir. proc.*, 1982, pp. 122 ss., con nota di MONTELEONE.

opinioni degli interpreti divergono sulla definizione di equità quale criterio di risoluzione delle controversie⁷⁶.

Si è soliti affermare, con una formula attribuita ad Aristotele, che l'equità è «la giustizia del caso concreto»⁷⁷. Tale assunto è alla base di due diversi modi di intendere l'equità: la teoria oggettiva e quella soggettiva⁷⁸.

Secondo la prima tesi⁷⁹ l'arbitro avrebbe il potere di andare al di là del dettato normativo e di fondare la decisione sui criteri «ricavabili dalla cultura economico-sociale del suo tempo». Per questo motivo non è possibile individuare una discontinuità tra l'equità e il diritto: come osservava Calamandrei, essi «costituiscono due ordinamenti giuridici, coesistenti e in parte coincidenti, come due sfere concentriche di diverso volume, di cui la più grande che contiene in sé la più piccola, è l'equità». Un peculiare sviluppo della tesi sopra enunciata si ha nella c.d. «opinione riduzionistica», secondo cui la fattispecie dedotta in giudizio deve essere valutata alla luce dello stretto diritto, salva la possibilità per il giudice, at-

⁷⁶ L'equità richiamata dall'articolo in commento va intesa come equità sostitutiva, che è applicabile al merito della controversia, quale metro di decisione alternativo al diritto. L'equità sostitutiva va tenuta distinta dalla quella integrativa che si configura laddove il legislatore abbia lasciato incompleta una parte della fattispecie, rimettendo la determinazione al giudice.

⁷⁷ ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, traduzione e commento di Zanotta, I, Milano, 1993, pp. 377 ss.

⁷⁸ Dicotomia ritenuta superata da Coll. arb., 5 giugno 2006, in *Riv. arb.*, 2006, p. 749, con nota di PICCININNI.

⁷⁹ F. GALGANO, *Diritto ed equità nel giudizio arbitrale*, in *Contr. e impr.*, 1991, pp. 475 ss., secondo cui l'equità si verrebbe a contrapporre solo al diritto codificato, ma non al diritto inteso in senso lato, configurandosi come un diverso modo di genesi dello stesso, un fenomeno già largamente sperimentatosi in ormai lontane esperienze; ID., *L'equità degli arbitri*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, p. 413; CALAMANDREI, *Diritto ed equità dell'arbitro*, in *Opere giuridiche*, IX, Napoli, 1983, p. 339; IRTI, *Crisi della legge e giudizio di equità*, in *Diritto e società*, 1978, p. 373; LAUDASIA, *Sul controllo di legittimità delle sentenze equitative*, in *Giur. it.*, 1974, I, 1, cc. 1751 ss.; MONTESANO, *Aspetti problematici di forma e di prova nel compromesso per arbitri e di controllo giudiziario sull'equità arbitrale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1989, p. 902. In giurisprudenza, Coll. arb., 15 dicembre 2004, in *Reperitorio Utet online*; Coll. arb., 5 giugno 2006, cit. Propende per questa ricostruzione TENELLA SILLANI, *Arbitrato di equità*, cit., pp. 392 ss.

traverso l'ausilio del metro equitativo, di mitigare le conseguenze derivanti dalla legge⁸⁰.

Diversamente, secondo la seconda opzione⁸¹ l'arbitro sarebbe svincolato dal dettato della legge, poiché il suo giudizio si fonda non su criteri esterni e preesistenti alla singola controversia, bensì su regole create e modellate di volta in volta. Da qui il carattere assolutamente straordinario e irripetibile della decisione secondo equità.

Se quest'ultima interpretazione non può trovare accoglimento, poiché si presta ad evidenti abusi, degna di nota sembrerebbe essere la prima opzione esegetica, anche alla luce delle parole della giurisprudenza che, dichiarando l'incostituzionalità dell'art. 113, 2° c.p.c., nella parte in cui non prevede che il giudice di pace nel decidere secondo equità sia tenuto in ogni caso ad osservare «i principi informatori della materia», ha posto in luce che non è possibile attribuire carattere formativo e particolare al giudizio equitativo⁸².

⁸⁰ NASI, voce *Equità (giudizio di)*, in *Enc. dir.*, XV, p. 127; MARTINO, *Equità (giudizio di)*, in *Enc. giur. Treccani*, pp. 9 ss.; BROGGINI, *L'equità nell'arbitrato commerciale internazionale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1994, pp. 1136 ss., anche se definisce l'equità come «il diritto affinato e plasmato sull'identità del caso e l'attualità della regola»; GIORGETTI, *Lodo di diritto reso da arbitro di equità, lodo rituale reso da arbitro libero e...viceversa*, in *Riv. arb.*, 2000, p. 745. In posizione critica rispetto a tale interpretazione si pone LUISO, *L'impugnazione del lodo di equità*, in *Riv. arb.*, 2002, p. pp. 455 ss., che osserva che non necessariamente l'equità coincide con il diritto.

⁸¹ DENTI, *Contributo allo studio del giudizio di equità nel processo civile*, Pavia, 1994, p. 53; VECCHIONE, *Equità (giudizio di)*, in *Noviss. dig. it.*, VI, rist., 1979, pp. 625 ss.; SATTÀ, PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, 1992, p. 203; E.F. RICCI, *Note sul giudizio di equità*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, p. 393; FROSINI, voce *Equità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, pp. 69 ss.; DE MARINI, *Il giudizio di equità nel processo civile (premesse teoriche)*, Padova, 1957, pp. 143 ss.; GRASSO, voce *Giudizio di equità*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1982, p. 446; CARNACINI, voce *Arbitrato rituale*, in *Noviss. dig. it.*, I, 2, Torino, 1958, p. 903; BRIGUGLIO, *Arbitrato rituale ed equità*, in *Riv. arb.*, 1996, pp. 276 ss.; FINOCCHIARO, *L'equità del giudice di pace e degli arbitri*, Padova, 2001, pp. 184 ss., che distingue l'equità dal G.d.P. che sarebbe «oggettiva», da quella degli arbitri che definisce soggettiva; SALVANE-SCHI, *Arbitrato*, cit., p. 747.

⁸² Corte cost., 6 luglio 2004, n. 206, in *Corr. giur.*, 2005, pp. 514 ss., con nota di ZANUTTIGH; in *Contratti e impresa*, 2005, p. 103, con nota di FINOCCHIARO; in *Rass. dir. civ.*, 2004, pp. 1143 ss., con nota di P. PERLINGIERI.

Anche aderendo a questa ricostruzione, l'arbitro resta comunque libero, pur qualificando la fattispecie dedotta in giudizio secondo i criteri di diritto⁸³, di definire le conseguenze. Infatti, è consentito al giudicante di introdurre gli adattamenti che, alla luce del caso di specie, risultino più conformi a giustizia. Per limitare la sua discrezione si potrebbe pensare di vincolare il giudizio dell'arbitro al rispetto di alcune norme giuridiche basilari, come, per esempio, quelle costituzionali, le disposizioni di legge inderogabili e i principi fondamentali e generali dell'ordinamento, indirettamente imposti dall'art. 829, 3° comma c.p.c.⁸⁴.

Se da una parte non sono sicura che il giudizio degli arbitri debba sottostare a tali criteri, perché, come pone in luce una dottrina⁸⁵, il legislatore, quando ha voluto segnare i confini della cognizione equitativa, l'ha fatto in modo esplicito, dall'altra, il rispetto di tali indici non consente in ogni modo di superare la nube di aleatorietà che circonda questo metro di valutazione.

Nonostante sia opinione condivisa che il giudizio di equità consenta la disapplicazione del diritto sostanziale⁸⁶ nel rispetto dei limiti sopra individuati, è innegabile che il metro *de quo* influisca sull'*iter* procedurale.

Ad esempio, si ritiene che l'arbitro di equità, a differenza di quello di diritto, possa, se lo ritenga conforme a giustizia, disapplicare le regole relative alla prova che incidono sulla struttura dei contratti⁸⁷; ugualmente si reputa che l'arbitro di equità possa selezionare a proprio piacimento i fatti rilevanti ai fini della decisione, determinando il rischio che le parti vengano a conoscenza dei fatti

⁸³ CALAMANDREI, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, in *Opere giuridiche*, III, Napoli, 1968, p. 11.

⁸⁴ SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, 1985, p. 526; VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, 1971, p. 567.

⁸⁵ Come rileva anche BORGHESI, *Norme per la deliberazione*, in CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., p. 683.

⁸⁶ Così come osserva BORGHESI, *Norme per la deliberazione*, cit. p. 681.

⁸⁷ BORGHESI, *Norme per la deliberazione*, cit., p. 682; FINOCCHIARO, *L'equità del giudice di pace e degli arbitri*, cit., p. 345.

su cui avrebbero dovuto incentrare la propria attività probatoria, solo al momento della decisione⁸⁸.

Alla luce delle menzionate osservazioni, a prescindere dalla definizione accoglibile di equità, entrambe le opzioni esegetiche sottopongono le parti al rischio di «difendersi alla cieca»⁸⁹, rendendo vacua la concreta realizzazione del principio del contraddittorio e, in ultima istanza, il loro diritto di difesa.

Peraltro, è difficile immaginare⁹⁰ come gli arbitri possano concretamente sottoporre alle parti la regola equitativa che hanno in animo di applicare⁹¹, senza correre il rischio di anticipare il contenuto della propria decisione.

Ciò si traduce nell'impossibilità di garantire la predisposizione, prima dell'inizio del giudizio, di regole certe per l'accertamento del diritto. Al contempo, l'aleatorietà che contraddistingue il giudizio si ripercuote in sede di impugnazione⁹²: la mancata definizione preventiva dei parametri valutativi impedisce di verificare quando vi sia stata una loro violazione. Non a caso, una dottrina ha evidenziato che l'impugnativa del lodo equitativo costituisce una possibilità più astratta che concreta⁹³.

⁸⁸ BORGHESI, *Norme per la deliberazione*, cit., pp. 688 ss.; VACCARELLA, *Il difensore ed il giudizio di equità*, in *Giust. civ.*, 1992, II, p. 470; VARANO, *Note in tema di giudizio di equità*, in *Foro it.*, 1988, IV, cc. 985 ss.

⁸⁹ BORGHESI, *Norme per la deliberazione*, cit., p. 688.

⁹⁰ Ivi, p. 689. Anche se lo auspica LUISO, *L'impugnazione del lodo di equità*, cit., p. 458.

⁹¹ MONTESANO, *Aspetti problematici di forma e di prova nel compromesso per arbitri*, cit., p. 903.

⁹² Cass., 4 maggio 1994, n. 4330, in *Riv. arb.*, 1994, pp. 409 ss., con nota di LUISO; in senso difforme: Cass., 4 luglio 2013, n. 16755, in *DeJure*; Cass., 20 gennaio 2006, n. 1183, ivi, che ammettono la impugnazione del lodo per "errores in iudicando" solo se tali vizi si «traducano nell'inosservanza di norme fondamentali e cogenti di ordine pubblico, dettate a tutela di interessi generali e perciò non derogabili dalla volontà delle parti, né suscettibili di formare oggetto di compromesso». Così affermando, a mio avviso, in ultima istanza, viene messa in discussione la stessa possibilità di impugnazione del lodo.

⁹³ Così FESTI, *L'arbitrato di equità*, in *Contr. e imp.*, 2006, p. 157 e nello stesso senso: BIAMONTI, voce *Arbitrato*. c) *Diritto processuale civile*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 922.; M. DE SANTIS, *Prove di elasticità del motivo di impugnazione di cui all'art. 829, 1° comma, n. 4 c.p.c.: impugnabilità di un lodo ultra vires*, in *Riv. arb.*, 2015, p. 100.

La bontà dei dubbi sopra elencati trova conferma nella disciplina degli arbitrati di lavoro *ex lege*, ove l'ammissibilità del giudizio equitativo è subordinata al rispetto dei principi generali dell'ordinamento e di quelli regolatori della materia, anche derivanti dagli obblighi comunitari. Diversamente, il metro equitativo è escluso nella disciplina dell'arbitrato societario e nelle controversie con la pubblica amministrazione.

Tali osservazioni, tuttavia, non portano ad escludere *tout court* il giudizio equitativo all'interno dell'azione arbitrale "vincolata", ma impongono che la volontà di scegliere il metro equitativo sia il frutto di una chiara e univoca scelta delle parti.

5. *Fuori dai confini dell'ordine pubblico arbitrale: l'inammissibilità dell'azione arbitrale*

Fuori dall'ordine pubblico arbitrale alcuna azione può essere esperita.

Ciò accade, come ho già enunciato, quando l'interesse generale che è alla base del diritto è così forte da impedire al suo titolare di scegliere la giustizia arbitrale al posto di quella statale.

Questo interesse trova attuazione con riguardo a quei diritti che sono espressione dell'essenza di un ordinamento giuridico e, in quanto tali, necessitano della tutela tradizionale, poiché l'effetto che si vuole raggiungere è consentito solo dal processo statale. In questo caso la devoluzione del giudizio agli arbitri costituisce un «disvalore normativo»⁹⁴.

Talvolta, questa area può coincidere con quella in cui il rito ordinario è sostituito da quello speciale. Tuttavia, sarebbe errato ritenere che la specialità del rito sia sintomo dell'inarbitrabilità del diritto: pochi autori, oramai lontani nel tempo, sostengono tale assunto.

Vi sono, però, delle ipotesi in cui l'esistenza di un rito speciale è segnale dell'inarbitrabilità del diritto, poiché solo dall'attuazione

⁹⁴ MOTTO, *Controversie arbitrabili*, in BRIGUGLIO, CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, III, 2, Padova, 2009, pp. 482 ss.

del processo innanzi al giudice statale è possibile ottenere l'effetto che si intende perseguire⁹⁵. Sul punto si avrà modo di tornare nella terza parte del lavoro.

Al contempo, l'azione arbitrale non può operare nel caso di divieto di legge: la menzionata proibizione non trova fondamento nell'interesse generale che sottende il diritto, bensì nella volontà del legislatore.

Tale discrezionalità ha suscitato un ampio dibattito in seno agli interpreti⁹⁶, che si sono chiesti se esista un diritto costituzionalmente protetto alla decisione arbitrale⁹⁷.

⁹⁵ Come pone in luce Cass., 23 febbraio 2006, n. 3989, in *DeJure*, i casi di esclusione previsti nel previgente art. 806 c.p.c. sono tassativi e non possono essere ampliati per analogia. Al contempo, tuttavia, si osserva «che ad essi possano aggiungersi quelli che dipendono dalla struttura stessa del giudizio arbitrale, che deve avere ad oggetto una decisione alternativa a quella giurisdizionale propria di un ordinario giudizio di cognizione, perché così stabilito dall'art. 806 c.p.c., e non può esprimersi, quindi, in attività di carattere esecutivo *per facta*, né investire questioni di volontaria giurisdizione o assolvere forme di tutela cautelare o di urgenza. Né si dubita, soprattutto, che la eccezione al principio della generale arbitrabilità possa essere imposta dalla inderogabilità della funzione che, in particolari casi, è attribuita dall'ordinamento al giudice a causa della peculiarità del contesto giuridico in cui essa si innesta, come per le controversie che nascono dal fallimento e che, a causa della necessità del *simultaneus processus* attraverso il quale si assicura la astratta possibilità del contraddittorio esteso a tutti i creditori e la *par conductio* degli stessi, sono riservate al tribunale fallimentare e possono, quindi, solo in quella sede essere risolte [...]».

⁹⁶ MOTTO, *Controversie arbitrabili*, cit., pp. 464 ss.; CAPPONI, *L'arbitrato della l. n. 205/2000: applicabilità al project financing*, in *Corr. giur.*, 2007, pp. 1469 ss.; ID., *Contro il divieto di arbitrato su diritti disponibili*, in *Giur. it.*, 2006, pp. 1785 ss.; BOVE, *Aspetti problematici nella nuova disciplina della convenzione d'arbitrato rituale*, in *www.judicium.it*, par. 1.

⁹⁷ A titolo esemplificativo, LUISO, *Diritto processuale civile*, V, cit., p. 123; BOVE, *Aspetti problematici*, cit., par. 1, poiché come è stato rilevato (CAPPONI, *Contro il divieto di arbitrato su diritti disponibili*, cit., pp. 1785 ss.) la previsione stessa sembrerebbe avvertire l'interprete che non esiste un diritto quesito all'arbitrato neppure in tema di diritti disponibili. In questo senso già ANDRIOLI, *L'arbitrato rituale e la Costituzione*, in *Mass. giur. lav.*, 1963, p. 95; BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1994, pp. 288 ss.; COMOGLIO, *Rapporti civili – Art. 24*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1981, pp. 1 ss., spec. p. 12; ODORISIO, *Arbitrato rituale e «lavori pubblici»*, Milano, 2011, pp. 485 ss., il quale rileva che neppure dai lavori preparatori alla Costituzione può ritenersi esistente un diritto costituzionalmente tutelato alla scelta arbitrale. In senso difforme, si ricordano: Corte cost., 2 maggio 1958, n. 35, in *Foro it.*, 1958, I, c. 665; Corte cost., 14 luglio 1977, n. 127, cit., ove si

La risposta non è di facile soluzione: di certo, si incontrano e, in realtà, si sono sempre incontrate⁹⁸, numerose difficoltà a legittimare una libertà legislativa, assoluta e insindacabile, di introdurre divieti in materia arbitrale.

Come viene osservato⁹⁹, escludere apoditticamente il ricorso al giudizio privato vuole dire negare una delle principali manifestazioni dell'autonomia privata¹⁰⁰, riconosciuta e tutelata dagli artt. 41-44 della Costituzione¹⁰¹.

Sul punto è intervenuta la Corte costituzionale¹⁰², la quale ha affermato che il canone della ragionevolezza deve orientare le scelte legislative, impedendo compromissioni indebite del diritto di scelta delle parti a favore dell'arbitrato. Quindi, se, da una parte, sono

legge che «il principio fissato nell'art. 806, comma 1° (prima parte), del codice di rito civile assume il carattere di principio generale, costituzionalmente garantito, dell'intero ordinamento»; RUFFINI, *Volontà delle parti e arbitrato nelle controversie relative agli appalti pubblici*, in *Riv. arb.*, 2001, pp. 648 ss.; VERDE, *Giustizia e garanzie nella giurisdizione civile*, ivi, 2000, pp. 299 ss.; RECCHIA, *L'arbitrato in materia di opere pubbliche e norme costituzionali*, ivi, 1996, pp. 501 ss.; BERLINGUER, *Scelta degli arbitri e autonomia delle parti tra diritto comune e disciplina delle opere pubbliche*, ivi, 1998, p. 533; VIGORITI, *L'arbitrato internazionale in Italia*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, p. 568.

⁹⁸ Le stesse cosiddette costituzioni giacobine sancivano che non potesse essere impedito o soppresso il diritto dei cittadini all'arbitrato (cfr. art. 230 della Costituzione della Repubblica Cispadana 1797, il cui testo si può leggere in AQUARONE, D'ADDIO, NEGRI, *Le costituzioni italiane*, Milano, 1958, p. 63) e lo stesso valeva anche nella Francia rivoluzionaria, come ricorda ODORISIO, *Arbitrato rituale e «lavori pubblici»*, cit., p. 485. Sul punto anche le illuminanti pagine di PUNZI, *Relazioni fra l'arbitrato e le altre forme non giurisdizionali di giustizia delle liti*, in *Riv. arb.*, 2003, pp. 385 ss.

⁹⁹ LUIO, *Diritto processuale civile*, V, cit., p. 123.

¹⁰⁰ Una simile tecnica è altresì usata in altri ordinamenti, come a esempio quello tedesco: SCHWAB, WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit*, Monaco, 2005, pp. 32 ss.; WAGNER, *Prozessverträge*, Tubinga, 1998, pp. 98-99 e 585-586.

¹⁰¹ ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, pp. 305 ss.; CERRI, *La costituzione e il diritto privato*, cit., pp. 129 ss.; ESPOSITO, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, Padova, 2003, pp. 1 ss. e in particolare pp. 173 ss.

¹⁰² Corte cost., 28 novembre 2001, n. 376, che ha attribuito il potere agli arbitri rituali di sollevare la questione di legittimità costituzionale sotto la previgente normativa, in *Giust. civ.*, 2001, pp. 2883 ss., con nota di VACCARELLA; in *Foro it.*, cc. 1648 ss.; in *Corr. giur.*, 2002, p. 1009, con nota di FORNACIARI; in *Riv. dir. civ.*, 2002, pp. 351 ss., con nota di E.F. RICCI; in *Riv. arb.*, 2001, p. 657, con nota di BRIGUGLIO; in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2002, pp. 263 ss.

legittimi i divieti specifici di arbitrato, dall'altra, non hanno alcun fondamento quelli che escludono *tout court* il ricorso alla giustizia privata.

Unitamente alle ipotesi sopra indicate, non è neppure possibile l'esperimento dell'azione arbitrale quando le parti abbiano individuato quale oggetto del processo un mero interesse o una mera questione¹⁰³.

L'art. 806 c.p.c., come ho già evidenziato¹⁰⁴, è chiaro nel ritenere che la tutela arbitrale possa ammettersi solo in presenza di una situazione giuridica soggettiva piena.

Infine, come osservava Redenti¹⁰⁵, alla luce del dettato normativo, deve reputarsi inammissibile l'azione arbitrale anche qualora manchi una controversia, intesa come disputa «intorno all'esistenza o al modo d'essere d'un rapporto giuridico»¹⁰⁶. Dunque, se non è possibile risolvere un conflitto tra parti non ha senso utilizzare lo strumento arbitrale.

A differenza dell'azione civile, esperibile anche in assenza di una vero e proprio conflitto, l'azione arbitrale è posta al servizio

¹⁰³ Nel medesimo senso, ZUCCONI GALLI FONSECA, *Controversie arbitrabili*, cit., p. 20. Ma sul punto si rimanda a LUISSO, *L'oggetto del processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1996, p. 670, ove delinea per l'arbitrato, a differenza del processo statale, una simile possibilità. Afferma, infatti, «[...] così come non è certamente nullo un contratto, con il quale le parti si limitano a determinare un elemento della fattispecie di diritto [...], così nulla osta a che le parti deferiscano agli arbitri l'accertamento di quello stesso elemento della fattispecie, che potrebbe essere oggetto di un contratto dalle parti direttamente stipulato»; BOVE, *La perizia arbitrale*, Torino, 2001, pp. 170 ss.; F. AULETTA, *Oggetti nuovi di arbitrato? Prime note sopra un emergente «diritto processuale privato»*, in *Sull'arbitrato*, cit., pp. 41 ss., secondo cui anche la «convenzione di arbitrato che non accede a diritti soggettivi o interessi legittimi conferisce un diritto processuale alla cui separata tutela non concorrono, però, le garanzie costituzionali che presiedono la giurisdizione in materia di "diritti e interessi legittimi"»; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, cit., p. 398; VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2015, pp. 51 ss., che, come noto, propone l'esempio dei tre cerchi concentrici per spiegare il problema della compromettibilità.

¹⁰⁴ Sul punto si rimanda al § 9, cap. I, prima parte.

¹⁰⁵ REDENTI, voce *Compromesso*, cit., p. 797, il quale definiva l'esistenza della controversia, quale autonomo requisito per la determinazione della arbitrabilità. Sul punto anche CARNELUTTI, *Sistema*, cit., p. 179.

¹⁰⁶ ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935, p. 19

esclusivamente di un diritto litigioso, costituendo la controversia, per espressa previsione di legge, un requisito autonomo, a fianco dell'arbitrabilità del diritto (e dell'esistenza di una posizione giuridica soggettiva) per potere ritenere ammissibile l'azione arbitrale.

Diversamente, tutte le questioni relative alla legittimazione a compromettere¹⁰⁷ esulano dal problema dell'arbitrabilità, in quanto è titolare dell'azione arbitrale chiunque sia titolare di una controversia devoluta al giudizio di arbitri.

Qualora vi fosse una pronuncia in spregio ai divieti enucleati, essa sarebbe inesistente¹⁰⁸ e il relativo vizio rilevabile anche d'uffi-

¹⁰⁷ A titolo esemplificativo PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., p. 455. Per una ampia visione, ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, cit., pp. 267 ss.; MANDRIOLI, *La rappresentanza nel processo civile*, Torino, 1959, pp. 79 ss.

¹⁰⁸ Non ritengo che sussista una differenza sostanziale tra la inesistenza e la nullità assoluta (cfr. infra), poiché si tratta, come rileva Denti di un tipo di nullità assoluta caratterizzato da una peculiare disciplina, DENTI, *Inesistenza degli atti processuali*, in *Noviss. dig. it.*, XVI, Torino, 1957, p. 636; conforme CRISTOFOLINI, *Sulla prefissione del termine del decreto d'ingiunzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1924, II, 144, nota 2, ove afferma che «la sentenza assolutamente nulla è inesistente come sentenza (esiste in *rerum natura* come pezzo di carta, come lavoro dell'intelligenza, come qualche cosa d'altro ma non come sentenza, nonostante che l'apparenza esterna possa *prime facie* ingannare); insomma anche le cc.dd. sentenze *assolutamente nulle* rientrano nella categoria delle cose che si delimitano negativamente come *non sentenze*; non è sentenza di fronte all'ordinamento giuridico nostro quella stessa del privato cittadino, allo stesso titolo di quella del conciliatore che riformi una sentenza del tribunale o della sentenza di un tribunale ecclesiastico». Parlano di lodo inesistente BONATO, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale*, cit., pp. 272 ss.; CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2012, p. 552; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Mezzi di impugnazione*, in CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., p. 778, anche se evidenzia un *disfavor* nei riguardi della categoria dell'inesistenza da parte dell'ordinamento giuridico; LUISO, *Le impugnazioni del lodo dopo la riforma*, in *Riv. arb.*, 1995, pp. 15 ss.; NELA, *Riflessioni minime sull'inesistenza del lodo arbitrale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2000, pp. 1381 ss.; MENCHINI, *Impugnazioni del lodo rituale*, in *Riv. arb.*, 2005, p. 186; BOVE, *Il patto compromissorio rituale*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 405; ID., *La giustizia privata*, Padova, 2015, p. 212, che, però, parifica il problema dell'invalidità della convenzione arbitrale alla sua inesistenza; MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo*, cit., pp. 58 ss., secondo la quale negare l'inesistenza del lodo vorrebbe dire attribuire alle parti il potere di rendere arbitrabili delle controversie, che per legge non lo sono; CECCHIELLA, *Il contratto di arbitrato*, in CECCHIELLA (a cura di), *L'arbitrato*, Torino, 2005, p. 90; GIORGETTI, *Il difetto di potestas iudicandi degli arbitri ritua-*

li, in *Riv. arb.*, 1999, pp. 455 ss.; CALIFANO, *Le vicende del lodo: impugnazione e correzione*, in VERDE (a cura di), *Diritto dell'arbitrato*, Torino, 2005, pp. 426 ss.; SATTÀ, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 2, Milano, 1971, p. 200, secondo cui nei casi in cui la volontà delle parti è «preclusa in ordine a una controversia, nessun effetto essa può produrre, né può ricevere valore dal lodo, e attribuirne ad esso»; VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, cit., p. 645; ID., *Inesistenza del procedimento arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, pp. 452 ss. Ritengono che si debba parlare di nullità di lodo anche in presenza di un diritto incompromettibile: F. AULETTA, *Efficacia del lodo*, cit., pp. 422 ss.; ANDRIOLI, *Commento c.p.c.* IV, cit., p. 910; TEDESCHI, *Nullità o inesistenza del lodo arbitrale pronunciato in controversie non compromettibile*, in *Foro it.*, 1964, cc. 678 ss.; VOCINO, *Inesistenza del compromesso e sentenza arbitrale*, in AA.VV., *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, II, Padova, 1950, pp. 643 ss.; BERLINGUER, *La compromettibilità in arbitri*, I, Torino, 1999, pp. 117 ss.; TOMMASEO, *Le impugnazioni del lodo arbitrale nella riforma dell'arbitrato (d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40)*, in *Riv. arb.*, 2007, p. 215, nota 53. Questa non è la sede per ricostruire il lungo e complesso dibattito sulla possibilità di configurare un concetto autonomo di inesistenza. Come è noto una parte della letteratura nega tale rilevanza, affermando che non sia possibile distinguere tra il concetto di nullità ed inesistenza né sul piano concettuale né su un versante più propriamente tecnico-giuridico. Sul punto chiaramente CARNELUTTI, *Inesistenza dell'atto giuridico?*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, I, pp. 208 ss.; SATTÀ, *Sull'inesistenza degli atti processuali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1956, pp. 337 ss.; LEONE, *La sentenza civile inesistente*, in *Riv. dir. pen.*, 1936, p. 167; LISANTI, *Sentenza inesistente e regolamento di competenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1959, p. 299; LAUDASIA, *La sentenza processuale*, Milano, 1982, p. 95; BALENA, *La rimessione della causa al primo giudice*, Napoli, 1984, pp. 296 ss.; SALVANESCHI, *L'interesse ad impugnare*, Milano, 1990, p. 183, in particolare nota 65; IRTI, *La perfezione degli atti giuridici e il concetto di onere*, ora in *Norme e fatti*, Milano, 1984, p. 152, nota 124; PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, Napoli, 1965, pp. 473 ss. *Contra*: CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, pp. 898 e 899, che ricostruisce la categoria dell'inesistenza in stretto legame con la teoria dei presupposti processuali. Distingue, quindi, tra sentenza inesistente e sentenza assolutamente nulla: mentre la sentenza inesistente non ha alcun effetto, quella nulla esiste come atto processuale e vincola il giudice che la ha pronunciata: CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, II, Milano, 1920, p. 178 che considera inesistente la sentenza priva di quegli elementi di fatto che legge considera indispensabili per ricostruire il concetto giuridico di sentenza, diversamente è assolutamente nulla quella giuridicamente inidonea «a raggiungere fuori del processo l'effetto essenziale di una sentenza, cioè a portare certezza al rapporto giuridico»; TORRENTE, *Spunti per uno studio sull'inesistenza e la nullità della sentenza*, in *Giust. civ.*, 1951, pp. 5 ss.; CONSO, *Prospettive per un inquadramento delle nullità processuali civili*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1965, pp. 118 ss.; LESSONA, *Nullità e inesistenza di sentenza*, in *Foro it.*, 1911, I, cc. 10 ss., che ritiene esistere solo l'inesistenza e non la nullità assoluta; CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, IV, Padova, 1926, pp. 461 ss. e 476 ss.; CRISTOFO-

cio, nonché, ad istanza di parte, in ogni sede¹⁰⁹, ivi compreso l'esperimento di una azione di accertamento *ad hoc*¹¹⁰.

LINI, *Sulla prefissione del termine del decreto d'ingiunzione*, cit., p. 144, nota 2, che ritiene vi sia coincidenza tra sentenza assolutamente nulla o inesistente; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, I, cit., p. 422; DENTI, *Inesistenza degli atti processuali*, cit., pp. 636 ss.; JEMOLO, *Inesistenza, nullità assoluta della sentenza, difetto di giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1996, pp. 1316 ss.; TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1957, p. 464; BESSO, *La sentenza inesistente*, Torino, 1996, pp. 15 e 318. In tale direzione anche la giurisprudenza, *ex multis*: Cass., 11 febbraio 1992, n. 1528, in *Foro it.*, 1993, I, c. 178, con nota di BALENA; Cass., 22 novembre 1984, n. 6019, in *Giust. civ.*, 1985, I, p. 1714; Cass., 3 agosto 1984, n. 4616, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, c. 604, con nota di SASSANI; in *Giur. it.*, 1985, I, 1, c. 1270, con nota di SALVANESCHI; recentemente parla di inesistenza, Cass., 17 marzo 2014, n. 6162, in *Defure*; Con. Stato, 18 ottobre 2012, n. 5358, ivi. Stessa problematica si rinviene anche nel diritto sostanziale: per una ricostruzione del tema si rimanda a FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983, pp. 11 ss.

¹⁰⁹ A differenza dei casi di nullità, che godono di una sanatoria generale, data dalla preclusione all'impugnativa (sul punto, *ex multis* BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936, pp. 633-634, il quale ritiene che si possa parlare di inesistenza quando il provvedimento sia emesso da chi non è giudice, nei confronti di una pretesa parte che sia mai esistita o che non contenga alcuna pronuncia o disposizione idonea a produrre efficacia giuridica o ancora quando manchi un documento che la rappresenti nei suoi tre elementi logici indispensabili; CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, I, Roma, 1951, pp. 377 ss.; DENTI, voce *Invalidità (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, Agg., I, 1997, p. 709; BESSO, *La sentenza inesistente*, cit., pp. 158 ss.). Certamente il vizio di inesistenza può essere rilevato anche dal giudice dell'impugnazione, ma tale elemento non connota il concetto di inesistenza. Infatti non ritengo che sussista sempre un nesso diretto tra le ipotesi di inesistenza del lodo e la rilevabilità d'ufficio da parte del giudice, come, a mio avviso, appare confermato anche dalla Corte di giustizia (Corte giust., 26 ottobre 2006, cit.).

¹¹⁰ Si ritiene che possa essere fatto valere anche all'interno della stessa impugnazione per nullità: in tal caso, la fase rescissoria non sarà possibile, in quanto l'art. 830, comma 2°, c.p.c., esclude che la corte di appello possa pronunciare nel merito quando il lodo è annullato per l'invalidità della convenzione d'arbitrato. Sul punto: BONATO, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale*, cit., p. 274; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Mezzi di impugnazione*, cit., p. 785; LUISO, *Le impugnazioni del lodo dopo la riforma*, cit., p. 16; MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo*, cit., pp. 58 ss.; CODOVILLA, *Del compromesso e del giudizio di arbitrale*, Torino, 1915, p. 527; RUFFINI, *Motivi di impugnazione del lodo arbitrale e poteri della Corte d'appello*, in *Riv. arb.*, 2001, p. 224; BOVE, *Impugnazione per nullità del lodo pronunciato in carenza di patto compromissorio*, in *Riv. arb.*, 1997, p. 541; In senso contrario: KLITSCHKE DE LA GRANCE, *Essere e non essere delle sentenze*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1952, p. 1236.

Nel caso di lodo su controversia incompromettibile¹¹¹ si avrebbe un provvedimento che non realizza alcuna tutela giuridica¹¹², anche perché inesequibile¹¹³: l'inesistenza non va intesa in senso materiale ma in senso giuridico¹¹⁴, poiché, benché il lodo sia dotato dei propri requisiti minimi, quali la forma scritta, l'attestazione della sua provenienza da un procedimento e il fine dichiarativo, è comunque un non-atto. La statuizione che contiene, come osservava Betti per la sentenza¹¹⁵, non è idonea a produrre alcuna efficacia giuridica. Il

¹¹¹ I casi di inesistenza del lodo non si esauriscono nella mancanza di un diritto disponibile, ma contemplano anche la fattispecie di lodo che decide un «diritto non identificato, o che è stato pronunciato nei confronti di un soggetto inesistente, o non sottoscritto e così via», così LUISO, *Diritto processuale civile*, V, cit., p. 231.

¹¹² Betti (BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, cit., p. 633), in relazione alla sentenza. Tuttavia, nonostante l'art. 824-bis c.p.c. attribuisca al lodo gli effetti della sentenza, non ritengo che il concetto di inesistenza elaborato in materia di sentenza sia *tout court* applicabile, alla luce della natura eterogenea dell'arbitrato. Infatti, gli arbitri prima ancora di essere investiti dalla domanda, sono destinatari di una norma, la quale presuppone un valido accordo compromissorio. L'eventuale patologia dell'accordo compromissorio (*rectius* il suo ambito oggettivo di applicazione) vizia il lodo secondo logiche e regole proprie rispetto a quelle della sentenza (sul punto chiaramente NELA, *Riflessioni minime sull'inesistenza del lodo arbitrale*, cit., p. 1424; CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, cit., p. 552; MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo*, cit., pp. 58 ss.; MENCHINI, *Impugnazioni del lodo rituale*, cit., pp. 186 ss.). Sul panorama straniero si rimanda specialmente a SCHLOSSER, *Nichtige und wirkungslose Schiedssprueche*, in *Timetikos Tomos Georghioi Mitsopoulos* (*Scritti in onore di Georghi Mitsopoulos*), Atena, 1993, pp. 1186 ss., qualifica come lodo inesistente quello concernente una lite non compromettibile, prima della entrata in vigore del nuovo § 1059 ZPO, il quale riconduce anche il caso di lite inarbitrabile a un vizio di nullità del lodo; diversamente nell'ordinamento austriaco si parla di non-lodi con riguardo a quelli ad oggetto un diritto inarbitrabile (FASCHING, *Lehrbuch des oesterreichischen Zivilprozeßrechts*, Wien, 1990, p. 1085; RESPONDEK, *Die Aufhebungsklage gegen Schiedssprueche nach oesterreichischem Recht*, in *Recht der internationaler wirtschaft* (RIW), 1993, p. 377).

¹¹³ MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo*, cit., pp. 69 e 70. Riconduce la sentenza inesequibile nell'alveo della sentenza inesistente, JAEGER, *Preliminari per una teoria dell'impossibile nel processo. La sentenza impossibile*, II, in *Studi urbinati*, 1931, pp. 27 ss.; CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, cit., p. 900, nota 1; diversamente BESSO, *La sentenza civile inesistente*, cit., p. 225.

¹¹⁴ TARZIA, *Profili della sentenza civile impugnabile*, Milano, 1967, pp. 124 ss.; *contra*, FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983, p. 7.

¹¹⁵ BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, cit., pp. 633 ss.

lodo-atto esiste, ma si discosta dal modello legale in modo così drastico da non potersi considerare un atto¹¹⁶.

Traslando le parole di Denti con riguardo alla sentenza¹¹⁷, si potrebbe affermare che il lodo inesistente è un lodo che manca del minimo necessario perché si abbia esercizio del «potere arbitrale».

Un simile provvedimento, oltre ad essere improduttivo di effetti per definizione, estingue il mandato conferito agli arbitri di decidere quella specifica controversia.

Al contempo, è opportuno ricordare che agli arbitri è comunque garantita, pur in presenza di un diritto inarbitrabile, la possibilità di pronunciarsi sullo stesso *incidenter tantum*, ai sensi dell'art. 819 c.p.c.

6. *L'ordine pubblico arbitrale e l'arbitrato irrituale: brevi note per una riflessione*

Arrivati a questo punto dell'indagine, sorge spontanea la domanda se l'ambito di esperibilità dell'azione arbitrale individuata con riguardo all'arbitrato rituale possa trovare applicazione anche con riferimento all'arbitrato irrituale.

Nonostante la mia indagine si focalizzi su quello rituale, come espressamente dichiarato, mi pare utile compiere alcune riflessioni su tale aspetto.

Il tema dell'arbitrato irrituale¹¹⁸ è da sempre al centro di dibattiti dottrinali e giurisprudenziali, volti ad individuare la sua natura e il suo rapporto con l'omologo rituale. Neppure l'introduzione dell'art. 808-ter c.p.c. è stata in grado di attenuare la discussione.

¹¹⁶ Giustamente Luiso (LUISO, *L'impugnazione del lodo di equità*, cit., pp. 461 e 462) distingue tra lodi che dichiarano doveroso un comportamento, che in sé contrasta con le regole ed i valori fondamentali dell'ordinamento e lodi che dichiarano doveroso un comportamento in sé neutro ma il cui titolo si fonda su una causa che è essa contraria con l'ordine pubblico.

¹¹⁷ DENTI, *Inesistenza degli atti processuali*, cit., p. 637.

¹¹⁸ Il suo primo riconoscimento è sancito da Cass., Torino, 27 ottobre 1904, in *Riv. dir. comm.*, 1905, II, pp. 45 ss.

Secondo una prima interpretazione sussiste una strutturale incompatibilità tra i due tipi di arbitrato, derivante dalla diversa efficacia della pronuncia: forza di sentenza per l'arbitrato rituale e di contratto per quello irrituale.

Da qui l'identificazione dell'arbitrato irrituale nell'arbitraggio: infatti, secondo tale interpretazione, il compito degli arbitri irrituali sarebbe quello di definire una controversia relativa a un contratto già perfezionato tra le parti, attraverso una determinazione che i soggetti stessi si impegnano a riconoscere come espressione del loro volere¹¹⁹. In forza di tale assunto, gli interpreti riconducono l'arbitrato irrituale allo schema del negozio *per relationem*¹²⁰ ovvero a quello del negozio di secondo grado.

¹¹⁹ Si diffondeva una concezione di una completa negozialità dell'arbitrato irrituale, in netta contrapposizione con la processualità di quello rituale. Sul punto si cfr. SCHIZZEROTTO, *Arbitrato improprio e arbitraggio*, Milano, 1967, pp. 22 ss.; ID., *Dell'arbitrato*, Milano, 1988, pp. 121 ss.; SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, 1969, pp. 109 ss., il quale nel suo primo pensiero riconduce l'arbitrato libero all'arbitraggio; SCADUTO, *Gli arbitratori nel diritto privato*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo*, IX, Cortona, 1923, pp. 89 ss., secondo il quale l'accordo sottostante elimina la controversia giuridica; ROCCO, *La sentenza civile*, Torino, 1906, pp. 47 ss. Più recentemente in giurisprudenza, Cass., 8 novembre 2001 n. 13840, in *Mass. Giust. Civ.*, 2001, p. 1884; Cass., 13 febbraio 2007, in *Giuda dir.*, 2007, p. 50.

¹²⁰ MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale. Profili comparatistici e processuali*, Torino, 2002, pp. 103 ss., che definisce l'arbitrato irrituale quale contratto – atipico – *per relationem*, in cui la decisione degli arbitri funge da referente. Pur individuando nell'art. 1349 c.c. la disciplina generale del contratto *per relationem*, lo studioso afferma che l'elemento caratterizzante il contratto *de quo* rispetto all'arbitraggio è quello di contenere una rinuncia alla giurisdizione in favore di una soluzione della lite esclusivamente sul piano negoziale. Altra parte della dottrina ricostruisce il fenomeno dell'arbitrato irrituale secondo lo schema del contratto *per relationem*, ma raggiunge altri risultati: ASCARELLI, *Arbitri e arbitratori*, in *Riv. dir. proc.*, 1929, p. 338; PARENZO, *Il problema dell'arbitrato improprio*, in *Riv. dir. proc.*, 1929, pp. 137 ss.; VECCHIONE, *L'arbitrato*, cit., p. 103; VASETTI, *Arbitrato irrituale*, in *Noviss. dig. It.*, I, 2, Torino, 1958, p. 863; ANDRIOLI, *Commentario al c.p.c.* III, cit., p. 747; MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., p. 36; LUISO, *La giustizia sportiva*, Milano, 1975, p. 317; TARZIA, *La nullità e annullamento del lodo arbitrale irrituale*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, pp. 452 ss.; ROVELLI, *Arbitrato irrituale e figure affini*, ivi, 1994, p. 233.

Accanto a queste definizioni si sono fatti strada tentativi di ricondurre l'arbitrato irrituale all'interno di schemi tipici¹²¹, ricostruendone la funzione, talvolta alla luce del negozio transattivo¹²² e talvolta alla luce di quello di accertamento¹²³.

¹²¹ Parla di negozio atipico: MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale*, cit., p. 104.

¹²² CALAMANDREI, *Le giurisdizioni di equità*, in *Arch. giur.*, 1921, pp. 125 ss.; FURNO, *Appunti in tema di arbitrato e arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, p. 161; ELIA, *In tema di arbitrato irrituale*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1948, II, pp. 280 ss.; REDENTI, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 1954, pp. 489 ss.; NOBILI, *L'arbitrato delle associazioni commerciali*, Padova, 1957, p. 29 e 30; SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., pp. 22 ss.; DUSI, *Istituzioni di diritto civile*, 4^a ed., Torino, 1947, p. 149; RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato (interno)*, Padova, 1991, pp. 35 ss.; VECCHIONE, *Questioni sulla disciplina dell'arbitrato*, in *Giur. it.*, 1953, IV, cc. 1 ss.; ID., *Divagazione (forse non inutile) sulla transazione e sull'accertamento negoziale*, ivi, 1960, I, cc. 1035 ss., il quale evidenzia che è sempre necessario indagare la vera volontà delle parti; ROCCO, *La sentenza civile*, cit., p. 47, il quale riconduce il compromesso alla transazione, rinvenendone l'elemento caratteristico nella determinazione ad opera del terzo e non delle parti direttamente; S. GALGANO, *Contributi alla dottrina dell'arbitrato nel diritto processuale civile*, Napoli, 1911, *passim*; BARBARESCHI, *Gli arbitri*, Milano 1937, pp. 248 ss.; ROPPO, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 1994, p. 629; SALA, *Il notaio e l'arbitrato*, in *Atti del XVIII Congresso nazionale del notariato*, Catanzaro, 1970, pp. 90 ss.; RECCHIA, voce *Arbitrato irrituale*, in *Noviss. dig. it.*, app., I, Torino, 1980, pp. 362 ss.; MARANI, *In tema di arbitrato, arbitraggi e perizia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1983, p. 611. In giurisprudenza: Cass., 14 maggio 1997, n. 4258, in *Giust. civ.*, 1998, II, p. 2001, con nota di CEROLINI; Trib. Roma, 8 luglio 2004, in *Giur. merito*, 2005, p. 1558; Cass., 22 giugno 2005, n. 13436, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, p. 9; Cass., 24 maggio 2004, n. 9996, in *Riv. arb.*, 2006, p. 72, con nota di MARULLO DI CONDOSANNI; *contra, ex multis*: BIAMONTI, voce *Arbitrato (dir. proc. civ.)* in *Enc. dir.* II, Milano, 1958, pp. 899 ss.

¹²³ ASCARELLI, *Arbitri e arbitratori*, in *Riv. dir. proc.*, 1929, pp. 308 ss.; CORRADO, *Il negozio di accertamento*, Torino, 1942, pp. 166 ss., nella particolare forma del negozio per accertamento *per relationem*; ANDRIOLI, *Efficacia del chirografo d'avaria nel tempo*, in *Riv. dir. nav.*, 1939, II, pp. 281 ss.; sulla stessa linea mi pare anche LEVONI, *Arbitrato libero e principio del contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1965, pp. 1201 ss., secondo cui per ritenere ammissibile una simile ricostruzione è necessario pensare che agli arbitri si attribuisca «la determinazione del contenuto obiettivo dello stesso, mediante una dichiarazione di volontà costitutiva»; SEGNI, *Natura della transazione e disciplina dell'errore e della risoluzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, pp. 260 ss.; BOZZI, *Accertamento negoziale e astrazione negoziale*, Padova, 1991, p. 225. In giurisprudenza: Cass., 14 novembre 1931, n. 3569, in *Foro it.*, 1932, I, c. 100; Cass., 29 luglio 1940, n. 2556, ivi, 940, c. 1414; Cass., 23 novembre 1957, n. 4474, in *Mass. Giur. it.*, 1957, p. 1008; Cass., 20 luglio 2006, n. 16718, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, p. 7; Cass., 10 novembre 2006, n. 24059, ivi, 2006, p. 11; Cass., 18 febbraio 2008, n. 3933, in *Guida dir.*, 2008, 15, p. 66.

Tali esegesi vengono superate in seguito alle riforme del 1983 prima e del 1994 poi e si fa strada l'idea di una *reductio ad unum* dei due tipi di arbitrato.

Sulla scorta di tale assunto si sviluppano due diverse ricostruzioni, basate entrambe sull'appartenenza negoziale di entrambe le *species* arbitrali.

La prima¹²⁴ – precisando che l'unica differenza tra i due tipi di arbitrato concerne gli effetti prodotti dal lodo – tende ad equiparare l'arbitrato rituale e quello libero, in quanto entrambi si presentano come strumenti di risoluzione di una lite per mezzo di un giudizio posto al termine di un processo; la seconda¹²⁵, invece, rileva che l'identità tra i due fenomeni deve essere riscontrata solo per quanto concerne la struttura e la funzione assolta, ovvero la risoluzione di una controversia attraverso un processo.

In questo scenario si inserisce la riforma del 2006, che, da una parte, codicizza l'arbitrato irrituale e dall'altra attribuisce solo al lodo rituale l'efficacia di sentenza.

Nonostante ciò non vengono meno i dubbi interpretativi¹²⁶. Pertanto, a mio avviso, l'unico modo per dipanarli è valorizzare il fine a cui è volto l'arbitrato irrituale.

¹²⁴ FAZZALARI, *I processi arbitrali nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, pp. 459 ss., secondo cui i due tipi di arbitrato devono essere valutati insieme, perché essi sono pur sempre arbitrato. Sul punto anche PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, cit., pp. 238 ss.; Id., voce *Arbitrato*, in *Enc. giur. Treccani*, II, Roma, 1988, p. 4; SATTA, PUNZI, *Diritto processuale civile*, cit., pp. 955 ss.; BIN, *Il compromesso e la clausola compromissoria in arbitrato irrituale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, p. 384; RESCIGNO, *Arbitrato e autonomia*, in *Riv. arb.*, 1991, p. 13.

¹²⁵ CARPI, *Il procedimento nell'arbitrato irrituale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, pp. 389 ss.; RUFFINI, *Sulla distinzione tra arbitrato «rituale» ed «irrituale»*, in *Riv. arb.*, 2002, pp. 750 ss.

¹²⁶ Secondo alcuni il legislatore ha voluto prendere posizione sulla cristallizzazione della differenza tra i due modelli arbitrali, negozio da un lato e processo dall'altro; così: BOVE, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, in BOVE CECHELLA (a cura di), *Il nuovo processo civile*, Milano, 2006, p. 99; MARINELLI, *Il termine per la pronuncia del lodo irrituale*, in *Corr. giur.*, 2006, pp. 867 ss.; VERDE, *Arbitrato irrituale*, in *Riv. arb.*, 2005, p. 670. Diversamente, secondo altri, l'art. 808-ter c.p.c. può essere interpretato alla luce dell'inquadramento unitario dell'istituto, o meglio dell'avvicinamento delle due figure all'insegna della procedimentalizzazione (SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, in *Riv. arb.*, 2007, pp. 25 ss.; PUNZI, *Luci ed ombre nella riforma dell'arbitrato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, pp. 395 ss., spec. p. 404).

Sia l'arbitrato rituale sia quello irrituale si muovono in una sfera diversa da quella della giurisdizione statale, perché entrambi traggono legittimazione dalla volontà delle parti e si sviluppano tramite un processo privato, destinato a sfociare in un giudizio vincolante.

Nel momento in cui le parti ricorrono allo strumento arbitrale, rituale o irrituale che sia, rinunciano sì alla tutela statale, ma non a una decisione su chi abbia ragione o torto¹²⁷. Non a caso il legislatore definisce il frutto dell'arbitrato libero (art. 808-ter c.p.c.) una «determinazione contrattuale», ovvero una decisione, la quale produce, a differenza di quella rituale, gli stessi effetti di un contratto. Stessa analogia si deve riscontrare anche nella struttura: anche il lodo irrituale è il frutto di un procedimento nel quale vige il rispetto del principio del contraddittorio.

In altri termini, pur essendo di fronte a un unico fenomeno processuale, diversa è la disciplina che il legislatore conia per le due forme di arbitrato: tale differenziazione, però, non è assoluta, come conferma il dettato dell'art. 808-ter c.p.c., che crea una disciplina fortemente disorganica, tanto da indurre l'interprete a una vera e propria «ortopedia giuridica» per fare fronte alle evidenti lacune. Esse devono essere risolte, da una parte, tenendo conto della analogia di funzioni¹²⁸ e, dall'altra, dell'espresso divieto di applicazione della disciplina sull'arbitrato rituale.

La necessità di contemperare le opposte esigenze conduce, a mio avviso, alla delineazione di una normativa spuria di questo istituto, che, pur salvaguardando l'autonomia del procedimento irrituale, non esclude il suo intrecciarsi con istituti propri di quello rituale.

In questa ottica deve essere valutata l'espressa esclusione, sancita nel testo di legge, della disciplina contenuta nell'art. 825 c.p.c. (sull'esecutorietà del lodo) e di quella delineata nell'art. 812 c.p.c. (sull'incapacità degli arbitri).

¹²⁷ Se si vuole, come ho già avuto modo di osservare in *L'autonomia della clausola compromissoria per arbitrato irrituale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, pp. 1525 ss.

¹²⁸ CARNACINI, *Le controversie di lavoro e l'arbitrato irrituale come procedimento*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, p. 645.

Ne segue che la scelta vada ricercata caso per caso¹²⁹. Questa indagine, tuttavia, non può mettere a rischio la natura dell'istituto.

Se, come si è dedotto, l'arbitrato adempie sempre ad una medesima funzione, che viene raggiunta tramite un procedimento caratterizzato da una struttura simile, giocoforza si deve ritenere che sia analoga anche la convenzione d'arbitrato da cui si origina l'azione. Ciò vuole dire che lo stretto legame intercorrente tra azione e diritto connotta anche la disciplina dell'arbitrato irrituale.

Quindi, in relazione a quest'ultimo si porranno le stesse questioni di inammissibilità dell'azione sancite con riguardo all'arbitrato rituale.

Al contrario, se non possono sorgere dubbi in merito alla possibilità di devolvere al giudizio di arbitri irrituali tutti i diritti al contempo negoziabili¹³⁰, ovvero quelli rientranti nella c.d. azione arbitrale "libera", diversamente deve essere valutata, caso per caso, la tutela che la disciplina dell'arbitrato libero è in grado di offrire per i diritti rientranti nell'azione arbitrale "vincolata".

Infatti, in questa fattispecie non si pone un problema di tutela arbitrale, bensì di applicazione di uno specifico "diritto processuale arbitrale". Giocoforza, il valido esperimento dell'azione è subordinato alla disciplina processuale che può trovare concreta attuazione.

La bontà delle conclusioni a cui si è giunti è confermata, per esempio, dalla disciplina dei cc.dd. arbitrati irrituali di lavoro *ex lege*. In quel caso, nonostante che il legislatore richiami la "determinazione contrattuale" quale mezzo di regolamentazione dell'ac-

¹²⁹ In questo senso anche C. ARRIGONI, *Riflessioni sulla natura dell'arbitrato irrituale*, in *Giustizia senza confini*, cit., p. 29. Già prima della riforma, CARPI, *Il procedimento nell'arbitrato irrituale*, cit., pp. 389 ss.; RUFFINI, *Sulla distinzione tra arbitrato "rituale" ed "irrituale"*, in *Riv. arb.*, 2002, p. 750; TARZIA, *Efficacia del lodo e impugnazioni nell'arbitrato rituale ed irrituale*, in *Riv. dir. proc.*, 1987, pp. 14 ss.; MONTELEONE, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro – ovvero: esiste ancora l'arbitrato irrituale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2001, pp. 43 ss.; MONTESANO, *Aspetti problematici dell'arbitrato irrituale dopo la riforma del 1985*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, pp. 441 ss.

¹³⁰ In questo senso anche BIAVATI, *Arbitrato irrituale*, in CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., p. 198, che, peraltro, ritiene che l'area della compromettibilità all'interno dell'arbitrato irrituale non necessariamente coincida con quella enunciata dall'art. 806 c.p.c.

certamento compiuto, esso introduce una particolare disciplina volta a garantire l'attuazione di uno specifico "diritto processuale arbitrale", finalizzato a rendere effettivo l'equilibrio sostanziale delle parti¹³¹.

7. *Sintesi e transizione*

Una volta appurato che il concetto di ordine pubblico varia in base al contenitore in cui si trova ad operare, in questa sezione la mia indagine si è indirizzata nella definizione di una specifica nozione di ordine pubblico valevole in campo arbitrale.

Sono partita dall'analisi dell'esperienza francese, che invita gli interpreti a distinguere tra ordine pubblico di protezione e ordine pubblico di direzione, al fine di individuare i corretti confini della compromettibilità dei diritti.

Tale dicotomia ha spinto la mia indagine ad andare oltre.

Se la funzione è l'elemento che consente di qualificare il concetto di ordine pubblico, è logico ritenere che sussista un "ordine pubblico arbitrale", la cui delimitazione, alla luce della stretta inerenza tra l'azione e il diritto sostanziale, risente solo indirettamente della concezione accolta in ambito negoziale.

Se il potere dispositivo valevole in arbitrato è quello che consente di abdicare al processo statale per quello privato, nell'ordine pubblico arbitrale rientrano tutti quei diritti in cui il diritto del singolo non è dominato da alcun interesse generale (esempio tipico è tutto l'ambito ove è riconosciuta la libertà contrattuale dei privati, indipendentemente dal fatto che la situazione giuridica positiva sia retta da norme inderogabili) oppure l'interesse generale, che è alla base del diritto, non è talmente forte da impedire al suo titolare di scegliere la via del processo privato al posto di quella statale per ottenere l'accertamento della propria posizione giuridica soggettiva.

Qualora si configuri quest'ultima ipotesi emerge la peculiarità dell'ordine pubblico arbitrale. Esso è un ordine pubblico positivo,

¹³¹ Cfr., cap. III, seconda parte.

poiché l'interesse generale che è alla base del diritto determina – e non esclude a differenza di quanto accade nell'ordine pubblico ideale – le prescrizioni entro cui è consentito l'utile esperimento dell'azione arbitrale.

In questa ipotesi, a differenza delle fattispecie non contraddittorie da alcun interesse generale, l'azione arbitrale risente dei meccanismi di protezione che la disciplina sostanziale delinea per la posizione giuridica soggettiva litigiosa. Pertanto, la tutela delineata a livello sostanziale, alla luce della stretta inerenza tra azione arbitrale e diritto sottostante, si ripercuote sulle modalità di realizzazione del processo arbitrale, che può essere validamente esperito solo qualora sia garantita una tutela adeguata dell'*iter* processuale. Questo fine può trovare realizzazione nella delineazione di una disciplina processuale differenziata. Da qui la possibilità di configurare, come avviene già in altri settori, un "diritto processuale arbitrale", modellato sulle esigenze di protezione tipiche del diritto litigioso. La sua inosservanza determina l'invalidità del lodo e non la sua inesistenza, come, invece, si verifica quando l'azione arbitrale è inammissibile.

Avvalendomi del distinguo francese, ho dimostrato che l'azione arbitrale "vincolata" è posta al servizio di tutti i diritti rientranti nell'ordine pubblico sostanziale di protezione (a tale proposito, ho parlato di azione arbitrale "vincolata in senso stretto", poiché la difesa predisposta dalle norme sostanziali è diretta a ristabilire l'equilibrio delle parti in conflitto): infatti, se è ammessa l'autonomia privata, ancora di più deve essere garantito il ricorso al processo privato.

Successivamente, avvalendomi della funzione propria dell'ordine pubblico, ovvero di raggiungere un accertamento mediante un processo privato, ho concluso che, anche con riguardo ai diritti superindividuali, cioè quelli riferiti a una collettività di soggetti, è possibile l'esperimento dell'azione arbitrale, ma solo qualora l'accertamento non vada a danno dei soggetti che non hanno abbracciato la scelta arbitrare. In questo modo, l'interesse generale non è così forte da impedire che il titolare della posizione giuridica soggettiva dedotta nel giudizio scelga il processo privato al posto di quello statale.

In questo caso ho parlato di azione arbitrale "vincolata in senso lato", poiché la protezione che le norme di diritto sostanziale pre-

dispongono, a favore dei diritti di soggetti diversi da quelli in conflitto, si ripercuote sulla disciplina del processo arbitrale, che potrà raggiungere un valido risultato solo qualora le posizioni giuridiche soggettive dei terzi trovino adeguata protezione.

Da ultimo, la mia attenzione si è focalizzata nella definizione dell'azione arbitrale inammissibile. Ho rinvenuto questa fattispecie in quattro ipotesi: *a)* quando l'interesse generale sia così forte da impedire al titolare del diritto di scegliere la via del processo arbitrale per l'accertamento della propria posizione giuridica soggettiva; *b)* quando il legislatore decida di imporre un divieto; *c)* quando oggetto del processo non sia alcuna situazione materiale e, infine, *d)* quando il diritto non sia controverso.

Nella seconda parte, mi propongo, avvalendomi del concetto di "azione arbitrale vincolata" di offrire una catalogazione dei diritti compromettibili. Infine, nell'ultima parte, la mia attenzione si focalizzerà sui casi di inammissibilità dell'azione arbitrale.

PARTE SECONDA

L'AZIONE ARBITRALE VINCOLATA

CAPITOLO I

ARBITRATO E DIRITTO DI FAMIGLIA

1. *Piano dell'indagine (in nota le controversie successorie)*

Il panorama delle liti familiari è ampio e variegato. Esso comprende, oltre alle controversie nascenti dal vincolo matrimoniale, quelle derivanti dalle unioni civili e dalla convivenza *more uxorio*, che oggi trovano espresso riconoscimento normativo, sino a toccare le questioni successorie.

Le pagine seguenti sono dedicate, soprattutto, all'analisi del contenzioso scaturente dalla crisi del matrimonio, anche se, nella parte finale del capitolo, verranno svolte alcune riflessioni in merito alle liti riguardanti la crisi delle unioni civili e delle convivenze di fatto.

Diversamente, non è mia intenzione concentrarmi sulla diversa questione dell'arbitrato nella successione a causa di morte, in relazione al quale, peraltro, non vedo motivi per escludere l'ammissibilità dell'azione arbitrale, benché nel rispetto dei limiti soggettivi del patto compromissorio¹.

¹ Se non vi sono dubbi in merito alla possibilità di devolvere ad arbitri le controversie successorie a carattere patrimoniale, ponendosi semmai un eventuale problema di pluralità di parti (sul punto ampiamente BALESTRA, *Accertamento della filiazione e transigibilità dei diritti successori tra indisponibilità e autonomia*, in *Contr. e imp.*, 2000, pp. 810 ss.; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Ancora su successione ed arbitrato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, pp. 1363 ss.; Id., *Note sulla convenzione arbitrale nel diritto successorio*, in *Riv. arb.*, 2006, pp. 281 ss.), più complesso è verificare se sia ammissibile inserire una clausola compromissoria in un testamen-

to, mediante la quale il *de cuius* esprima la volontà di deferire ad arbitri ogni lite che possa insorgere fra eredi e legatari. Benché l'art. 808-bis c.p.c. elimini i divieti formali all'inserimento di una convenzione d'arbitrato in un atto unilaterale, nel nostro ordinamento, a differenza, per esempio di quello spagnolo (cfr. art. 10, *Ley* n. 60 del 2003, la cui applicazione è limitata alla parte disponibile dell'eredità), gli interpreti non hanno ancora offerto una risposta univoca. Alla luce della ricostruzione offerta, ritengo che non debba essere escluso il ricorso ad arbitri, non assumendo rilievo decisivo né il divieto di patto successorio sancito dall'art. 458 c.c., né il veto di imporre pesi sulla legittima ai sensi dell'art. 549 c.c. Nel primo caso, la proibizione sancita è volta ad escludere le disposizioni arbitrarie di un diritto, fine diverso da quello dello strumento arbitrale, indirizzato, invece, come più volte ribadito, all'accertamento del diritto. Per quanto riguarda il secondo limite è inappropriato identificare l'individuazione di uno strumento alternativo di risoluzione del conflitto in un peso sulla legittima: esso è un atto «neutro» non potendo essere incasellato né nella categoria dei pesi né in quella dei benefici, come è stato correttamente osservato (ZUCCONI GALLI FONSECA, *Ancora su successione ed arbitrato*, cit., p. 1369; PADOVINI, *Testamento e arbitrato*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, pp. 106 ss., che riconduce, in alcuni casi, la clausola compromissoria in una disposizione atipica, tanto da essere vincolante per i beneficiari della successione). Da ultimo, è comunque utile ricordare che oggetto della devoluzione sono sempre diritti a contenuto patrimoniale: gioco forza, non essendo esclusa la loro negoziabilità, a maggiore ragione non può essere vietata l'arbitrabilità. Il vero problema che si pone è quello relativo ai limiti soggettivi della clausola arbitrale, poiché la clausola compromissoria finisce per imporre un arbitrato obbligatorio in capo a soggetti diversi (gli eredi) rispetto a colui che ha effettuato la scelta (come osserva SALVANESCHI, *Arbitrato*, in CHIARLONI (a cura di), *Commentario al c.p.c.*, Bologna, 2014, p. 138). Tale problema non influisce, però, sull'ammissibilità dell'azione arbitrale: infatti, una cosa sono i limiti soggettivi del patto compromissorio altra cosa sono i suoi limiti oggettivi. Peraltro, come il testatore può influenzare sulle modalità di gestione dei propri beni una volta morto, così può decidere il mezzo di tutela delle sue attribuzioni. Peculiari problemi pone anche l'operabilità di una clausola compromissoria nei confronti dei legati (sul tema, ZUCCONI GALLI FONSECA, *Convenzione di arbitrato in materia non contrattuale*, in CARPI (a cura di), *Arbitrato*, Bologna, 2016, pp. 188-189). Da ultimo, una piccola notazione in materia di patto di famiglia, in relazione al quale ritengo ammissibile l'azione arbitrale, la quale può estendersi, alla luce dell'art. 808-*quater* c.p.c., anche alle controversie relative alle future liti tra gli eredi legittimari e i beneficiari dell'azienda o delle quote sociali. Tale conclusione non può essere posta in crisi dalla previsione che i legittimari possono anche non partecipare al patto di famiglia, poiché l'art. 768-*quinquies* c.c. consente la stipula di un successivo patto, «espressamente dichiarato collegato» al primo. In tal caso varranno le regole già individuate dalla dottrina in materia di collegamento negoziale (ZUCCONI GALLI FONSECA, *Collegamento negoziale e arbitrato*, in AA.Vv., *I collegamenti negoziali e le forme di tutela*, Milano, 2007, pp. 59 ss.; LUISO, *Pluralità di clausole compromissorie e unicità del processo arbitrale*, in *Riv. Arb.*, 2007, pp. 601 ss.). Troverà, invece applicazione la disciplina dell'arbitrato ordinario, poiché l'art. 768-*octies* c.c. esclude implicitamente l'utilizzo dell'arbitrato societario, richiamando solo la disciplina della conciliazione del d.lgs. n. 5 del 2003.

2. La parabola del diritto di famiglia: dallo status al contratto²

Per comprendere l'operare dell'azione arbitrale all'interno del contenzioso familiare è necessario essere consapevoli, come già rilevava Jemolo, che «le norme del diritto di famiglia e la loro interpretazione sono il riflesso dei dettami del costume e dei precetti della morale, fonte quindi di diritti e doveri il cui contenuto è variabile nel tempo poiché subisce la costante evoluzione del costume e della coscienza sociale»³.

Nel pieno fiorire dell'individualismo liberale, che esaltava il singolo e le sue libertà, la famiglia (basata sul matrimonio) si inseriva come un microorganismo gerarchico che sacrificava gli interessi individuali a favore dell'unità. Lungo tutto il secolo che va dall'unità nazionale sino agli anni sessanta la famiglia viene qualificata come una vera e propria "istituzione", cioè come una comunità portatrice di valori superindividuali⁴.

² MAINE, *Dallo status al contratto*, in RODOTÀ (a cura di), *Il diritto nella società moderna*, Bologna, 1971, pp. 211 ss.

³ JEMOLO, *Il matrimonio*, in VASSALLI (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 1937, pp. 266 ss., secondo cui «la famiglia è un'isola appena lambita dal diritto, che è bene rimanga soltanto lambita dal diritto». Interessanti a tale proposito sono le parole dell'on. Basso, in sede di Costituente. Quest'ultimo, criticando la scelta dell'aggettivo «naturale», rileva nella seduta del 30 ottobre 1946 che «lo Stato riconosce oggi una determinata famiglia che è il frutto di un'evoluzione storica». F. DANOVÌ, *Vie alternative per la risoluzione delle controversie di famiglia e nuove frontiere della tutela dei diritti*, in *Il giusto proc. civ.*, 2016, p. 1032, evidenzia come l'influenza del tempo sul diritto in ambito familiare appaia più marcata rispetto ad altri settori, perché quello familiare non può prescindere dal tessuto delle relazioni umane e sociali.

⁴ In questa direzione si pongono le riflessioni di Cicu (CICU, *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, Roma, 1914, rist. con lettura di Sesta, Bologna, 1978), il quale considera l'etica della famiglia come parte integrante dell'etica dello Stato, tanto da affermare che, malgrado la famiglia non abbia personalità giuridica, la stessa deve essere collocata accanto agli enti pubblici. Per una approfondita analisi del pensiero dell'a., SESTA, *Profili di giuristi italiani contemporanei: Antonio Cicu e il diritto di famiglia*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, raccolti da Tarello, IV, Bologna, 1976, pp. 443 ss. Sul punto si rimanda anche a VASSALLI, *Lezioni di diritto matrimoniale*, Padova, 1932, p. 77, il quale, benché abbracci una concezione autoritaria del vincolo matrimoniale, si pone in polemica con Cicu, vedendo nel matrimonio un «negozio giuridico complesso» formato dal concorso della volontà dei privati e dell'ufficiale dello stato civile. *Contra*, FINOCCHIARO, *Matrimonio*, II, in

Tale visione inizia a vacillare con l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, che se, da una parte, continua a sancire l'unità del gruppo familiare, dall'altra, introduce il generale principio della parità dei coniugi. Il declino della famiglia come centro di funzioni politico-economiche viene valorizzato prima dall'approvazione della legge sul divorzio e poi dalla riforma del 1975⁵, che consolida, al posto di un modello normativo di tipo autoritario, un modello basato sul principio del consenso⁶.

Il processo di privatizzazione delle relazioni familiari, specialmente di quella coniugale, diviene in tempi recenti un vero e proprio processo di contrattualizzazione⁷: nonostante la famiglia sia dominio degli *status*, in quanto le posizioni di diritto e di dovere sono stabilite dal legislatore, esse non vengono fissate in modo rigido e immutabile, ma si arricchiscono dell'autonomia dei soggetti ai quali spetta determinarle nella concretezza delle varie situazioni. Nelle relazioni personali la privatizzazione diviene un valore in sé rilevante che i coniugi devono salvaguardare e che lo Stato deve rispettare⁸, come confermano anche le fonti europee⁹.

GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1993, pp. 5 ss. A favore della natura negoziale del matrimonio, tra gli altri, si ricorda: POTHIER, *Traité du contrat de mariage*, 1771 p. 317; FERRARA, *Diritto delle persone e della famiglia*, Napoli, 1941, *passim*; DEGNI, *Del matrimonio*, Napoli, 1926, *passim*.

⁵ DOGLIOTTI, *Uguaglianza dei coniugi*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, p. 503; FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, Milano, 1979, p. 62; ALAGNA, *Famiglia e rapporti tra coniugi nel nuovo diritto*, Milano, 1979, pp. 3 ss.; RUSCELLO, *I rapporti personali tra coniugi*, Milano, 2000, pp. 38 e 200 ss.

⁶ FERRANDO, *Il matrimonio*, in CICU, MESSINEO, MENGONI, ora SCHLESINGER (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2015, pp. 43 ss., 69 ss.

⁷ In giurisprudenza, Cass., 24 febbraio 1994, n. 2270, in *Corr. giur.*, 1993, p. 820 ss.; Cass., 22 gennaio 1994, n. 657, in *Fam. e dir.*, 1994, p. 139, con nota di CARBONE. In forza di tale evoluzione la dottrina (SANTORO PASSARELLI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, in *Saggi di diritto civile*, I, 1961, pp. 381 ss.) aveva costruito la nozione di «negozi giuridici familiari», definiti come personalissimi, nominati e legittimi. Essi subiscono un adattamento rispetto alla disciplina generale, dovuto alla funzione a cui sono destinati.

⁸ ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio*, in RESCIGNO (cura di), *Trattato di diritto privato*, III, Torino, 1996, pp. 63 ss.

⁹ Cfr. art. 8 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo e l'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Per tale ragione, l'ordinamento, nella disciplina della separazione-divorzio, consente a ciascuno dei coniugi, unilateralmente e anche contro la volontà dell'altro, di porre fine al consorzio matrimoniale, senza che a tale proposito rilevino le responsabilità personali¹⁰.

Il ruolo centrale delle persona trova conferma anche nella recente novella sulle unioni civili e sulla convivenza di fatto, che consacra, ulteriormente, la crisi dell'«istituto» del matrimonio e recepisce esigenze che da diverso tempo richiedevano una precisa regolamentazione¹¹.

Al contempo, si afferma, in modo preponderante, la necessità di garantire la tutela del coniuge debole¹² e dei figli. Anzi, proprio con riguardo alla prole¹³ si può ancora parlare dell'esistenza di un interesse superiore della famiglia, come confermano sia la riforma della filiazione¹⁴, con la quale si esclude che il matrimonio sia fonte di «*status* familiari privilegiati»¹⁵ sia la recente disciplina in materia di degiurisdionalizzazione¹⁶. Quest'ultima novella, benché accentui

¹⁰ Da ultimo, Cass., 21 gennaio 2014, n. 1164, in *Fam. e dir.*, 2014, pp. 38 ss., con nota di TOMMASEO; in *Foro it.*, 2014, I, cc. 463 ss., con nota di CEA; Cass., 20 agosto 2014, n. 18066, in *Fam. e dir.*, 2015, p. 357.

¹¹ Parla di pluralità di modello familiari, SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'Unità d'Italia ad oggi*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, pp. 1043 ss.

¹² *Ex multis*, FERRANDO, *Le conseguenze patrimoniali del divorzio fra autonomia e tutele*, in *Dir. fam. per.*, 1998, pp. 703 ss.

¹³ Come dimostrano la ricostruzione compiuta da Sesta (SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, Padova, 2016, pp. 24 ss.) e quella di TOMMASEO, *La tutela dell'interesse del minore dalla riforma della filiazione alla negoziazione assistita delle crisi coniugali*, in *Fam. e dir.*, 2015, pp. 157 ss.

¹⁴ È stato detto (PALAZZO, *La filiazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., Milano, 2013, p. 547) che il diritto di famiglia ha subito negli ultimi decenni «una vera e propria rivoluzione copernicana», poiché «ribaltando secoli di tradizione giuridica e culturale» è divenuto paidocentrico.

¹⁵ Secondo una espressione già adottata da LIPARI, *Il matrimonio*, in BELVEDERE, GRANELLI (a cura di), *Famiglia e diritto a vent'anni dalla riforma*, Padova, 1996, p. 11.

¹⁶ Tra i numerosi contributi si ricorda: DALFINO, *La procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati*, in *www.treccani.it*, par. 10; F. DANOVÌ, *Il d.l. n. 132/2014: le novità in materia di separazione e divorzio*, in *Fam. e dir.*, 2014, p. 950; ID., *I nuovi modelli di separazione e di divorzio: una intricata pluralità di protagonisti*, ivi, 2014, p. 1143, parla di una indisponibilità più sostanziale che processuale; BUGETTI, *Separazione e divorzio senza giudice: negoziazione assistita da av-*

il carattere privatistico del rapporto coniugale anche con riguardo allo specifico diritto di separarsi e di divorziare, un diritto finora esercitabile soltanto in sede giudiziale, introduce una specifica disciplina di tutela della prole¹⁷.

Rimandando al proseguo la verifica delle varie implicazioni derivanti dalla normativa *de qua*, si deve già osservare che tramite questa novella il legislatore ha concluso un percorso reso possibile dalla diversa percezione data ai valori del matrimonio¹⁸.

Tale evoluzione trova, infine, conferma nella legge del 6 maggio 2015, n. 55, che interviene sui tempi per la proposizione della domanda di scioglimento del matrimonio derivante da precedente separazione riducendoli sensibilmente.

Malgrado questi cambiamenti sembrano essere segnale di una parziale abdicazione dello Stato alla propria funzione perequativa, la giurisprudenza continua a trincerarsi su posizioni rigorose con riguardo all'ammissibilità dei contratti preventivi in vista della crisi coniugale, motivando la propria posizione alla luce della necessità di garantire la salvaguardia dei diritti del coniuge economicamente più debole¹⁹.

vocati e separazione e divorzio davanti al Sindaco, in *Corr. giur.*, 2015, pp. 515 ss.; e più ampiamente in *La risoluzione extraconiugale del conflitto coniugale*, Milano, 2015; SESTA, *Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, in *Fam. e dir.*, 2015, p. 295; GRADI, *Inefficienza della giustizia civile e fuga dal processo*, Messina, 2014, *passim*; LUISO, *Le disposizioni in materia di separazione e di divorzio*, in LUISO (a cura di), *Processo civile efficiente e riduzione dell'arretrato*, Torino, 2014, pp. 33 ss.; LUPOI, *Conflitti matrimoniali e degiurisdizionalizzazione*, in LUPOI (a cura di), *Trattato della separazione e divorzio*, Santarcangelo, 2015, pp. 429 ss.; D'ALESSANDRO, *La negoziazione assistita in materia di separazione e di divorzio*, in *Giur. it.*, 2015, p. 1278; CARRATTA, *Le nuove procedure negoziate e stragiudiziali in materia matrimoniale*, *ivi*, p. 1287; RONCO, *Negoziazione assistita ed accordi tra i coniugi: il ruolo del p.m. e del presidente del tribunale*, in *Giur. it.*, 2015, pp. 1400 ss.; TRISORIO LIUZZI, *La procedura di negoziazione assistita*, in *Il giusto proc. civ.*, 2015, pp. 23 ss.; PROTO PISANI, *Diritti sostanziali e processo nella evoluzione delle relazioni familiari*, in *Foro it.*, 2015, V, c. 124.

¹⁷ TOMMASEO, *La tutela dell'interesse*, *cit.*, p. 162, che pone, però, in luce l'incostituzionalità della normativa perché non consente l'ascolto del minore.

¹⁸ SESTA, *Negoziazione assistita*, *cit.*, p. 296.

¹⁹ PALAZZO, *Epicedio per la nullità dei contratti sugli effetti patrimoniali del divorzio*, in *Vita not.*, 2017, pp. 1499 ss.

Da questo quadro è necessario partire per comprendere entro quali spazi possa operare l'azione arbitrale, alla luce di un dettato normativo, che non offre, a differenza del testo previgente²⁰, alcun specifico riferimento²¹.

3. *Le controversie tra coniugi*

Quando si parla di controversie tra coniugi sono due gli aspetti che devono essere analizzati: le pronunce di separazione e di divorzio e la regolamentazione degli aspetti patrimoniali e personali.

Nel paragrafo che precede si è dimostrato come il vincolo matrimoniale sia divenuto, sotto molteplici profili, un «affare privato dei coniugi»²², tanto che, alla luce dell'esegesi accolta del concetto di compromettibilità, non dovrebbero esservi dubbi in merito all'ammissibilità dell'azione arbitrale.

La recente novella in materia di degiurisdizionalizzazione (artt. 6 e 12 d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito in l. 10 novembre 2014, n. 162), oltre ad avere introdotto il procedimento di negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio, ha attribuito al Sindaco il potere di pronunciarle, escludendo il successivo controllo da parte dell'autorità giudiziaria, considerata da sempre il baluardo, oltre degli interessi della prole, della posizione della parte debole del vincolo coniugale. Alla luce di ciò, sarebbe illogico ritenere che le parti possano regolare autonomamente lo scioglimento del rapporto coniugale e negare, invece, la loro scelta in merito al meccanismo di risoluzione della lite²³.

²⁰ BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri*, II, Torino, 1999, pp. 1 ss.; F. DANOVI, *L'arbitrato di famiglia in Italia, tra antitesi e possibili consonanze*, in *Riv. arb.*, 2016, pp. 49 ss.

²¹ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, Bologna, 2016, p. 99, che fonda l'arbitrabilità delle liti familiari valorizzando la disciplina della negoziazione assistita, in particolare i dati testuali dell'art. 9 e 2, d.l. 132 del 2014. Interessante, in particolare, è la valenza attribuita dall'a. all'art. 9, che stabilisce che «i difensori non possono essere nominati arbitri ai sensi dell'art. 810 del codice di procedura civile nelle controversie aventi medesimo oggetto o connesse».

²² SESTA, *Negoziazione assistita*, cit., p. 296.

²³ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, cit., pp. 99 ss.

Nonostante il riconoscimento in capo ai coniugi di un vero e proprio diritto soggettivo a domandare tanto la separazione quanto il divorzio²⁴, gli interpreti sono ancora titubanti²⁵ nel delineare gli effetti delle recenti novelle, in quanto l'esercizio dell'autonomia negoziale è comunque vincolato alle condizioni imposte dalla legge. Peraltro, se si volge lo sguardo d'oltralpe si rinviene una certa ritrosia a ricorrere allo strumento arbitrale per risolvere le controversie inerenti al microcosmo familiare: come dimostrano le esperienze francesi²⁶, spagnole²⁷ e quelle tedesche.

In verità, l'ordinamento tedesco, benché escluda il potere degli arbitri di pronunciare un divorzio o di dirimere le liti relative alla

²⁴ FERRANDO, *Il conflitto coniugale tra separazione e divorzio*, in FERRANDO (a cura di), *Separazione e divorzio*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, Torino, 2003, pp. 12 ss.; AMAGLIANI, *Autonomia privata e diritto di famiglia*, Torino, 2005, p. 137, che evidenzia, già sotto la previgente disciplina, l'impossibilità di riconoscere l'esistenza di una vera e propria indisponibilità soggettiva. Opinare diversamente, dice l'a., vorrebbe dire privare di valore sia l'istituto della separazione consensuale sia la previsione di cui all'art. 3, comma 4°, legge n. 898/1970 (come sostituito dalla legge n. 74/1987). Quest'ultima norma prevede che «l'eventuale interruzione della separazione debba essere eccepita dalla parte convenuta».

²⁵ Per esempio, non ritiene ammissibile il ricorso al giudizio arbitrale per addivenire a una pronuncia di separazione o di divorzio, F. DANOVI, *L'arbitrato di famiglia in Italia, tra antitesi e possibili consonanze*, cit., 2016, p. 64.

²⁶ Espressamente escluso dall'art. 2060 *Code civil*. Sul punto, LOQUIN, *Arbitrage, Conventions d'arbitrage, Conditions du fond, Litige arbitral*, in *JurisClasseur procédure civile*, n. 1024, Paris, 2016, n. 29, che paventa delle aperture sugli aspetti economici del contenzioso familiare, benché egli ritenga inammissibile l'arbitrato con riguardo un *changement de régime matrimonial*. Tuttavia, la legge del 18 novembre 2016, n. 1547, modificando l'art. 260 *Code civil* stabilisce che «*Le mariage est dissous : 1° Par la convention de divorce conclue par acte sous signature privée contresigné par avocats, à la date à laquelle elle acquiert force exécutoire*». Il successivo articolo 262-1 *Code civil* prevede che «*convention ou le jugement de divorce prend effet dans les rapports entre les époux, en ce qui concerne leurs biens: lorsqu'il est constaté par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats déposé au rang des minutes d'un notaire, à la date à laquelle la convention réglant l'ensemble des conséquences du divorce acquiert force exécutoire, à moins que cette convention n'en stipule autrement*». In altri termini, anche la Francia introduce la possibilità per le parti di accordarsi fuori dalle aule dei Tribunali, per addivenire allo scioglimento del vincolo coniugale.

²⁷ UTRERA GUTIÉRREZ, *Soluciones extrajudiciales de conflictos familiares: arbitraje, conciliación, mediación*, in AA.Vv., *Actualización del derecho de familia y sucesiones*, Madrid, 2006, reperibile nella banca dati *Vlex*, che è favorevole all'arbitrabilità con riguardo alle controversie di natura patrimoniale.

sussistenza o meno di un matrimonio²⁸, registra, in sintonia con il criterio generale dell'arbitrabilità, basato sulla patrimonialità del diritto, un'ampia apertura a favore della compromettibilità delle liti patrimoniali. Al contempo, però, la peculiarità che pone il contenzioso familiare ha determinato la nascita di Camere arbitrali specifiche, come comprova l'esperienza sviluppatasi presso l'ordine degli avvocati dell'*Oberlandesgericht* di Monaco di Baviera, ove dal 2006 è stato istituito il *Süddeutsches Familienschiedsgericht*²⁹, ovvero un arbitrato amministrato per le controversie familiari di carattere patrimoniale. Il regolamento di detto istituto richiama integralmente la legge sulla procedura familiare tedesca (FamFG)³⁰.

Diversamente, l'arbitrato in materia di famiglia trova ampia regolamentazione nei paesi di *common law*, specialmente negli Stati Uniti: numerosi stati adottano anche specifiche discipline, talvolta autonome, talvolta inserite nella legislazione dedicata all'arbitrato o alla famiglia³¹.

In linea generale, in questi sistemi si deve osservare, da una parte, una certa diffidenza, benché non comune a tutti, di devolvere al giudizio di arbitri le pronunce concernenti il divorzio e dall'altra, la tendenza ad attribuire ai giudici privati le liti concernenti la prole³².

Da ultimo, degna di nota è l'esperienza inglese, caratterizzata dalla diffusione di uno specifico arbitrato amministrato dall'*Ifla* (*Institute of Family Law Arbitration*), che si occupa solo delle controversie patrimoniali tra coniugi e di quelle relative ai figli. Si tratta

²⁸ SANGIOVANNI, *La compromettibilità in arbitri nel diritto tedesco*, in *Riv. arb.*, 2006, pp. 226 ss.; ALBERS, in BAUMBACH, LAUTERBACH, ALBERS, HARTMANN (a cura di), *Zivilprozessordnung*, München, 2004, § 1030 Rn. 2.

²⁹ Il regolamento è consultabile all'indirizzo www.familienschiedsgericht.de e trova applicazione con riguardo alle controversie economiche legate al mantenimento e alle questioni patrimoniali tra coniugi e coppie conviventi *more uxorio*.

³⁰ BRUDERMÜLLER, LETTIERI, *La giurisdizione della famiglia in Germania: un modello vincente?*, in *Dir. fam. pers.*, 2015, pp. 360 ss.

³¹ Sul punto cfr. *infra*. In questa sede sia sufficiente osservare che la letteratura considera negativamente l'applicazione alle liti familiari della disciplina dettata per l'arbitrato commerciale, come rileva CARBONNEAU, *A consideration of alternative divorce litigation*, 1986, in *LexisNexis Academy*.

³² ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrato e famiglia nelle esperienze d'oltre confine*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, pp. 488 ss.

di un arbitrato ampiamente utilizzato e che trova sostegno da parte del sistema giudiziario inglese. Quest'ultimo, in un numero sempre più elevato di casi, ha mostrato di condividere la decisione dagli arbitri³⁵, incorporandola all'interno delle proprie.

3.1. *L'azione arbitrale nelle pronunce di separazione personale e di divorzio. Cenni sulla nullità del matrimonio*

Dico subito che non nutro dubbi in merito all'ammissibilità dell'azione arbitrale per conseguire una pronuncia di separazione³⁴.

In primo luogo, oggetto del giudizio è un vero e proprio diritto³⁵, peraltro disponibile (*rectius* compromettibile). Questa conclusione, oltre ad essere confermata dall'evoluzione appena delineata del vincolo matrimoniale, è oggi sancita dalla novella del 2014, che, esaltando il valore della libertà dei coniugi, consente di stipulare una convenzione di negoziazione assistita o di rivolgersi all'ufficiale di stato civile per ottenere la relativa pronuncia. In entrambi i casi è esclusa l'omologa³⁶ ed è prescritto, solo in materia di negoziazione

³⁵ A tale proposito si deve ricordare che il regolamento arbitrale, consultabile in www.ifla.org.uk, definisca in modo diverso il provvedimento emesso a conclusione del processo arbitrale, qualificandolo come *award*, qualora abbia ad oggetto una questione riguardante i rapporti patrimoniali tra coniugi e parlando di *determination* con riguardo alle liti relative alla prole. Sul punto, ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, cit., p. 97.

³⁴ *Contra*, F. DANOVI, *L'arbitrato di famiglia in Italia*, cit., p. 64.

³⁵ *Ex multis*, Cass., 17 marzo 1995, n. 3098, in *Fam. e dir.* 1995, pp. 1405 ss.; Cass., 14 febbraio 2007, n. 3356, in *Fam. e dir.*, 2008, p. 28, con nota di LA TORRE; Cass., 29 marzo 2011, n. 7125, in *Dir. fam. e pers.*, 2011, pp. 1650 ss.; Cass., 21 gennaio 2014, n. 1164, cit.

³⁶ Come è noto l'istituto della negoziazione assistita così come introdotto nel nostro ordinamento trova aspirazione nella *procédure participative* (art. 2067 del *Code civil* francese) che, tuttavia, si distingue dalla disciplina italiana della negoziazione assistita per molteplici profili. Nell'ordinamento francese, infatti, è previsto che la richiesta di divorzio o separazione personale formulata ad esito di una convenzione di negoziazione assistita sia redatta secondo le regole proprie del procedimento di divorzio. In altre parole, al giudice è sempre demandato un controllo dell'accordo raggiunto dai coniugi (AMRANI MEKKI, *La convention de procédure participative*, in *Recueil Dalloz*, 2011, pp. 3007 ss.). Per coerenza è opportuno ricordare che in Francia sussiste un chiaro divieto di ricorrere al giudizio di arbitri in materia di separazione e di divorzio.

assistita da avvocati, un controllo formale dell'accordo raggiunto dalle parti³⁷ ad opera del pubblico ministero.

Per la verità, una parte della dottrina ritiene che l'apertura al mondo negoziale delle controversie relative alla separazione (e anche al divorzio) risponda a mere esigenze di alleggerimento del carico giudiziario³⁸, tanto che la sottrazione delle liti *de quibus* alla decisione giudiziale ha carattere eccezionale e non può essere prova della disponibilità del diritto.

Tale posizione non è condivisibile. A mio avviso, come si è già anticipato, la novella si pone in sintonia con la parabola che ha interessato il legame coniugale³⁹: il matrimonio è divenuto un affare privato tra i coniugi, che sono liberi di porre fine ai loro effetti e, prima ancora, liberi di evitarlo, attuando una relazione che da esso prescinda, che, tuttavia, con riguardo ai figli⁴⁰, assume la stessa efficacia giuridica del coniugio⁴¹.

Si tratta di un assunto condiviso anche dalla giurisprudenza.

Infatti, in materia di separazione giudiziale, le corti⁴², enfatizzando il dettato dell'art. 151 c.c., osservano che la crisi del rap-

³⁷ LUISO, *Le disposizioni in materia di separazione e di divorzio*, cit., p. 37; D'ALESSANDRO, *La negoziazione assistita in materia di separazione e di divorzio*, cit., p. 1279, che estende dette conclusioni anche alla pronuncia di divorzio.

³⁸ DALFINO, *La procedura di negoziazione assistita*, cit., §10; F. DANOVÌ, *Il d.l. n. 132/2014*, cit., p. 950; ID., *I nuovi modelli di separazione e di divorzio: una intricata pluralità di protagonisti*, cit., p. 1143, parla di una indisponibilità più sostanziale che processuale; BUGETTI, *Separazione e divorzio senza giudice*, cit., pp. 527 ss.; e più ampiamente in *La risoluzione extraconiugale del conflitto coniugale*, cit., pp. 34 ss.; TOMMASEO, *Separazione e divorzio "celebrati" dal sindaco e onere di comparizione personale dei coniugi*, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 376; CAVALLONE, *Un divorzio per sbaglio*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 1426.

³⁹ TOMMASEO, *La separazione giudiziale: basta volerla per ottenerla*, in *Fam. e dir.*, 2015, p. 41.

⁴⁰ Diversamente la novella non ha sancito la disponibilità dei diritti della prole. Vede, invece, delle aperture al mondo negoziale F. DANOVÌ, *I nuovi modelli di separazione e di divorzio: una intricata pluralità di protagonisti*, cit., p. 1141. Sul punto, però, cfr. RIMINI, *Il nuovo divorzio*, in CICU, MESSINEO, MENGONI (a cura di) e continuato da SCHLESINGER, *Trattato di diritto civile e commerciale*, II, Milano, 2015, pp. 25 ss., che ripercorre i lavori antecedenti all'intervento legislativo.

⁴¹ RESCIGNO, *Le famiglie ricomposte: nuove prospettive giuridiche*, in *Famiglia*, 2002, pp. 1 ss.

⁴² Principio ribadito, di recente, anche da Cass., 21 gennaio 2014, n. 1164, in *DeJure*.

porto coniugale, rilevante ai fini della separazione giudiziale, non deve essere necessariamente causata da specifici fatti che rendono intollerabile la convivenza, ma è sufficiente che la frattura dipenda dalla condizione di disaffezione e distacco spirituale di una sola delle parti, una condizione psicologica difficilmente misurabile secondo parametri oggettivi.

Stando così le cose, non devono sorgere dubbi in merito all'ammissibilità dell'azione arbitrale con riguardo alla pronuncia di separazione giudiziale: l'ordine pubblico che è alla base, benché condizioni l'autonomia delle parti, non è talmente forte da escludere l'attuazione di un processo privato. Inoltre, l'unico ostacolo per l'accoglimento di questa interpretazione è oggi superato dal d.l. n. 132 del 2014: come afferma la dottrina⁴³, non è più possibile discorrere per quanto concerne il giudizio di separazione di un processo costitutivo necessario.

Un discorso peculiare merita la pronuncia di separazione consensuale, sebbene anche in questo caso l'autonomia decisionale dei coniugi acquisti un valore preminente. Tralasciando il caso in cui siano presenti dei figli, si è soliti osservare che il tribunale, in sede di omologa⁴⁴, può solo recepire la volontà dei coniugi di

⁴³ F. DANOVÌ, *Il processo di separazione e di divorzio*, IV, in CICU, MESSINEO, MENGONI (a cura di) e continuato da SCHLESINGER, *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., pp. 552 ss., osserva che in assenza di una previsione normativa come quella in materia di negoziazione assistita e dell'accordo innanzi all'ufficiale di stato civile, non sia possibile addivenire in arbitrato alla pronuncia di separazione o divorzio. In modo analogo ID., *L'arbitrato di famiglia in Italia, tra antitesi e possibili consonanze*, cit., p. 64.

⁴⁴ Secondo un orientamento di stampo «privatistico», il momento essenziale della separazione risiede nell'accordo dei coniugi, assegnando per contro all'omologazione il ruolo di *conductio iuris* del negozio. Ne segue che il provvedimento giudiziale riveste il carattere di un accertamento costitutivo rispetto al nuovo assetto della vicenda coniugale; tanto che il giudice, una volta accertata la volontà dei coniugi alla separazione, non può negare l'omologazione (CARNELUTTI, *Separazione per accordo dei coniugi*, in *Riv. dir. proc.*, 1936, pp. 153 ss., 162 ss.; FALZEA, *La separazione personale dei coniugi*, Milano, 1964, pp. 79 ss.; JEMOLO, *Il matrimonio*, cit., Torino, 1961, pp. 442 ss.; DORIA, *Autonomia privata e causa familiare*, Milano, 1996, p. 318; OBERTO, *La natura dell'accordo di separazione consensuale e le regole contrattuali ad esso applicabili*, in *Fam. e dir.*, 1999, I, p. 264; LUMIA, *La separazione consensuale*, in ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, I, Milano, 2002, p. 742; LUISO, *Le disposizioni in materia di separazione e di divorzio*,

separarsi, senza avere il potere di indagare la bontà delle effettive ragioni⁴⁵.

Tuttavia, l'ammissibilità dell'azione arbitrale deve confrontarsi con la natura del procedimento di separazione consensuale, che, come rilevano gli interpreti⁴⁶, ha valenza non contenziosa, basandosi sull'accordo delle parti. In sostanza, non vi sarebbe alcuna controversia tra coniugi, elemento imprescindibile per l'operabilità dell'azione arbitrale.

Questo problema, a mio avviso, è oggi risolto indirettamente dalla disciplina della negoziazione assistita e dalla stessa *ratio* sottesa all'istituto della separazione consensuale.

L'art. 2 della d.l. n. 132 del 2014 qualifica la convenzione di negoziazione assistita come «[...] l'accordo mediante il quale le parti convengono di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia tramite l'assistenza di avvo-

cit., p. 34; in questo senso anche la giurisprudenza: Cass., 8 marzo 1995, n. 2700, in *Fam. e dir.*, 1995, p. 1390, che assegna all'omologa la funzione di attribuire efficacia all'accordo privato dall'esterno; Cass., 18 settembre 1997, n. 9287, in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 2383, che assegna all'omologazione la funzione di controllare che i patti siano conformi agli interessi della famiglia); diversamente secondo la tesi di stampo «pubblicistico», il consenso è mero presupposto dell'omologazione, costituendo quest'ultima elemento fondante della separazione (CICU, *Il diritto di famiglia*, cit., p. 224; DEGNI, *Il diritto di famiglia nel nuovo codice civile italiano*, Padova, 1943, p. 252; App. Venezia, 1° giugno 2003, in *DeJure*). In una posizione simile si pongono anche coloro che configurano la separazione consensuale come una fattispecie complessa a formazione progressiva nella quale l'accordo delle parti e l'omologazione da parte del Tribunale assumono un eguale valore (*ex multis*, D'ANTONIO, *Irrevocabilità del consenso dei coniugi*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, II, pp. 458 ss.; CALIENDO, *Sulla revocabilità unilaterale del consenso alla separazione consensuale*, in *Giur. merito*, 1996, pp. 388 ss.).

⁴⁵ Non solo in merito alla volontà di separarsi ma anche con riguardo alle statuizioni economiche concordate dai coniugi. Infatti il Tribunale può solo informare i coniugi sull'inopportunità di alcune condizioni e provvedere a convincerli alla modifica o al ripensamento, pur nella consapevolezza che solo di un invito si tratta, come pone in luce SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano, 1971, p. 324.

⁴⁶ Fra i tanti, TOMMASEO, sub art. 711, in CIAN, OPPO, TRABUCCHI (diretto da), *Commentario al diritto italiano della famiglia*, IV, 1, Padova, 1993, p. 567; MOROZZO DELLA ROCCA, voce *Separazione personale (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, p. 1382; FINOCCHIARO, *Matrimonio*, II, in GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1993, p. 461; AZZOLINA, *La separazione personale dei coniugi*, Torino, 1951, p. 376.

cati [...]»⁴⁷. Tale norma, nonostante non sia richiamata in modo diretto dall'art. 6, in materia di crisi coniugale, alla luce della sua collocazione sistematica e dello stesso *incipit*, trova, a mio avviso, applicazione anche con riguardo alla negoziazione assistita in materia matrimoniale⁴⁸.

Da tale disposizione emerge che il fine della negoziazione assistita è quello di dirimere una controversia, base su cui poggia lo stesso istituto arbitrale.

Ebbene. Se il fine perseguito dalla negoziazione assistita è quello di porre fine a un conflitto, non vi sono ragioni per escludere l'operare dell'azione arbitrale, il cui presupposto di efficacia è l'esistenza stessa della lite. Inoltre, come è stato osservato, «l'avere proposto una separazione consensuale non significa che si prescinda o che non sussista una contenziosità tra i coniugi, ma solo che la contenziosità non emerge nel ricorso»⁴⁹.

Alla luce di tali considerazioni, anche la compromettibilità della pronuncia di separazione consensuale è confermata.

Al contrario, ritengo che sia inammissibile l'azione arbitrale con riguardo alla domanda di addebito⁵⁰: l'ordine pubblico, desumibile dalle cause in presenza delle quali è possibile la relativa pronuncia⁵¹,

⁴⁷ Sul concetto di controversia si rimanda a LUISO, *Diritto processuale civile*, V, Milano, 2017, p. 89.

⁴⁸ Così come osserva BUGETTI, *Separazione e divorzio senza giudice*, cit., p. 517; NASCOSI, *I procedimenti consensuali stragiudiziali di separazione, divorzio e scioglimento delle unioni civili*, in GRAZIOSI (a cura di), *Diritto processuale della famiglia*, 2016, p. 176.

⁴⁹ Così BIANCO, *Il procedimento di separazione consensuale*, in FERRANDO (a cura di), *Separazione e divorzio*, cit., p. 235.

⁵⁰ La domanda di addebito deve considerarsi, secondo la giurisprudenza maggioritaria, domanda autonoma: Cass., 26 agosto 2004, n. 16996; Cass., 10 giugno 2005, n. 12284, inedite; Cass., sez. un., 3 dicembre 2001, n. 15258, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2002, p. 1384, con nota di NASCOSI; Trib. Trani, 8 novembre 1999, in *Foro it.*, 2000, I, cc. 445 ss.; Trib. Bologna, 14 settembre 1998, in *Foro it.*, 2000, I, c. 2308, con nota di CIPRIANI; Trib. Reggio Emilia, 10 luglio 1995, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, I, p. 504, con nota di DALMOTTO; Trib. Trani, ord., 6 agosto 1996, in *Giur. it.*, 1997, 2, c. 283, con nota di GRAZIOSI.

⁵¹ LENTI, *La separazione giudiziale*, in FERRANDO, LENTI (a cura di), *La separazione personale tra coniugi*, Padova, 2011, pp. 113 ss., osserva che ai fini dell'addebito rilevano oltre alla violazione dei doveri coniugali elencati dagli artt. 143 e 144 c.c. anche l'inosservanza dei diritti fondamentali della persona

è così forte da escludere la possibilità di fare ricorso al processo privato⁵².

Le osservazioni esposte in materia di separazione trovano sostanziale conferma nella disciplina del divorzio.

Si è soliti affermare la indisponibilità (*ergo* inarbitrabilità) del procedimento relativo allo scioglimento del matrimonio in ragione del fatto che è possibile conseguirlo solo sulla base di cause determinate dalla legge. La libertà dei singoli non è sufficiente a raggiungere un simile scopo; tanto che si ritiene che nel nostro ordinamento non esista il c.d. divorzio consensuale⁵³.

Inoltre la pronuncia di scioglimento del matrimonio determina un vero e proprio cambiamento di stato, che in quanto tale non può

dell'altro coniuge, garantiti dal sistema internazionale e costituzionale dei diritti dell'uomo. Diversamente il processo privato è ammissibile nel caso di richieste risarcitorie derivanti dal riconoscimento dell'addebito. Ma sul punto si veda AL MUREN, *La separazione personale dei coniugi*, in CICU, MESSINEO, MENGONI (a cura di), continuato da SCHLESINGER, *Trattato di diritto civile e commerciale*, I, cit., p. 96 che pone in evidenza la «disaffezione del diritto vivente riguardo alla figura dell'addebito».

⁵² La giurisprudenza esclude anche la possibilità di rendere il giuramento e la confessione all'interno del relativo giudizio. Cass., 4 aprile 2014, n. 7998, in *DeJure*; Cass., 6 dicembre 2004, n. 22786, ivi. La dottrina (D'ALESSANDRO, *La negoziazione assistita in materia di separazione e di divorzio*, cit., p. 1279) tuttavia, alla luce della novella sulla degiurisdizionalizzazione, insinua il dubbio che possa mutare detto orientamento.

⁵³ DOGLIOTTI, *Le cause di divorzio*, in FERRANDO (a cura di), *Separazione e divorzio*, I, cit., pp. 459 ss.; CIPRIANI, *La riforma dei processi di divorzio e di separazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, pp. 419 ss.; BARBIERA, *Il divorzio dopo la seconda riforma*, Bologna, 1988, p. 82; SANTOSUOSSO, *La nuova normativa sul divorzio*, in RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, XXI, Torino, 1987, pp. 285 ss.; TRABUCCHI, *Un nuovo divorzio. Il contenuto e il senso della riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, pp. 125 ss., che osserva come alla base della domanda congiunta vi sia un consenso allo scioglimento del vincolo, che ha natura negoziale nonostante si manifesti attraverso una domanda giudiziale; GRAZIOSI, *Osservazioni perplesse sulle ultime (?) stravaganti riforme processuali in materia di famiglia*, cit., pp. 1112 ss. e in part. p. 1114, reputa che il legislatore con le recenti riforme abbia probabilmente introdotto nel nostro ordinamento il divorzio consensuale, senza averne, però, la consapevolezza. In altri paesi, come la Svezia, la Finlandia la Spagna, è sufficiente la semplice volontà di uno o di entrambi i coniugi per ottenere il divorzio. Sul punto: LÓPEZ DE LA CRUZ, *Verso un divorzio senza causa in Europa?*, in *Diritto e società*, 2012, p. 559.

essere oggetto di disponibilità delle parti, ma può derivare solo da un provvedimento costitutivo necessario⁵⁴.

Questi limiti sono oggi superati, come ho già detto, dalla novella del 2014⁵⁵, che non considera più necessario ricorrere al giudice statutale⁵⁶ per la modifica dello *status* coniugale⁵⁷. Peraltro, la vocazione pubblicistica del divorzio è oggi ulteriormente posta in crisi dall'introduzione del c.d. «divorzio breve»⁵⁸.

In verità, già prima delle menzionate novelle, chi⁵⁹ si era cimentato nello studio dell'evoluzione del concetto di *status*, aveva posto in evidenza come quello connesso alla sfera familiare fosse entrato

⁵⁴ Prima di allora non era mai stato messo in discussione: LUPOI, voce *Procedimento di separazione e divorzio*, in *Enc. dir., Agg.*, Milano, 2007, p. 981; PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, ed. aggiornata a cura di Caponi, Napoli, 2014, p. 175; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Torino, 2017, p. 36; CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, pp. 181 ss.; CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, I, Roma, 1942, p. 34.

⁵⁵ Sul punto, F. DANOVÌ, *Il processo di separazione e divorzio*, cit., p. 553.

⁵⁶ Il Tribunale di Milano ritiene possibile che le parti possano evitare di comparire innanzi al Sindaco, affidando al procuratore speciale il compito di sostituirle (Trib. Milano, 19 gennaio 2016, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 347, con nota critica di TOMMASEO). Tra gli altri solleva scetticismo nei confronti dell'accordo stipulato innanzi al Sindaco, CAVALLONE, *Un divorzio per sbaglio*, p. 1426.

⁵⁷ F. DANOVÌ, *Il processo di separazione e di divorzio*, cit., pp. 553 ss., secondo cui la novella ha «aperto la breccia nell'ordinamento per una possibile progressiva erosione del principio di necessaria tutela costitutiva in materia di *status*»; ID., *Vie alternative per la risoluzione delle controversie di famiglia*, cit., p. 1036, che correttamente evidenzia il «dogma (come era quello della necessaria tutela giurisdizionale costitutiva in materia di *status*) è per definizione tale solo se (e a condizione che) non conosca dispense di sorta; da questo punto di vista, dunque, l'introduzione di una deroga non soltanto sgretola ed erode il principio, ma di fatto lo fa venire meno»; GRAZIOSI, *Osservazioni perplesse sulle ultime (?) stravaganti riforme processuali in materia di famiglia*, cit., p. 1114, anche se il discorso è solo incentrato sull'ipotesi accolta di negoziazione assistita.

⁵⁸ Prima della riforma, infatti, si osservava (ZATTI, *Introduzione*, in FERRANDO, FORTINO, RUSCELLO (a cura di), *Famiglia e matrimonio*, Milano, 2011, p. 30; BUGETTI, *La risoluzione extragiudiziale del conflitto coniugale*, cit., p. 7) che l'interesse pubblicistico alla stabilità del vincolo ed al controllo dell'impulsività della decisione era reso effettivo dalla previsione di un tempo di attesa necessario per chiedere il divorzio.

⁵⁹ LENTI, *Status*, in *Dig. it., sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, pp. 31 ss. Sul punto, però, si veda anche RESCIGNO, *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, pp. 217 ss., secondo cui gli elementi della realtà normativa inducono a dubitare seriamente che la nozione di *status* debba costruirsi sui caratteri della necessità e della permanenza.

in crisi⁶⁰, poiché, a differenza di quelli relativi alla libertà e alla cittadinanza, esso era oramai privo della qualifica della necessità⁶¹.

Si aggiunga che la disciplina positiva del divorzio stabilisce, all'art. 3, l'impossibilità per il giudice di rilevare d'ufficio l'eventuale interruzione della separazione, ponendo, al centro dei presupposti per chiedere il divorzio, la concorde volontà delle parti.

In forza di tali osservazioni non è più possibile parlare di una vera e propria indisponibilità⁶² negoziale della pronuncia di divorzio; quindi, a maggiore ragione, deve essere ammessa l'arbitrabilità della pronuncia di divorzio⁶³ derivante da precedente separazione.

Inoltre, se è pur vero che la domanda di divorzio trova il suo fondamento nella crisi della comunione materiale e spirituale dei coniugi per uno dei motivi indicati dall'art. 3 della l. n. 898 del 1978, è necessario ricordare che le fattispecie da esso contemplate sono eterogenee e non sempre rispondono alle medesime esigenze di ordine pubblico⁶⁴. Ne è una diretta dimostrazione la pronuncia

⁶⁰ In questo senso BARLETTA, *Contributo allo studio sull'accertamento degli status*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 258, che parla di *status* come «situazioni giuridiche aventi carattere originario e durevole», che, quindi, esclude che si possa discorrere di *status* ogni qualvolta vi sia un'attività costitutiva da parte del giudice, come si verifica nel caso di specie.

⁶¹ A tale proposito rileva MESSINETTI, voce *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 147, alla luce della «liquidità» degli odierni legami intersoggettivi, l'imprecisione dell'abituale affermazione di indisponibilità degli *status*. Nello stesso senso RIMINI, *Il nuovo divorzio*, cit., p. 44 s., che discorre di divorzio unilaterale. Diversamente la dottrina e la giurisprudenza maggioritaria sono orientate per l'indisponibilità di tale posizione giuridica: per un'ampia e riassuntiva disamina ALPA, *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Roma, 1993; DE CUPIS, *Coniugi (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 6.

⁶² Parla di un vero e proprio *tertium genus*, D'ALESSANDRO, *La negoziazione assistita in materia di separazione e di divorzio*, cit., p. 1280; DALFINO, *La procedura di negoziazione assistita*, cit., § 10; GRAZIOSI, *Osservazioni perplesse sulle ultime (?) stravaganti riforme processuali in materia di famiglia*, cit., p. 1114.

⁶³ Così come esiste un diritto a separarsi, esiste un corrispondente diritto a richiedere il divorzio. Sul punto BARBIERA, *Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio. Art. 149. Supplemento Legge 1° dicembre 1970 n. 898*, in SCIALOJA, BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Roma-Bologna, 1971, p. 109.

⁶⁴ Osserva che non è possibile ricondurre a una *ratio* specifica, ZATTI, *La legge sul divorzio: contenuto e spunti problematici*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, II, pp. 30 ss.; GALOPPINI, voce *Divorzi (dir. priv. e proc.)*, in *Noviss. Dig. it., Appendice*, III, Torino, 1982, p. 73; FINOCCHIARO, *Il divorzio*, III, Milano, 1988, p. 67. Ciò porta gli

di divorzio derivante dalle cause penali⁶⁵, in relazione alla quale si impone al giudice anche di valutare l'inidoneità del soggetto a ricostruire la convivenza coniugale⁶⁶; diversamente di fronte a una pronuncia di separazione personale o giudiziale, la statuizione di divorzio è automatica⁶⁷.

Inoltre, alcune fattispecie elencate dall'art. 3 l. n. 898 del 1970 trovano oggi un'applicazione marginale all'interno del nostro ordinamento⁶⁸. Mi riferisco al divorzio ottenuto all'estero o alla celebrazione di un nuovo matrimonio all'estero da parte del coniuge straniero. Questa previsione aveva una ragione d'essere prima dell'entrata in vigore della l. n. 218 del 1995 che ha introdotto il principio dell'immediata efficacia in Italia delle sentenze straniere, a meno che esse non siano contrarie all'ordine pubblico. La rilevanza di questo divieto è stata poi ulteriormente temperata dai Regolamenti (Ue) n. 1347 del 2000 e n. 2201 del 2003, che hanno statuito l'automatica efficacia in ciascun Stato dell'Unione Europea delle sentenze di divorzio pronunciate in un altro Stato, prevedendo l'inapplicabilità della previsione in esame solo in caso di una violazione manifesta dell'ordine pubblico. Ne segue che, oggi, la fattispecie sopra esaminata sia attuabile solo con riguardo alle decisioni di divorzio che non possono ricevere riconoscimento in Italia ai sensi della l. n. 218 del 1995⁶⁹.

Nonostante ciò, non reputo che questo caso possa essere escluso dalla cognizione degli arbitri, le cui statuizioni devono essere conformi alle norme imperative e ai principi di ordine pubblico.

Simile discorso deve essere svolto anche con riguardo all'ipotesi della non consumazione del matrimonio e alla rettifica dell'attribuzione di sesso. Per quanto concerne la prima fattispecie, solo una

autori ad evidenziare che la mancanza di un criterio unitario priva i singoli casi di divorzio di forza espansiva al di là del loro ambito di applicazione.

⁶⁵ Per una casistica DOGLIOTTI, FIGONE, in DOGLIOTTI (a cura di), *Separazione e divorzio: i presupposti*, Milano, 2012, pp. 89 ss.

⁶⁶ Stesso penetrante controllo anche nel caso di divorzio richiesto per matrimonio non consumato. DOGLIOTTI, *Le cause di divorzio*, in FERRANDO (a cura di), *Separazione e divorzio*, I, cit., p. 459.

⁶⁷ DOGLIOTTI, *Le cause di divorzio*, cit., p. 460.

⁶⁸ RIMINI, *Il nuovo divorzio*, cit., pp. 70 ss.

⁶⁹ Ivi, pp. 74 ss.

visione arcaica della famiglia⁷⁰, può ritenere riconducibile siffatta previsione all'ordine pubblico di direzione. A mio avviso, non vi sono ragioni per escludere il ricorso agli arbitri, che, nel rispetto della norma di legge, avranno il compito di accertare la configurazione di questa ipotesi⁷¹.

Molto più semplice, invece, è l'accertamento, sempre ammissibile innanzi al giudice privato, dello scioglimento del vincolo derivante dalla rettifica di sesso. A tale proposito si deve ricordare che l'art. 31, comma 6°, del d.lgs. n. 150 del 2011 ha stabilito che «la sentenza di rettifica di attribuzione di sesso non ha effetto retroattivo. Essa determina lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso [...]». In altri termini, è la stessa sentenza di rettifica del sesso che determina l'automatico scioglimento del vincolo di coniugio: pertanto, agli arbitri viene puramente demandato il compito di accertare la configurazione di questo elemento⁷².

In sintesi. Alla luce della disamina svolta, reputo che i giudici privati possano pronunciare lo scioglimento del matrimonio a meno che l'interesse generale che è alla base della sua causa sia così forte da escludere l'accertamento privato. Ciò si configura solo con riguardo alle ipotesi di divorzio concernenti le cause penali⁷³.

La competenza degli arbitri si estende sia alla pronuncia giudiziale sia a quella congiunta. Peraltro, con riguardo a quest'ultima

⁷⁰ BONILINI, *Lo scioglimento del matrimonio*, a cura di Bonilini e Tommaseo, XXIII, in SCHLESINGER (a cura di) e continuato da BUSNELLI, *Commentario al codice civile*, Milano, 2010, pp. 282 ss.

⁷¹ In altri termini dovrà essere posta in essere un'attività istruttoria perfettamente compatibile all'interno del processo arbitrale. Sulla prova dell'esistenza di questo presupposto si rimanda a RIMINI, *Il nuovo divorzio*, cit., p. 79; DOGLIOTTI, FIGONE, *Separazione e divorzio: i presupposti*, cit., pp. 128 ss.

⁷² RIMINI, *Il nuovo divorzio*, cit., p. 83; BONILINI, *Rettificazione di attribuzione del sesso e scioglimento automatico del matrimonio ai sensi dell'art. 31 d.lgs. n. 150/2011*, in *Fam. pers. e succ.*, 2011, p. 805; PATTI, *Il divorzio della persona transessuale in Europa*, in CERAMI, SERIO (a cura di), *Scritti di comparazione e storica giuridica*, II, Torino, 2013, pp. 165 ss.; in senso contrario a questa lettura, GATTUSO, *Matrimonio, identità e dignità personale: il caso del mutamento di sesso di uno dei coniugi*, in *Dir. fam. e pers.*, 2012, pp. 1076 ss.

⁷³ Per quanto concerne lo scioglimento delle unioni civili cfr. § 8.

statuizione, convenendo con quanto sostenuto da alcuni interpreti, credo che sia il frutto di un procedimento avente vera e propria natura giurisdizionale⁷⁴, il cui oggetto si identifica nel diritto potestativo ad ottenere la modifica dello *status*.

La valorizzazione dell'aspetto privatistico del vincolo coniugale mi porta a concludere per l'ammissibilità dell'azione arbitrale anche con riguardo alla pronuncia di nullità del matrimonio⁷⁵, a meno che l'invalidità del vincolo derivi da un precedente matrimonio (art. 86 c.c.), dall'esistenza di vincoli di parentela (art. 87 c.c.) o da delitto (art. 88 c.c.).

Procediamo con ordine.

Gli artt. 117 e ss. c.c. disciplinano l'istituto della «nullità del matrimonio», ove sono raggruppate, senza alcuna differenziazione, tutte le ipotesi di invalidità⁷⁶. L'irrilevanza del *distinguo* è confermata dall'utilizzo da parte del legislatore dei termini nullità e annullabilità nello stesso modo, tanto che è dubbia la possibilità di trattare analogamente queste ipotesi e quelle concernenti le invalidità negoziali⁷⁷.

Ciò posto, analizzando i vari casi enucleati, è possibile dedurre che solo in tre fattispecie l'invalidità del matrimonio ha il fine di proteggere l'interesse generale: mi riferisco, come ho già enunciato, alle fattispecie di bigamia, incesto e delitto, ove, a differenza delle altre

⁷⁴ GRAZIOSI, *La sentenza di divorzio*, Milano, 1997, pp. 247-248; NASCOSI, *Il giudizio di separazione consensuale, lo scioglimento consensuale delle unioni civili, il divorzio su domanda congiunta*, in GRAZIOSI (a cura di), *Diritto processuale di famiglia*, cit., p. 133; *contra*: CIPRIANI, *La riforma dei processi di divorzio e di separazione*, cit., p. 419; RUSSO, *La nuova legge sul divorzio: prime riflessioni su alcuni aspetti processuali*, in *Dir. fam. e pers.*, 1988, p. 477; F. DANOVI, *Il procedimento di separazione e divorzio*, cit., p. 798.

⁷⁵ Come indirettamente afferma F. AULETTA, *Efficacia del lodo*, in MENCHINI (cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a Padova, 2010, p. 424.

⁷⁶ SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., pp. 49 ss.; FERRANDO, *Il matrimonio*, cit., pp. 591 ss.

⁷⁷ In verità la dottrina tende a qualificare le ipotesi contemplate negli artt. 86, 87, 88 come casi di nullità, relegando le ulteriori alla fattispecie dell'annullamento. Sul punto, SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., pp. 49 ss.; FERRANDO, *Il matrimonio*, cit., pp. 591 ss. Indipendentemente dalla tipologia di invalidità che si ritiene di attribuire, le ipotesi qui menzionate esprimono disvalori radicati nella nostra cultura. Per quanto concerne l'arbitrabilità delle invalidità negoziali, si rimanda alle osservazioni contenute nei capp. IV e V, parte seconda.

ipotesi⁷⁸, è attribuito il potere di impugnare il matrimonio, oltre che al coniuge, agli ascendenti prossimi, al pubblico ministero e a «tutti coloro che abbiano [...] un interesse legittimo e attuale»⁷⁹. Inoltre solo in questi casi la coabitazione per un anno dalla scoperta del vizio non consente di sanarlo; diversamente nelle altre ipotesi (*rectius* violenza morale, timore, errore, simulazione, incapacità), essa opera come una speciale sanatoria⁸⁰.

3.2. *L'azione arbitrale nei rapporti patrimoniali tra coniugi*⁸¹

L'indagine sulla compromettibilità dei rapporti patrimoniali tra coniugi deve partire dall'art. 160 c.c., che prescrive l'inderogabilità e l'indisponibilità dei diritti e dei doveri nascenti dal matrimonio.

Tale norma, unitamente ad altri indici, costituisce il baluardo su cui si erge il quasi monolitico orientamento della giurisprudenza a favore dell'invalidità degli accordi preventivi in vista della separazione o del divorzio⁸².

⁷⁸ Per la verità anche il matrimonio contratto in violazione dell'art. 84 c.c. può essere impugnato, oltre dai coniugi, dai genitori del minore e dal pubblico ministero. Nonostante questa legittimazione estesa, l'art. 117 c.c. prevede diverse ipotesi di sanatoria, da ultimo, il rispetto della volontà del minore di mantenere in piedi il vincolo matrimoniale.

⁷⁹ Per la verità la legittimazione del pubblico ministero è attribuita anche nelle ipotesi di matrimonio contratto in violazione dell'art. 84 c.c. (minore d'età) e dell'art. 119 c.c. (interdizione). Tuttavia, l'attribuzione dell'azione al pubblico ministero non altera la natura disponibile del diritto, tanto che la coabitazione costituisce elemento sanante del vizio.

⁸⁰ In queste ipotesi si ritiene che non possa operare la rinuncia dell'azione, come osserva FERRANDO, *Il matrimonio*, cit., p. 686. In generale, SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., pp. 49 ss.

⁸¹ Per quanto concerne, invece, le controversie relative al diritto al nome nell'ambito della separazione si rimanda a BUGETTI, *La risoluzione extragiudiziale del conflitto coniugale*, cit., p. 77.

⁸² In tema di invalidità degli accordi preventivi in vista della separazione o del divorzio e sui tradizionali argomenti della violazione dell'art. 160 c.c., dell'indisponibilità degli *status*, nonché della necessaria tutela del coniuge più debole, Cass. 10 marzo 2006, n. 5302, in *DeJure*; Cass., 12 febbraio 2003, n. 2076, in *Fam. dir.*, 2003, p. 344; Cass., 14 giugno 2000, n. 8109, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, p. 704. Posizioni meno rigide sono assunte da Cass., 15 maggio 1997, n. 4306, ivi, 1999, I, p. 278; Cass., 12 maggio 1994, n. 4647, ivi, 1995, I, p. 882; Cass., 5 luglio

Tuttavia, oramai da tempo, la dottrina ha proceduto a una lenta erosione di questa interpretazione, evidenziando che non sia possibile attuare una sua applicazione indiscriminata, poiché «[...] il suo carattere generico non può rendere inderogabile un diritto o una posizione giuridica la cui disponibilità sia sicura alla stregua di una espressa previsione [...] o sulla base di una ricostruzione sistematica della funzione che assolvono i singoli diritti nell'ambito della comunità familiare»⁸³.

Malgrado ciò, la previsione *de qua*, che secondo alcuni non è neppure applicabile alla fase patologica del vincolo⁸⁴, è considerata portavoce di un principio di valenza generale, che trova anche conferma da parte della giurisprudenza e dal legislatore: infatti, la fase finale del rapporto coniugale si deve rapportare con l'esigenza

1984, n. 3940, in *Giust. civ. Mass.*, 1984, n. 7. Al contempo, come è stato osservato (PALAZZO, *Epicentro per la nullità dei contratti sugli effetti patrimoniali del divorzio*, cit., pp. 1509 ss., a cui si rimanda anche per una visione d'insieme), la giurisprudenza ha riconosciuto la validità delle convenzioni matrimoniali tra coniugi in vista dell'annullamento del matrimonio. Per un'importante e reale apertura ai *pre-nuptial agreements*, Trib. Torino 20 aprile 2012, in *Fam. e dir.*, 2012, p. 803, che ha ritenuto valido l'accordo perfezionato dai coniugi in vista del divorzio, nel quale si prevedeva che la corresponsione dell'assegno di mantenimento sarebbe cessata all'avvio del procedimento di divorzio, con l'impegno della moglie a null'altro pretendere dal marito. Sul punto, recentemente, anche Cass., 21 dicembre 2012, n. 23713, in, tra l'altro, *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 256, con nota di TARDIA; Cass., 21 agosto 2013, n. 19304, ivi; Cass., 19 agosto 2015, n. 16909, in *DeJure*. In dottrina, da ultimo, si rimanda alla analisi di BARBALUCCA, GALLUCCI, *L'autonomia negoziale dei coniugi nella crisi matrimoniale*, Milano, 2012, pp. 17 ss.

⁸³ Così PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi*, in SCHLESINGER (diretto da), *Commentario al codice civile*, Milano, 1990, pp. 78-79, secondo cui la disposizione in esame è «sopravvissuta con gli adattamenti resi necessari dal principio di eguaglianza, più per vischiosità che non per una consapevole scelta del legislatore»; ALAGNA, *Famiglia e rapporti tra coniugi nel nuovo diritto*, Milano, 1983, p. 86; ZOPPINI, *Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare nella separazione personale dei coniugi*, in *Giur. it.*, 1990, I, cc. 1327 ss.

⁸⁴ ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, 1997, pp. 277 ss. e anche OBERTO, *Le convenzioni matrimoniali: lineamenti della parte generale*, in *Fam. dir.*, 1995, pp. 601 ss.; sul punto v. per tutti D'ANGELI, *Il mutamento del titolo della separazione personale dei coniugi*, Torino, 1994, pp. 38 ss.; LENTI, *Un addio senza rimpianti al mutamento di titolo della separazione*, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, cc. 67 ss.; per un riepilogo delle posizioni di dottrina e giurisprudenza sulla sopravvivenza dei doveri coniugali in fase di separazione, LAGOMARSINO, *Sopravvivenza dell'obbligo della mutua assistenza fra coniugi dopo i provvedimenti presidenziali*, in *Fam. e dir.*, 1994, pp. 629 ss.

di protezione del coniuge c.d. debole⁸⁵. Per tale motivo, a prescindere dall'applicazione dell'art. 160 c.c., gli interpreti non ritengono che sia possibile parlare di una completa disponibilità con riguardo ai diritti nascenti al momento della separazione e del divorzio⁸⁶. Si tratta di un principio ribadito recentemente dalla Corte di Cassazione, che, chiamata a risolvere una complessa questione in merito alla deliberazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio, ritiene che la salvaguardia della parte economicamente più debole⁸⁷ costituisca un principio di ordine pubblico.

Ciò produce inevitabili ricadute sull'ammissibilità dell'azione arbitrale.

Come ho osservato, lo svolgimento del rapporto coniugale è regolato dalla libera determinazione, libertà che domina sia la fase iniziale di formazione del vincolo che quella del suo scioglimento⁸⁸. La regola dell'accordo è espressione della parità dei coniugi, che nella fase patologica deve essere non solo formale ma anche sostanziale.

Come evidenzia una dottrina⁸⁹ questo aspetto ha trovato una lucida analisi da parte degli studiosi dell'economia del diritto, i quali hanno affermato che il reddito complessivo della famiglia deriva da due fattori, uno esterno e uno interno. Il primo identificato nell'attività produttiva esterna, destinata a procurare reddito di scambio, e il secondo coincidente con l'attività produttiva interna al nucleo familiare, finalizzata a produrre valore d'uso. Quest'ultimo, benché difficilmente quantificabile, ha una specifica e indiscutibile rilevan-

⁸⁵ Cass., 27 dicembre 2011, n. 28892, in *Defure*; Cass., 9 settembre 2002, n. 13060, ivi; Cass., 11 febbraio 1985, n. 1110, ivi; Cass., 12 febbraio 2003, n. 2076, in *Fam. dir.*, 2003, p. 344, che osserva che l'esigenza di protezione del coniuge debole è ascrivibile all'ordine pubblico di protezione; più recentemente Cass., 30 gennaio 2017, n. 2224, in *Defure*. Cass., 13 gennaio 2017, n. 788, ivi.

⁸⁶ Ampliamente, tra gli altri, OLIVIERO, *L'indisponibilità dei diritti: analisi di una categoria*, Torino, 2008, pp. 86 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, II, Napoli, 2006, p. 927.

⁸⁷ Cass., sez. un., 17 luglio 2014, n. 16379, in *Foro it.*, 2015, I, cc. 588 ss., con nota di CASABURI; in *Dir. fam. e pers.*, 2014, pp. 1368 ss., con nota di GIACOBBE.

⁸⁸ Parla di «regime consensuale permanente» FALZEA, *Famiglia e aspetti patrimoniali*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e dogmatica giuridica*, II, Milano, 1977, pp. 1 ss.

⁸⁹ ZOPPINI, *Contratto, autonomia contrattuale*, cit., pp. 1323 ss.

za, che assume un valore pregnante quando viene meno il vincolo coniugale, al fine di assicurare al coniuge, spesso la donna⁹⁰, che ha sacrificato o ridotto il proprio impegno lavorativo a vantaggio della famiglia, di non ricevere alcun nocumento⁹¹ dalla rottura del vincolo di coniugo.

Per tale ragione la letteratura⁹² attribuisce valore assistenziale sia all'assegno di mantenimento che a quello di divorzio⁹³. Nello specifico, per quanto concerne l'assegno di mantenimento, ampia parte della dottrina nonché la giurisprudenza dominante⁹⁴, pur ammettendo accordi determinativi del contenuto economico, negano la derogabilità del diritto al mantenimento⁹⁵. Questa esegesi è stata

⁹⁰ Sul punto anche per un'analisi comparativa del fenomeno AL MUREDEN, *Assegno divorzile, parametro del tenore di vita coniugale e principio di autoresponsabilità*, in *Fam. dir.*, 2015, pp. 543 ss.

⁹¹ AL MUREDEN, *La separazione personale dei coniugi*, cit., p. 462, che osserva come «l'assegno divorzile e l'assegno di mantenimento debbano essere visti come un vero e proprio architrave sul quale si deve reggere un sistema che miri a realizzare quella equa condivisione delle risorse della famiglia funzionale all'attuazione del principio della parità tra coniugi».

⁹² BARBIERA, *I diritti patrimoniali dei separati e dei divorziati*, Bologna, 2001, pp. 13 ss.

⁹³ T. AULETTA, *Sub art. 156. Effetti della separazione sui rapporti patrimoniali fra coniugi*, in GABRIELLI (a cura di), *Commentario al codice civile*, Torino, 2010, pp. 762 ss., spec. pp. 770 ss.

⁹⁴ Nel senso della nullità per illiceità della causa degli accordi in vista del divorzio, ivi compresi quelli aventi ad oggetto la corresponsione dell'assegno di mantenimento, Cass., 25 gennaio 2012, n. 1084, in *DeJure*; Cass., 11 novembre 2009, n. 23908, ivi; Cass., 9 ottobre 2003, n. 15064, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, p. 12; Cass., 9 maggio 2000, n. 5866, ivi, 2000, p. 964; Cass., 20 febbraio 1996, n. 1315, ivi, 1996, p. 222; Cass., 20 dicembre 1995, n. 13017, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 1694, e, per la giurisprudenza di merito, Trib. Piacenza, 6 febbraio 2003, in *Arch. civ.*, 2004, p. 494. In dottrina, quanto alla nullità dei patti di rinuncia preventiva all'assegno di separazione e divorzio, FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, Milano, I, 1984, pp. 646 ss.; COPPOLA, *Le rinunzie preventive all'assegno post-matrimoniale*, in *Fam. pers. e succ.*, 2005, pp. 54 ss.; GABRIELLI, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell'orientamento adottato dalla giurisprudenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, pp. 695 ss.; CUBEDDU, *I contributi e gli assegni di separazione e di divorzio*, in FERRANDO (diretto da), *Il nuovo diritto di famiglia*, Bologna, 2007, pp. 871 ss., spec. p. 885; BUGETTI, *Le rinunce ai diritti contenute nell'accordo di separazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, pp. 957 ss.

⁹⁵ Per una ricognizione degli orientamenti giurisprudenziali, CUBEDDU, *I contributi e gli assegni di separazione e di divorzio*, cit., p. 886; CECCHERINI, *I rapporti patrimoniali nella crisi della famiglia e nel fallimento*, Milano, 1996, 189. In senso

temperata⁹⁶ alla luce del riconoscimento dell'efficacia dell'accordo in deroga al mantenimento per il periodo in cui l'avente diritto non l'abbia fatto valere, nonché in virtù della validità della dichiarazione con cui il coniuge attesta l'adeguatezza delle proprie sostanze⁹⁷.

Per quanto riguarda, invece, l'assegno di divorzio, sebbene il dato normativo manifesti delle aperture all'autonomia negoziale, prevedendo, tra l'altro, la possibilità della sua corresponsione in un'unica soluzione, la giurisprudenza odierna è orientata a negare la sua disponibilità, valorizzando sempre il suo carattere assistenziale⁹⁸. A tale proposito si evidenzia che, nonostante l'art. 5, comma 8, l. n. 898 del 1970 preveda la corresponsione dell'assegno periodico mediante un'«unica soluzione», la menzionata possibilità è subordinata al vaglio equitativo del giudice⁹⁹.

Al contempo, altra parte della giurisprudenza, riconoscendo all'accordo stipulato in sede di separazione consensuale¹⁰⁰ e di divorzio congiunto valore negoziale, attribuisce natura contrattuale alle pattuizioni patrimoniali in esso contenute.

Tale assunto trova oggi conferma nella novella in materia di negoziazione assistita, che, come più volte ho ricordato, consente ai

contrario alla validità della rinuncia sia pure effettuata limitatamente alle rate scadute, Cass. 21 maggio 1984, n. 3115, in *Mass. Giust. civ.*, 1984, p. 1049.

⁹⁶ FERRANDO, *Diritto di famiglia*, Bologna, 2013, p. 224.

⁹⁷ In questo caso si ha una vera e propria rinuncia sostanziale del diritto, diversamente dal caso in cui vi sia una omissione di domanda. Sul punto, BARBALUCCA, GALLUCCI, *L'autonomia negoziale dei coniugi*, cit., pp. 28 ss.

⁹⁸ FERRANDO, *Il matrimonio*, cit., pp. 113 ss.; T. AULETTA, *Gli accordi sulla crisi coniugale*, in *Famiglia*, 2003, pp. 45 ss.; BONILINI, *L'assegno post-matrimoniale*, in BONILINI, TOMMASSEO (a cura di), *Lo scioglimento del matrimonio*, cit., pp. 585 ss.; AL MUREDEN, *Nuove prospettive di tutela del coniuge debole*, Milano, 2007, pp. 37 ss., a cui si rimanda per la completa disamina. In giurisprudenza, tra le tante: Cass., sez. un., 29 novembre 1990, n. 11490, in *Foro it.*, 1991, I, c. 67, con nota di QUADRI; Cass., 18 febbraio 2000, n. 1810, in *Corr. giur.*, 2000, pp. 1021 ss., con nota di BALESTRA.

⁹⁹ RIMINI, *Il nuovo divorzio*, cit., pp. 150 ss.; ID., *I patti in vista del divorzio spunti di riflessione e una proposta dopo l'introduzione della negoziazione assistita per la soluzione delle controversie familiari*, in *Dir. fam. e pers.*, 2015, pp. 210 ss.

¹⁰⁰ Peraltro la giurisprudenza (Cass., 20 ottobre 2005, n. 20290, in *Defure*; Cass., 11 giugno 1998, n. 5829, in *Mass. Giust. civ.*, 1998, p. 1292; Cass., 24 febbraio 1993, n. 2270, in *Defure*) ritiene ammissibili i patti modificativi posteriori all'accordo di separazione anche se non omologati quando hanno ad oggetto rapporti personali tra i coniugi.

coniugi di accordarsi anche sugli aspetti patrimoniali derivanti dalla crisi del vincolo matrimoniale. Si tratta di un accordo sottoposto al vaglio preventivo dell'avvocato e a quello successivo del pubblico ministero. Le menzionate cautele sono escluse nel caso di accordo stipulato innanzi al Sindaco, in relazione al quale si prevede solo l'impossibilità che esso contenga patti relativi a trasferimenti patrimoniali. Questa previsione ha trovato parziale attenuazione nella circolare del Ministero dell'Interno n. 6 del 2015, che ha ritenuto l'ammissibilità di clausole relative al pagamento di una somma di denaro a titolo periodico in favore della parte meno abbiente¹⁰¹.

L'insieme degli elementi sopra ricordati mi induce a ritenere che sia possibile devolvere al giudizio di arbitri le pattuizioni economiche derivanti dalla crisi matrimoniale¹⁰²; tuttavia l'ammissibilità dell'azione arbitrale è subordinata a specifici vincoli volti a garantire la protezione del coniuge debole¹⁰³.

Inoltre, credo che le preoccupazioni che siano alla base dei cc.dd. *prenuptial agreements* non possano valere con riguardo all'arbitrato, salvo riconoscere, come non penso, la possibilità di un'inarbitrabilità temporanea. Per di più, come osserva una parte della dottrina, ragionare in termini d'indisponibilità del diritto in

¹⁰¹ Sul punto NASCOSI, *I procedimenti consensuali stragiudiziali di separazione*, cit., pp. 186-187. F. DANOVI, *Vie alternative per la risoluzione delle controversie di famiglia*, cit., p. 1041. Da ultimo il Consiglio di Stato (Cons. Stato, 26 ottobre 2016, n. 4478, in *DeJure*) ha ristabilito la possibilità, annullata dal Tar del Lazio, del riconoscimento di un assegno di mantenimento o di divorzio dall'uno all'altro coniuge anche nei procedimenti innanzi al Sindaco.

¹⁰² Per quanto riguarda l'assegno di mantenimento, già la Cassazione, oramai non più recente, si era espressa in questo senso con riguardo al *quantum*, Cass., 12 agosto 1954, n. 2942, in *Foro it.*, 1955, I, c. 1526; la sentenza aveva riformato App. Brescia, 25 giugno 1952, in *Foro pad.*, 1953, I, c. 1537, con nota contraria di VECCHIONE. Sul punto si rimanda anche MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, III, Milano, 1923, pp. 63 ss.; CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1933, p. 74; CODOVILLA, *Del compromesso e del giudizio arbitrale*, Torino, 1951, p. 202; REDENTI, voce *Compromesso*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1959, p. 798; SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, 1988, pp. 80 ss.

¹⁰³ Come è riconosciuto nell'ordinamento tedesco (cfr. *infra*) e in quello americano. In relazione a quest'ultimo vi sono diverse pronunce, tra cui: il caso *Carter v. Carter*, 293, SE 2nd, 793 (N.C. 1982), ove la Corte Suprema del Massachusetts si è pronunciata a favore dell'arbitrabilità dell'assegno di mantenimento; il caso *Crutchey v. Crutchley*, 293, SE 2nd, 793 (N.C. 1982).

astratto e disponibilità del diritto in concreto non consente di garantire organicità del sistema e rischia anche di svuotare di consistenza lo stesso divieto¹⁰⁴.

Si tratta di un'osservazione che ha trovato applicazione con riguardo al credito alimentare.

Benché non sia possibile individuare una totale coincidenza tra il diritto al mantenimento e quello agli alimenti¹⁰⁵, poiché il primo è basato sulla solidarietà familiare, il secondo è imperniato sullo stato di bisogno, le conclusioni sancite dalla dottrina per quest'ultimo appaiono proficue anche in questa sede. Si è soliti affermare che gli alimenti arretrati, come quelli ricevuti tramite un contratto a titolo oneroso, sono disponibili in forza della loro natura risarcitoria. All'opposta conclusione si perviene, invece, con riguardo a quelli futuri, derivanti dalla legge¹⁰⁶.

¹⁰⁴ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrato e famiglia: una via possibile?*, in *La disponibilità della tutela giurisdizionale (cinquant'anni dopo)*, Suppl. riv. trim. dir. e proc. civ., 2011, p. 147, ma ancora più precisamente si richiamano le parole di G.B. FERRI, *Degli alimenti*, in CIAN, OPPO, TRABUCCHI (a cura di), *Commentario al diritto italiano della famiglia*, IV, Padova, 1992, p. 670, il quale osserva «infatti se per indisponibilità del diritto agli alimenti s'intende l'intransigibilità, l'incompromettibilità, l'irrinunciabilità della posizione che, a determinati soggetti, deriva direttamente dalla legge, non c'è dubbio che tale indisponibilità effettivamente rappresenta una tipica caratteristica del diritto agli alimenti, anche perché non si può rinunciare ad una posizione meramente astratta, quando un diritto in concreto non è ancora sorto. Se, invece, per l'indisponibilità s'intende la impossibilità di sostituire, alla determinazione del giudice, una determinazione delle parti in via transattiva o degli arbitri o, peggio ancora, l'indisponibilità delle singole prestazioni in cui si articoli un credito alimentare accertato e sorto (per accordo o sentenza) in capo ad un soggetto, l'esistenza di tale carattere del diritto agli alimenti non può essere affermata in modo così perentorio, come fa la dottrina, quasi unanime». Un discorso simile si ritrova anche con riferimento ai diritti dei lavoratori, anche essi rientranti a pieno titolo nell'ordine pubblico di protezione (si cfr. a titolo esemplificativo, DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli, 1976, pp. 271 ss.).

¹⁰⁵ VINCENZI AMATO, *Gli alimenti. Struttura giuridica e funzione sociale* Milano, 1973, pp. 95 ss.; ANGELONI, *Autonomia privata*, cit., p. 322.

¹⁰⁶ Non ritengo neppure che si possa parlare di diritto imprescrittibile, a differenza di quanto sostenuto da altri autori (DOGLIOTTI, *Doveri familiari e obbligazione alimentare*, in *Trattato diritto civile commerciale*, cit., IV, 4, Milano, 1994, pp. 146, 147; G.B. FERRI, *Degli alimenti*, cit., p. 672, seppure distingue tra imprescrittibilità del diritto astratto agli alimenti e la prescrittibilità delle singole annualità.) Se da una parte non mi pare che vi sia alcuna norma specifica che attribuisca questo requisito, dall'altra vi sono numerose disposizioni che stabiliscono periodi di

Già Mortara¹⁰⁷ notava come la menzionata distinzione fosse priva di rilevanza giuridica, poiché «anche il credito da alimento arretrato è un bene futuro, suscettibile di influire sullo stato di bisogno attuale».

Ne segue che non è possibile scindere le conseguenze patrimoniali derivanti dalla lesione del diritto dallo stesso, senza esautorarne la sua funzione assistenziale.

Anche qualora non si concordasse con questa ricostruzione, l'ammissibilità del ricorso alla giustizia privata trova comunque conferma nell'odierna disciplina dell'accordo concluso in sede di negoziazione assistita. Esso, come è stato osservato¹⁰⁸, non è altro che un patto mediante il quale le parti si impegnano, al momento della crisi del loro matrimonio, a negoziare le condizioni del proprio divorzio.

La menzionata disciplina non esclude il ricorso all'autonomia privata, ma la subordina all'esistenza effettiva della crisi e la colora di particolari cautele, come il controllo formale del pubblico ministero.

Si tratta di una tecnica legislativa conosciuta anche in ambito arbitrale: in materia di lavoro, ove, nonostante la presenza di analoghe problematiche, la compromettibilità è ammessa in forza dell'art. 806 c.p.c., sono previsti specifici accorgimenti nello svolgimento del processo arbitrale. Inoltre, non si può dimenticare che il rispetto delle norme imperative e dell'ordine pubblico, fine perseguito mediante i controlli previsti in sede di negoziazione assistita, trova presidio anche nell'attività di giudizio degli arbitri, tanto che un lodo, che escludesse il diritto al sostentamento economico per il coniuge debole, sarebbe impugnabile.

La tendenza a valorizzare l'autonomia dei coniugi viene perseguita anche nello spazio giuridico europeo, ove l'art. 5 del Regolamento (Ue) del 20 dicembre 2010, n. 1259 attribuisce ai coniugi la libertà, nel rispetto di precise prescrizioni, di stipulare patti relativi alla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale.

prescrizioni ancora più brevi rispetto a quella ordinaria per il diritto *de quo*. Infatti, l'art. 2948 c.c. prevede che siano prescrivibili in cinque anni le annualità delle pensioni alimentari, mentre gli artt. 2955 e 2956 c.c. introducono prescrizioni ancora più snelle con riferimento alla retribuzione del lavoratore.

¹⁰⁷ MORTARA, *Commentario*, cit., p. 63.

¹⁰⁸ RIMINI, *I patti in vista del divorzio spunti di riflessione*, cit., p. 215.

Per riassumere: alla luce dell'interpretazione accolta, non vi sono dubbi sull'ammissibilità dell'azione arbitrale con riguardo all'assegno di mantenimento, di divorzio e alimentare¹⁰⁹. Tuttavia, l'esigenza di protezione del coniuge debole, di cui si fanno portavoce le norme di diritto sostanziale, si ripercuote nell'ambito di operatività dell'azione arbitrale, tanto che si deve discorrere di "azione arbitrale vincolata".

Una volta ammessa la compromettibilità delle controversie *de quibus* non devono sorgere dubbi a favore del ricorso alla giustizia privata con riguardo alle questioni inerenti all'assegnazione della casa familiare. Al contempo, anche per le ragioni che verranno enunciate più diffusamente nel proseguo, ritengo che possano essere devolute al giudizio di arbitri le eventuali liti relative al diritto del coniuge divorziato di percepire, ai sensi dell'art. 12-*bis* l. n. 898 del 1970, una percentuale dell'indennità di fine rapporto corrisposta all'altro coniuge all'atto di cessazione del rapporto di lavoro, nonché le controversie conseguenti all'eventuale scioglimento della comunione legale e alla conseguente divisione del patrimonio, come ogni condizione patrimoniale accessoria o connessa, per esempio, eventuali *trust* (nel rispetto dei limiti soggettivi della relativa clausola compromissoria)¹¹⁰ o questioni inerenti alla responsabilità civile da illecito coniugale¹¹¹.

Diversamente, non credo che possa essere deferito al giudizio di arbitri il procedimento per il riconoscimento della quota di pensione di reversibilità previsto dall'art. 9, l. n. 898 del 1970, poiché in

¹⁰⁹ In Francia lo considera ordine pubblico di protezione: LOQUIN, *Arbitrage-Conventions d'arbitrage-Conditions du fond-Litige arbitral*, in *JurisClasseur procédure civile*, n. 1024, Parigi, 2016, n. 92.

¹¹⁰ NOTARPASQUALE, *Trust e arbitrato: una convivenza possibile?*, in *Riv. arb.*, 2009, p. 641; BERNINI, *L'arbitrato nella composizione delle trust disputes: un valore aggiunto*, in *Notariato*, 2009, p. 520; BROWNBILL, *Arbitration and Mediation of trust disputes: theory, risk and practice*, in *Trust e attività fiduciarie*, 2006, p. 333; VIGORITI, *Trustee e beneficiari: l'arbitrato difficile*, ivi, 2002, pp. 505 ss.

¹¹¹ Senza nessuna pretesa di esaustività si rimanda, PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984; DOGLIOTTI, *La responsabilità civile entra nel diritto di famiglia*, in *Dir. fam.*, 2002, p. 61; FRACCON, *Relazioni familiari e responsabilità civile*, Milano, 2003; CALCIANO, *Gli illeciti endopatrimoniali fra i soggetti della famiglia*, in OBERTO (a cura di), *Famiglia e patrimonio*, Padova, 2014, pp. 1003 ss.

questo caso manca, non tanto l'esistenza di un diritto disponibile, ma quanto una vera e propria controversia tra parti contrapposte.

3.3. *Segue: il ruolo del pubblico ministero*

L'esegesi offerta trova conferma anche negli innovati compiti attribuiti al pubblico ministero.

Per quanto riguarda la sua posizione, come è noto, l'art. 70, comma 2°, c.p.c., prescrive l'obbligatorietà dell'intervento del pubblico ministero in tutte «le cause matrimoniali, comprese quelle di separazione personale dei coniugi»¹¹², mentre l'art. 709, comma 1°, c.p.c. dispone che l'ordinanza con la quale il presidente del tribunale fissa l'udienza di comparizione delle parti davanti al giudice istruttore sia comunicata, dalla cancelleria, al pubblico ministero. Questa previsione si ritiene estensibile anche al giudizio di divorzio, benché manchi una norma di uguale tenore¹¹³. Il suo mancato rispetto determina la nullità insanabile del procedimento, salva la conversione in motivi di impugnazione *ex art.* 161 c.p.c., trattandosi di un vizio relativo alla costituzione del giudice¹¹⁴. Per quanto concerne, invece, i poteri esercitabili all'interno del giudizio, l'art. 72, comma 2° c.p.c. prevede che il pubblico possa «produrre documenti, dedurre prove, prendere conclusioni nei limiti delle domande proposte dalle parti» e il comma 3° gli attribuisce il potere di impugnare le sentenze (salvo quelle di separazione personale dei coniugi). Quest'ultima facoltà viene, però, circoscritta solo in relazione ai capi riguardanti gli interessi patrimoniali dei figli minori o legalmente incapaci¹¹⁵.

La disciplina *de qua* è derogata qualora la crisi coniugale venga composta attraverso i mezzi negoziali previsti dal d.l. n. 132 del

¹¹² Con esclusione della fase presidenziale, come osserva ADAMI, *Sull'intervento del pubblico ministero nella fase presidenziale del procedimento di separazione dei coniugi*, in *Fam. dir.*, 1994, pp. 358 ss.; CARNEVALE, *La separazione giudiziale, il divorzio contenzioso e lo scioglimento delle unioni civili*, cit., p. 45; *contra*, F. DANOVI, *Il processo di separazione e di divorzio*, cit., p. 188.

¹¹³ CARNEVALE, *La separazione giudiziale*, cit., p. 45

¹¹⁴ Ivi, p. 46, che richiama Cass., 30 gennaio 1991, n. 910.

¹¹⁵ CARNEVALE, *La separazione giudiziale*, cit., p. 46.

2014. Infatti, mentre in caso di negoziazione assistita, al pubblico ministero¹¹⁶ è demandato un mero controllo formale della regolarità dell'accordo stipulato dai coniugi (salvo che vi siano figli minori, incapaci o maggiorenni non autosufficienti, su cui si dirà nel proseguo)¹¹⁷, nell'ipotesi dell'accordo innanzi all'ufficiale di stato civile, invece, la sua presenza non viene neppure contemplata. La verifica della consapevolezza della scelta dei coniugi in merito allo scioglimento del vincolo è demandata solo all'attività del Sindaco¹¹⁸.

Credo che tali previsioni non facciano che recepire, sebbene non integralmente, le voci interpretative che, già da tempo, evidenziavano la marginalità del ruolo del pubblico ministero¹¹⁹, che, secondo alcuni, deve essere escluso, oltre che nei giudizi di separazione consensuale, anche in quelli di divorzio congiunto¹²⁰ e, più in generale in relazione ai rapporti personali e patrimoniali tra coniugi¹²¹.

Nonostante la scelta del legislatore di prevedere controlli diversi a seconda dello strumento negoziale scelto dai coniugi per conseguire il componimento della loro crisi sia irrazionale, essa è, però, in sintonia con il *leitmotiv* della ricostruzione storica compiuta del vincolo matrimoniale. Voglio dire che il legislatore ha riconosciuto l'autonomia dei coniugi ad addivenire allo scioglimento del vincolo, ritenendo sufficiente, come avviene al momento della sua instaurazione, che venga recepita formalmente la loro volontà. Diversamente, qualora i coniugi, oltre a sciogliere il vincolo di coniugio, siano interessati a incidere in modo più pregnante sulla loro sfera privata,

¹¹⁶ Sul ruolo del pubblico ministero, F. DANOVI, *Il P.M. nella procedura di negoziazione assistita. I rapporti con il presidente del tribunale*, in *Fam. dir.*, 2017, pp. 72 ss.

¹¹⁷ Sul concetto di nullaosta BALLERINI, *Gli accordi preventivi sugli effetti patrimoniali del divorzio dopo d.l. n. 132 del 2014*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, pp. 15 ss.

¹¹⁸ Cfr., invece, F. DANOVI, *Il d.l. n. 132/2014: le novità in materia di separazione e divorzio*, p. 953.

¹¹⁹ Come ricorda F. DANOVI, *Il processo di separazione e di divorzio*, cit., p. 188.

¹²⁰ In verità con riguardo al giudizio di divorzio su domanda congiunta il legislatore non prescrive, a differenza di quanto accada in quello contenzioso, l'intervento del pubblico ministero, Cass., 24 febbraio 1997, n. 1664, in *DeJure*. Sul punto NASCOSI, *Il giudizio di separazione consensuale, lo scioglimento consensuale delle unioni civili, il divorzio su domanda congiunta*, cit., pp. 163 ss.

¹²¹ F. DANOVI, *Il processo di separazione e di divorzio*, cit., p. 186.

l'autonomia, benché non sia esclusa, è vincolata a controlli formali. Ne segue che, ai fini della presente indagine, il pubblico ministero non può costituire un ostacolo all'arbitrabilità del diritto, una volta che è stata dimostrata la disponibilità di quest'ultimo. In tal caso opereranno i sistemi di raccordo già delineati nella parte generale del presente scritto¹²².

Un'ultima annotazione.

Nella disciplina della negoziazione assistita il controllo del pubblico ministero cade sull'accordo raggiunto dai coniugi, mentre è demandato all'avvocato¹²³ il compito accertativo della loro volontà, imponendogli di trasmettere all'ufficiale di stato civile del comune in cui il matrimonio fu iscritto o trascritto copia autenticata dell'accordo concluso, munito delle certificazioni relative all'autografia delle firme e alla conformità della pattuizione all'ordine pubblico.

Ritengo che questa previsione, alla luce della natura del processo arbitrale, non necessiti di un'applicazione automatica. Se si indaga la *ratio* sottesa al controllo successivo del pubblico ministero è possibile dedurre che esso risponde all'esigenza di evitare che, tramite private pattuizioni, venga aggirata l'applicazione di norme inderogabili caratterizzanti la disciplina dello scioglimento del vincolo matrimoniale¹²⁴. Tale preoccupazione in arbitrato non sussiste¹²⁵, poiché

¹²² Mi riferisco alla compatibilità con il giudizio arbitrale della comunicazione degli atti al pubblico ministero.

¹²³ L'importanza del compito attribuito ai legali è posta in luce da LUPOI, *Separazione e divorzio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, pp. 288 ss., in part. p. 289.

¹²⁴ GRAZIOSI, *Osservazioni perplesse sulle ultime (?) stravaganti riforme processuali in materia di famiglia*, cit., p. 1116, secondo cui il vaglio del pubblico ministero in caso di accordi coniugali in assenza dei figli risponde solo allo scopo «di non privare il matrimonio di una sua apparente coloritura pubblicistica. Tale maldestro tentativo [...] non mi pare però colga nel segno, perché il vaglio del pubblico ministero sulla mera regolarità dell'accordo non è certo in grado di sottrarre al consenso dei coniugi la sua valenza di unica e reale fattispecie estintiva del matrimonio».

¹²⁵ Come osserva F. DANOVÌ, *L'arbitrato di famiglia in Italia, tra antitesi e possibili consonanze*, cit., p. 62, che, però, giunge a una soluzione diversa, affermando che (p. 64) «[...] il profilo relativo allo *status* rimane ancora oggi insuscettibile di essere ricompreso nella convenzione arbitrale e nel successivo emanando lodo, poiché la legge non ha *expressis verbis* previsto l'arbitrabilità del mutamento di stato personale, mentre in tal caso occorrerebbe una disposizione *ad hoc*, esattamente come è avvenuto per la negoziazione assistita e il procedimento diretto avanti al

l'impugnativa del lodo costituisce lo strumento, insieme all'attività già espletata dai giudici privati, che assicura quell'esigenza di tutela insita nel nullaosta del pubblico ministero.

Ciò significa che in arbitrato il valore certificativo del pubblico ministero può assumere rilevanza in un momento antecedente, e cioè in sede di stipula del patto compromissorio. In quella sede l'esigenza di protezione che connota la disciplina sostanziale dei diritti impone che venga garantita la libertà di scelta del coniuge debole e che, dunque, sia vagliata la sua decisione di accedere al giudizio privato.

Se la disamina illustrata consente di ritenere che la presenza del pubblico ministero non incida sulla conformazione del diritto, a diverse conclusioni si deve pervenire nel caso in cui, con lo scioglimento del vincolo matrimoniale, vengano in gioco gli interessi dei figli minori, incapaci¹²⁶ o non autosufficienti, come di seguito si illustrerà.

4. *Le controversie relative ai figli: l'impossibilità dell'operare dell'azione arbitrale*

Le vere vittime dello scioglimento del vincolo tra i genitori sono i figli, i quali, non di rado, nello scontro che si instaura in sede di separazione e di divorzio, fungono da arma di attacco se non di vero ricatto dei coniugi per la realizzazione di interessi che trascendono quelli che l'ordinamento tutela. È, allora, naturale che, in un momento, quale è appunto quello della crisi coniugale, ove le ostilità tra i genitori rischiano di ripercuotersi negativamente sulla personalità

Sindaco». Benché l'interpretazione sia degna di pregio, ritengo che detta affermazione sia inficiata da un vizio logico. Ritenere che sia necessario che la legge espressamente legiferi sul punto, vuole dire svincolare il giudizio sulla compromettibilità a quello del diritto che entra in gioco, che, alla luce dell'evoluzione storica tratteggiata, è divenuto pienamente disponibile. Inoltre, l'esegesi proposta dall'illustre a., a mio avviso, disarticola l'unità del concetto di *status* che assume connotati diversi a seconda di mere scelte legislative.

¹²⁶ Sul suo ruolo CARNEVALE, *La separazione giudiziale, il divorzio contenzioso e lo scioglimento delle unioni civili*, in *Diritto processuale della famiglia*, cit., pp. 46 ss.

dei figli, la preoccupazione di ogni legislatore sia quella di apprestare una disciplina che limiti il più possibile tali effetti¹²⁷.

Nonostante ciò, vi è la tendenza a privilegiare gli accordi tra i coniugi¹²⁸, sul presupposto che, in virtù del principio sancito dall'art. 316 c.c., la potestà debba essere esercitata di comune accordo dai genitori; regola, che trova oggi conferma nel d.lgs. n. 154 del 2013 che ha definitivamente unificato la nozione di «figlio» (art. 337-bis c.c.).

La legittimità di tali pattuizioni è subordinata al perseguimento dell'interesse della prole¹²⁹, tanto che sia in sede di separazione che in quella di divorzio – e oggi anche nei procedimenti relativi ai figli nati fuori del matrimonio – sono nulli quei patti che comportino l'esonero totale o parziale di uno o di entrambi i genitori dal loro impegno di assistere i figli materialmente e moralmente¹³⁰.

Questa esigenza si traduce nella predisposizione di pregnanti controlli da parte del giudice e nell'attribuzione di ruolo attivo del pubblico ministero, considerato quale litisconsorte necessario¹³¹ nel giudizio di divorzio con figli minori e incapaci.

È opportuno altresì ricordare che con riguardo alla disciplina personale ed economica dei figli, i coniugi, in realtà, non propongono delle vere e proprie domande; pertanto la funzione espletata dal

¹²⁷ La tutela del fanciullo costituisce fine primario riconosciuto anche dal legislatore europeo, come ricorda, ad esempio, la Carta firmata a Nizza il 7 dicembre 2000 e successivamente trasfusa, in forza del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, nel testo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea entrato in vigore anche in Italia, con la ratifica di cui alla legge n. 130 del 2008, il 1° dicembre 2009 come previsto dal citato trattato di Lisbona. Per una esaustiva disamina del ruolo del minore nella disciplina europea si rimanda a QUERZOLA, *Il processo minorenne in dimensione europea*, Bologna, 2010, *passim*.

¹²⁸ TRABUCCHI, *Un nuovo divorzio. Il contenuto e il senso della riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, p. 137; OBERTO, *Gli accordi concernenti la prole nella crisi coniugale*, in *Fam. e dir.* 1999, pp. 271 ss.; PICARDI, *Mantenimento della prole ed autonomia negoziale dei genitori*, in *Dir. fam. e pers.*, 2009, pp. 765 ss.

¹²⁹ AMBROSINI, *Dalla «potestà» alla «responsabilità»: la rinnovata valenza dell'impegno coniugale*, in *Dir. fam. e pers.*, 2015, pp. 687 ss.

¹³⁰ BIANCA, *L'affidamento dei figli*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, VI, 1, cit., p. 373.

¹³¹ CIPRIANI, *Il processo di divorzio*, in RESCIGNO (a cura di), *Commentario sul divorzio*, Milano, 1980, p. 519; A. FINOCCHIARO, M. FINOCCHIARIO, *Il divorzio*, in *Diritto di famiglia*, III, Milano, 1988, p. 376.

giudice con riguardo a questi diritti diverge con il fine perseguito dall'arbitrato, poiché non si chiede al tribunale di accertare le posizioni giuridiche soggettive dei figli, ma di provvedere nell'interesse della prole, tanto che il giudice decide senza essere vincolato alla richiesta dei coniugi¹³².

In questo panorama si inserisce la recente possibilità di accedere alla negoziazione assistita anche per disciplinare i rapporti economici e personali della prole¹³³. In questo caso, a differenza di quanto è stabilito con riguardo ai diritti personali e patrimoniali dei coniugi, è previsto un controllo sostanziale da parte del pubblico ministero: esso deve verificare che l'accordo risponda agli interessi dei figli. In altri termini, come è stato osservato¹³⁴, sono state demandate al pubblico ministero le valutazioni che sono generalmente attribuite al tribunale¹³⁵.

Solo se tale requisito è adempiuto, l'accordo può essere "autorizzato"; in difetto il pubblico ministero lo deve trasmettere al Presidente del tribunale, che fissa la comparizione della parte nei successivi trenta giorni e «provvede senza indugio».

I penetranti controlli, previsti dalla disciplina della negoziazione assistita, dimostrano che non si è alla presenza di diritti disponibili. Tale lettura trova conferma nel fatto che il legislatore escluda, ai sensi dell'art. 12, comma 2°, d.l. n. 132 del 2014, la possibilità di accedere all'accordo di separazione o divorzio innanzi al Sindaco nel caso in cui vi siano figli minori, figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ovvero economicamente non autosufficienti.

¹³² SESTA, *Le nuove norme sull'affidamento condiviso: a) profili sostanziali*, in *Fam. dir.*, 2006, p. 382.

¹³³ CASTELLANI, *Il ruolo del pubblico ministero e del presidente del tribunale nella negoziazione assistita da avvocati*, in *Minorigiustizia*, 2015, pp. 22 ss.; TOMMASEO, *La tutela dell'interesse del minore dalla riforma della filiazione alla negoziazione assistita delle crisi coniugali*, cit., p. 161, che evidenzia la non opportunità della scelta di affidare al mondo negoziale la disciplina personale ed economica dei figli, precisando l'esistenza anche di un vero e proprio profilo di incostituzionalità per non avere introdotto meccanismi volti alla tutela del minore. Su tale aspetto si rimanda QUERZOLA, *L'ascolto del minore*, in LUPOI (cura di) *Trattato della separazione e del divorzio*, cit., pp. 268 ss.

¹³⁴ LUISO, *Le disposizioni in materia di separazione e di divorzio*, cit., p. 39.

¹³⁵ TOMMASEO, *Separazione per negoziazione assistita e poteri giudiziali a tutela dei figli: primi orientamenti giurisprudenziali*, in *Fam. e dir.*, 2015, pp. 392 ss.

A tale indisponibilità sostanziale corrisponde un'assoluta inarbitrabilità: l'ordine pubblico che è alla base è talmente forte da escludere l'operabilità dell'azione arbitrale¹³⁶.

Se tali osservazioni valgono sia nel caso di figli minori o maggiorenni incapaci o portatori di handicap, discorso a parte deve essere compiuto con riguardo ai diritti dei figli maggiorenni non autosufficienti¹³⁷. In questo ultimo caso entrano in gioco posizioni soggettive appartenenti solo ai figli maggiorenni¹³⁸, che possono essere fatte

¹³⁶ In senso difforme ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, cit., p. 102; ID., *Arbitrato e famiglia nelle esperienze d'oltre confine*, cit., p. 488, evidenzia che i fautori dell'arbitrato ragionano nel modo seguente «[...] se le parti possono accordarsi anche per la custodia dei figli, nella separazione consensuale, perché non possono a maggior ragione affidare questo compito agli arbitri, salvo ovviamente il controllo dei Tribunali statuali? E perché differenziare fra figli e coniugi, spesso in posizione anch'egli di inferiorità morale o materiale rispetto all'altro coniuge?». Su tale aspetto si rimanda a ZUREK, *Current public law and policy issue*, in *Journal of the Academy Matrimonial Law*, 2010, pp. 403 ss. Interessante a questo proposito è l'arbitrato amministrato dall'*Institute of Family Law Arbitrators*, che consente la devoluzione ad arbitri delle controversie relative alla prole, in particolare quelle riguardanti «a. *Where and with whom children shall live*. b. *The time spent with each parents*. c. *Arrangements concerning the children's upbringing*. d. *Relocation of children within England and Wales*». Al contempo esclude che possa operare l'arbitrato con riguardo «a. *The liberty of individuals*. b. *The status either of individuals or of their relationship*. c. *Bankruptcy or insolvency*. d. *Any person or organization at a party to the arbitration, unless that person or organisation agrees in writing*. e. *The international relocation of children*. f. *Child protection proceedings*».

¹³⁷ Tale distinzione sembrerebbe trovare conferma nel previgente art. 155-*quinquies* c.c. (oggi art. 337-*septies* c.c.), che distingue i figli maggiorenni non autosufficienti da quelli portatori di *handicap* grave, che vengono parificati ai figli minori. Tuttavia, come si avrà modo di illustrare nel proseguo, la disciplina non è affatto uniforme, poiché secondo alcuni, valorizzando in modo diverso il dettato dell'art. 337-*septies* c.c., sussiste una legittimazione esclusiva del figlio, con contestuale perdita di ogni forma di legittimazione in capo al genitore convivente. Diversamente, in virtù di una diversa esegesi che valorizza la natura di conflitti «endocongiugali» dei giudizi in esame, si sostiene che sussista un'esclusiva legittimazione ad agire in capo ai coniugi. Per una compiuta analisi di questi orientamenti si rimanda a F. DANOVÌ, *Il processo di separazione e divorzio*, cit., pp. 163 ss.

¹³⁸ ARCERI, *L'affidamento condiviso*, *Nuovi diritti e nuove responsabilità dei genitori in crisi*, Milano, 2007, p. 174; GRAZIOSI, *Il versamento diretto dell'assegno di mantenimento ai figli maggiorenni economicamente non autosufficienti. Note processuali*, in *Fam. e dir.*, 2008, pp. 586-587, che reputa, in verità, il figlio stesso unico titolare del diritto. La giurisprudenza riconosce un vero e proprio diritto di intervento del figlio maggiorenne non autosufficiente: Cass., 19 marzo 2012, n.

valere da questi ultimi anche tramite un giudizio autonomo, distinto da quello di separazione e divorzio. Qualora tali diritti non vengano tutelati dai figli non autosufficienti, il coniuge è titolare nei confronti dell'altro solo di una legittimazione sostitutiva¹³⁹. Inoltre, si tratta di diritti pienamente rinunciabili e transigibili¹⁴⁰. Sarebbe, quindi, corretto concludere per la loro piena compromettibilità¹⁴¹.

Tale conclusione si scontra con la disciplina positiva della separazione e del divorzio, ove il legislatore, non ponendo alcuna distinzione fra figli minorenni e maggiorenni non autosufficienti, estende ai secondi le tutele previste per i primi¹⁴², imponendo, nei relativi giudizi, anche la partecipazione necessaria del pubblico ministero. Ad esso, tuttavia, non è attribuito il potere di impugnare la sentenza, facoltà riconosciuta dall'art. 5, comma 5°, l. n. 898 del 1979, qualora siano in gioco gli interessi patrimoniali dei figli minori o legalmente incapaci.

4296, in *Corr. giur.*, 2012, p. 772, con nota di DANOVI, in *Fam. e dir.*, 2013, con nota di CARNEVALE; Trib. Alessandria, 1 febbraio 2010, in *DeJure*; Trib. Macerata, 22 ottobre 2009, *ivi*; Trib. Napoli, 23 luglio 2009, *ivi*; Trib. Venezia, 18 aprile 2007, *ivi*; Trib. Messina, 5 maggio 2006, *ivi*.

¹³⁹ Peralto oggi confermata dalla disciplina dell'art. 337-septies c.c.

¹⁴⁰ Cass., 12 ottobre 2007, n. 21437, in *DeJure*; Cass., 10 gennaio 2014, n. 359, *ivi*; LUISO, *Le disposizioni in materia di separazione e di divorzio*, p. 35. Per la ricostruzione storica del problema della legittimazione si rimanda a F. DANOVI, *Separazione e divorzio: anche i figli maggiorenni hanno legittimazione a intervenire nel processo*, in *Corr. giur.*, 2012, p. 775; ROSSI, *Gli aspetti patrimoniali della separazione e del divorzio riguardo alla prole*, in *Famiglia e patrimonio*, cit., pp. 859 ss. e in particolare p. 865; LOMBARDINI, *Assegno di mantenimento al figlio maggiorenne non economicamente autosufficiente: profili processuali*, in *Fam. e dir.*, 2010, pp. 1031 ss.; F. DANOVI, *L'affidamento condiviso: le tutele processuali*, in *Dir. fam. e pers.*, 2007, p. 1912; CIPRIANI, *La nuova disciplina dei provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole*, in *Il giusto proc. civ.*, 2008, pp. 192 ss.

¹⁴¹ Semmai si pone un limite di estensione soggettiva della convenzione arbitrale, che può essere superato alla luce dell'art. 816-quinquies c.p.c., benché nei limiti normativi indicati. Considera ammissibile l'intervento adesivo dipendente, Cass., 19 marzo 2012, n. 4296, cit. e CEA, *L'affidamento condiviso. II. I profili processuali*, in *Foro it.*, 2006, V, c. 98. Tuttavia la dottrina è concorde a non ritenere il figlio maggiorenne non autosufficiente un litisconsorte necessario. A titolo esemplificativo si rimanda a LUPOI, *Aspetti processuali sulla normativa sull'affidamento condiviso*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2006, pp. 1071 ss.; TOMMASEO, *Le nuove norme sull'affidamento condiviso: b) profili processuali*, in *Fam. e dir.*, 2006, p. 398.

¹⁴² Cfr. note precedenti.

Salvo detta disposizione, tutte le altre parificano la loro condizione con quella delle altre categorie: si deve, dunque, concludere per l'inarbitrabilità dei relativi diritti, derivante, però, non dalla natura del diritto, ma da un implicito divieto di legge.

5. *La realizzazione del processo arbitrale nelle pronunce di separazione e divorzio*

La disamina svolta ha posto in luce come lo strumento arbitrale sia ammissibile per risolvere tutte controversie relative alle coppie senza figli, ad esclusione solo dell'eventuale pronuncia d'addebito. Tuttavia, essendo quest'ultima una domanda autonoma¹⁴³, scindibile da quella di separazione, come ritiene l'interpretazione maggioritaria¹⁴⁴, l'azione arbitrale non è di per sé esclusa: gli arbitri possono pronunciarsi *incidenter tantum*, come stabilisce l'art. 817 c.p.c.

Le modalità semplificate che connotano la disciplina della negoziazione assistita e dell'accordo stipulato innanzi al Sindaco fanno presumere che le parti difficilmente sceglieranno la via arbitrale per la soluzione "consensuale" della crisi coniugale.

¹⁴³ Sul punto, NASCOSI, *Separazione giudiziale e dichiarazione di addebito: la Cassazione cambia opinione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2002, pp. 1384 ss.; F. DANOVÌ, *Separazione ed addebito tra inscindibilità e autonomia*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, pp. 805 ss.; ID., *Il processo di separazione e divorzio*, cit., pp. 294-295 e pp. 526 ss.

¹⁴⁴ Come ha statuito, Cass., sez. un., 3 dicembre 2001, n. 15248, in *Corr. giur.*, 2002, pp. 25 ss., con nota CARBONE; in *Foro it.*, 2002, I, cc. 384 ss.; in *Giur. it.*, 2002, I, pp. 696 ss.; Cass., ord., 29 maggio 2014, n. 12097, in *DeJure*; Cass., 30 marzo 2012, n. 5173, ivi; Cass., 10 giugno 2005, n. 122284, ivi; già prima in questo senso si era espressa la giurisprudenza di merito, Trib. Milano, 16 dicembre 1992, in *Giust. civ.*, 1993, I, pp. 1327 ss.; App. Milano, 13 maggio 1994, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, pp. 736 ss.; Trib. Vercelli, 27 maggio 1992, in *Dir. fam.*, 1992, pp. 1176 ss.; Trib. Roma, 24 gennaio 1996, in *Dir. giur.*, 1998, p. 170; Trib. Bologna, 14 settembre 1998, in *Foro it.*, 1998, I, cc. 2307 ss., con nota di CIPRIANI; in senso contrario, *ex multis*, SANTOSUOSSO, *Il matrimonio*, Torino, 1989, pp. 322 ss.; DOGLIOTTI, *Separazione e divorzi: il dato normativo, i problemi applicativi*, Torino, 1995, pp. 38 ss.; LENTI, *Separazione coniugale e mutamento del titolo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1982, p. 390; in giurisprudenza, Cass., 7 dicembre 1994, n. 10512, in *Fam. e dir.*, 1995, pp. 10 ss.; Cass., 10 aprile 1998, n. 3718, in *DeJure*.

Diversamente dal giudizio ordinario, in arbitrato non vi è ragione di distinguere, almeno al momento della proposizione della domanda, tra i due generi di separazione e di scioglimento civile del matrimonio: le parti, dopo la scelta dei propri arbitri, saranno tenute allo scambio degli atti introduttivi, il cui contenuto nella sostanza sarà simile qualora vi sia un sostanziale accordo sulle condizioni di separazione o di divorzio.

Se, quindi, si verifica questa ipotesi, gli arbitri potranno pronunciare un lodo di mero accertamento della crisi coniugale, una volta verificata la congruità delle condizioni di separazione, e al contempo costitutivo del nuovo stato di coniugi separati. Un pari procedimento ritengo che possa essere attuato nel caso di divorzio “consensuale”, con la precisazione che in quella sede agli arbitri è anche devoluta la verifica del presupposto di legge per addivenire allo scioglimento.

A tale proposito è interessante la previsione contenuta all’art. 25 del Regolamento dell’Associazione italiana per l’Arbitrato, secondo cui qualora le parti raggiungano un accordo per la composizione della lite, «possono chiedere per iscritto al tribunale arbitrale di emettere il lodo sulla base delle concordi richieste da esse formulate; il tribunale arbitrale può redigere il progetto di lodo sulla base del loro accordo e sottoporlo alla Corte».

Si tratta di una previsione compatibile con la situazione in esame. Inoltre l’utilizzo del menzionato meccanismo, al posto della negoziazione assistita, consentirebbe di garantire una maggiore tenuta all’accordo raggiunto¹⁴⁵ dai coniugi, poiché, da una parte, esso, una volta inglobato nel lodo, può essere impugnato solo tramite e per i motivi enunciati dall’art. 829 c.p.c. e dall’altra le parti possono contare sui benefici derivanti dall’applicazione dell’art. 2953 c.c.

È sicuramente più naturale il ricorso al giudizio degli arbitri qualora i coniugi non riescano a trovare un accordo né sulla scelta di porre fine al vincolo coniugale né sulle condizioni dello scioglimento, oppure qualora vi siano delle titubanze sulla definizione di alcuni aspetti.

¹⁴⁵ Sulla natura dell’accordo a titolo esemplificativo si rimanda a LUISO, *La negoziazione assistita*, in *Nuove legg. Civ. comm.*, 2015, pp. 657 ss.

In tale caso, come è noto, il processo innanzi al giudice statale prevede una doppia fase¹⁴⁶: la prima volta all'adozione, mediante ordinanza, dei provvedimenti temporanei e urgenti¹⁴⁷; la seconda finalizzata a statuire sullo scioglimento del vincolo e sulla determinazione delle condizioni economiche dei coniugi. Nonostante che il legislatore distingua due differenti momenti, la maggioranza degli interpreti sono concordi nel ritenere che essi siano caratterizzati da un'unità funzionale e condividano una natura marcatamente contenziosa¹⁴⁸. Infatti, come osserva la dottrina¹⁴⁹, la pendenza del processo si determina con il deposito del ricorso introduttivo e non è posticipata alla conclusione della fase che si svolge innanzi al Presidente del tribunale.

Ciò posto, non ritengo che sia indispensabile in arbitrato la proposizione pedissequa della menzionata scansione temporale. Diversamente, non può essere derogata la previsione che impone al giudicante di adottare i provvedimenti temporanei e urgenti in at-

¹⁴⁶ La natura di tali giudizi è stata oggetto di un ampio dibattito in dottrina. Prima della riforma del 2005, vi erano diverse letture della natura dell'udienza presidenziale che spaziavano dalla tesi della volontaria giurisdizione, a quella della natura cautelare, sino ad arrivare ad attribuirle natura sommaria, interinale e/o anticipatoria. Per la ricostruzione di questo dibattito si rimanda a F. DANOVI, *Il processo di separazione e di divorzio*, cit., pp. 49 ss., e ai richiami in esso contenuti.

¹⁴⁷ Al contempo è stato ampio il dibattito sulla natura dell'ordinanza presidenziale. Secondo una prima impostazione essa deve essere ricondotta all'interno dei provvedimenti di volontaria giurisdizione (SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, Milano, 1959, p. 312; FAZZALARI, voce *Giurisdizione volontaria (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, pp. 374 ss.; PUNZI, *I soggetti e gli atti del processo di divorzio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1972, pp. 651 ss.); diversamente, secondo una diversa esegesi all'interno dei provvedimenti cautelari (CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, I, Roma, 1965, pp. 44 ss.; MONTESANO, *I provvedimenti d'urgenza nel processo civile*, Napoli, 1955, pp. 65 ss.; SALVANESCHI, *Natura cautelare dei provvedimenti presidenziali e decorrenza della revoca dell'assegno di mantenimento*, in *Fam. dir.*, 1994, pp. 531 ss.). Infine, secondo un'ultima lettura, essa costituisce espressione di una tutela interinale (MANDRIOLI, *Per una nozione strutturale dei provvedimenti anticipatori o interinali*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, pp. 551 ss.; LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1981, p. 196).

¹⁴⁸ F. DANOVI, *Il processo di separazione e di divorzio*, cit., pp. 57 ss.; ma anche VULLO, *Brevi note sulla natura "integralmente" contenziosa del processo di separazione giudiziale*, in *Fam. e dir.*, 2013, p. 208.

¹⁴⁹ VULLO, *Brevi note sulla natura*, p. 209.

tesa dell'emanazione della decisione finale. Detta ordinanza, come è noto, costituisce titolo esecutivo ed è idonea a mantenere i propri effetti anche in caso di estinzione del giudizio. Si tratta di elementi che si rinvergono anche nel lodo parziale. Tuttavia, questo ultimo provvedimento, a differenza dell'ordinanza presidenziale, dettando una disciplina definitiva del diritto in contesa, non offre la possibilità di una tutela anticipatoria/interinale. Come meglio si vedrà scorrendo del contenzioso in materia di proprietà intellettuale, la disciplina dell'arbitrato di diritto comune, oltre a escludere il potere degli arbitri di concedere le misure cautelari, non consente neppure di apprestare una tutela anticipatoria soddisfattiva¹⁵⁰. Il problema che la disciplina comune pone è quello di individuare quale possa essere lo strumento per adottare questa decisione¹⁵¹, stante l'impossibilità di emettere lodi parziali modificabili e ordinanze che attribuiscono «beni della vita», almeno stando al dettato normativo.

Questa chiusura è in parte superata dai regolamenti delle Camere arbitrali, ove già da tempo, è attribuito agli arbitri il potere di pronunciare provvedimenti cautelari, urgenti e provvisori, purché, come afferma, per esempio, il Regolamento della Camera arbitrale di Milano «non siano vietati da norme inderogabili applicabili al procedimento» (art. 22, comma 2°)¹⁵².

¹⁵⁰ Osserva a tale proposito Carpi, che qualora cadesse il divieto enunciato dall'art. 818 c.p.c., non potrebbe essere esclusa l'utilizzabilità del lodo parziale, sia per la cognizione sommaria, sia per l'ipotetica concedibilità dell'*exequatur*, non ammesso per le ordinanze *ex art. 816-bis c.p.c.*, ult. comma (CARPI, *Deliberazione e requisiti del lodo*, in CARPI (a cura di), *Arbitrato*, Bologna, 2016, p. 713).

¹⁵¹ CARPI, *Deliberazione e requisiti del lodo*, cit., p. 713. Sulla classificazione degli strumenti decisionali degli arbitri e sui vari problemi applicativi si rimanda alla disamina di SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., pp. 416 ss.; PUNZI, *Disegno sistematico sull'arbitrato*, II, Padova, 2012, p. 340; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Mezzi di impugnazione*, in CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., pp. 802 ss.

¹⁵² Ancora più incisiva è la previsione contenuta nel Regolamento dell'arbitrato dell'Associazione Italiana Arbitrato, ove l'art. 17 stabilisce che «Salvo che le parti abbiano convenuto diversamente, il tribunale arbitrale può, su istanza della parte interessata, sentita l'altra parte, adottare provvedimenti d'urgenza. Il tribunale arbitrale può eventualmente imporre una cauzione alla parte istante e determinare una penale per il caso di inottemperanza, informandone la Segreteria e sottoponendo alla Corte, per le sue determinazioni, gli eventuali provvedimenti. Il provve-

Questa previsione, applicabile solo agli arbitrati internazionali, potrebbe trovare un'attuazione, come è stato rilevato¹⁵³, nei riguardi degli arbitrati interni mediante una lettura adeguatrice dell'art. 832 c.p.c., che consenta di superare il divieto enunciato dall'art. 818 c.p.c. Benché ritenga condivisibile questa impostazione, come meglio si dirà nel capitolo in materia di proprietà industriale, non è possibile, *de iure condito*, estendere la disciplina dell'art. 825 c.p.c. a provvedimenti diversi dal lodo¹⁵⁴. Ne segue che un'eventuale ordinanza anticipatoria emessa dagli arbitri non potrebbe essere dotata di esecutività.

Bisogna, dunque, prendere atto del fatto che gli arbitri, a differenza di quanto accada in altri ordinamenti¹⁵⁵, non possono pronunciare i provvedimenti temporanei e urgenti in attesa della decisione finale: in tale caso la relativa domanda deve essere svolta innanzi al giudice statale.

Diversamente, anche nel processo privato è possibile addivenire a una decisione non definitiva sullo *status* e far proseguire il giudizio per la determinazione degli aspetti economici.

Tale eventualità trova realizzazione mediante la pronuncia di un lodo parziale che, come impone la disciplina in materia di famiglia, può essere oggetto di immediata impugnazione.

Altro problema che la disciplina speciale in materia di famiglia pone è quello di armonizzare la natura del lodo con quella delle de-

dimento è concesso con ordinanza modificabile o revocabile in corso di giudizio e se non contiene un termine più breve, ha efficacia fino alla pronuncia del lodo. In sede di pronuncia del lodo, o al momento dell'eventuale revoca dell'ordinanza o alla scadenza del suo termine, il tribunale arbitrale, considerando il comportamento tenuto dalle parti in relazione ai provvedimenti d'urgenza, dispone in ordine alla cauzione e alla penale».

¹⁵³ BIAVATI, *Spunti critici sui poteri cautelari degli arbitri*, in *Riv. arb.*, 2013, pp. 329 ss.

¹⁵⁴ Come già rileva BIAVATI, *Spunti critici sui poteri cautelari degli arbitri*, p. 341.

¹⁵⁵ Tra i principi che regolano l'arbitrato amministrato *Ifla* è espressamente previsto il sostegno del giudice ordinario «*A court may refer a matter to arbitration or be involved if necessary during the arbitration process to exercise a power not available to an arbitrator, such as granting an injunction*» (art. 3.10 *A guide to the family law arbitration scheme*).

cisioni emesse al termine dei procedimenti di separazione e divorzio, caratterizzati dal fatto di contenere disposizioni *rebus sic stantibus*. Ma sul punto si rimanda a quanto si dirà nel proseguo.

6. *Il “diritto processuale arbitrale” specialmente con riguardo alle controversie patrimoniali tra coniugi. La consapevolezza della scelta arbitrale*

L'arbitrabilità delle liti patrimoniali tra coniugi presuppone l'adozione di uno specifico “diritto processuale arbitrale”. Non esistendo una disciplina arbitrale specifica per questo genere di contenzioso, è necessario verificare se la normativa comune relativa all'arbitrato rituale possa essere modellata alle peculiari esigenze di salvaguardia imposte da questo contenzioso. Esse impongono l'adozione dei criteri già enunciati nella parte generale dello studio, che, peraltro, rispecchiano quelli adottati in tutti quegli ordinamenti che ammettono la cognizione arbitrale¹⁵⁶.

Affinché si possa raggiungere un corretto accertamento del diritto controverso è necessario che la scelta per la giustizia privata sia il frutto di un'effettiva e consapevole volontà delle parti.

Anche la disciplina della negoziazione assistita si muove in questa direzione: da una parte, essa impone l'attualità della controversia e dall'altra, sottopone la scelta dello strumento negoziale al controllo certificativo degli avvocati, che richiama in un certo senso quello già presente in materia di mediazione, e al vaglio dell'accordo da parte del pubblico ministero.

Simili accorgimenti trovano attuazione con riguardo alla convenzione arbitrale anche nelle legislazioni che ammettono l'utilizzo del processo privato.

¹⁵⁶ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrato e famiglia nelle esperienze d'oltre confine*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, pp. 481 ss. Sul punto è interessante l'esperienza della *American Academy of Matrimonial Lawyers*, che ha pubblicato nel 2005, una legge modello (con relative *rules e form*), prendendo spunto dalla Legge del North Carolina.

Per esempio il *Family Law Act* dell'Ontario, recentemente modificato¹⁵⁷, vieta la convenzione arbitrale per liti non ancora sorte, a meno che non si tratti di un c.d. *secondary arbitration*, ovvero un arbitrato scaturente dall'esecuzione o dalla necessità di modificare gli accordi di separazione già intercorsi, inseriti all'interno di una sentenza o di un lodo già pronunciato. Inoltre è prescritto che la parte, al momento del compimento della scelta arbitrale, abbia l'obbligo di allegare una certificazione eteronoma, che attesti il preventivo rilascio di un parere legale indipendente in merito¹⁵⁸.

Nell'attuale contesto normativo l'unico modo per garantire una scelta consapevole e contestuale al sorgere della lite è quello di accedere alla stipula di un compromesso.

Affinché le parti possano stipulare un valido patto compromissorio è necessario il rispetto dei requisiti delineati in materia di convenzione di negoziazione assistita: il compromesso, quindi, oltre a individuare, come peraltro impone lo stesso art. 807 c.p.c., l'oggetto della controversia¹⁵⁹, deve essere concluso con l'assistenza di un avvocato e sottoposto al vaglio del Procuratore della Repubblica.

È necessario chiedersi se questi ultimi due requisiti, in assenza di un'apposita previsione normativa, possano essere estesi alla disciplina della convenzione arbitrale.

Ritengo che l'assenza di una specifica regolamentazione non consenta di escludere la loro attuazione a meccanismi che, al pari della negoziazione assistita, consentono di risolvere una lite. La possibilità di estenderli anche al giudizio privato trova giustificazione nella *ratio* sottesa a questi strumenti, volti a garantire il rispetto dell'ordine pubblico connotante la disciplina familiare. Inoltre, l'applicazione di questi espedienti in arbitrato se, da una parte, non determina alcun nocumento per le parti, dall'altra non impone delle

¹⁵⁷ Sec. 59.4 Ontario *Family Law Act*, nella versione oggi consolidata consultabile in www.ontario.ca/laws/statute/90f03, statuisce che «A family arbitration agreement and an award made under it are unenforceable unless the family arbitration agreement is entered into after the dispute to be arbitrated has arisen».

¹⁵⁸ Sec. 59.6. 1 (b).

¹⁵⁹ Sui limiti nella individuazione dell'oggetto della controversia, non stringenti come quelli imposti per esperire una domanda giudiziale, in materia di negoziazione assistita si rimanda a LUISO, *La negoziazione assistita*, cit., p. 654.

ulteriori attività di controllo in capo agli avvocati¹⁶⁰ e al pubblico ministero. Questi ultimi si troveranno pur sempre a vagliare un accordo concluso dalle parti in merito allo scioglimento del vincolo e alle conseguenze patrimoniali ad esso connesso.

Ciò posto, si può immaginare che le parti devolvano ad arbitri l'intero contenzioso, anche dopo l'eventuale proposizione della domanda giudiziale: si tratta di una possibilità riconosciuta in via più generale dall'art. 1, d.l. n. 132 del 2014. Al contempo, come è in uso in altri ordinamenti¹⁶¹, al giudizio di arbitri può essere devoluto anche uno solo degli aspetti controversi, magari proprio quello che impedisce il raggiungimento di un accordo in sede di negoziazione assistita.

L'attuazione di una scelta consapevole garantisce la piena esigenza di tutela sottesa al diritto che entra in gioco: infatti, ciò che l'ordinamento guarda con sfavore non è il potere negoziale della posizione giuridica soggettiva, bensì l'attuazione di questa quando il diritto non è ancora nato.

Una volta sorto il diritto, il sistema giuridico non esclude il dispiegarsi della libertà privata, come dimostra la disciplina della negoziazione assistita e ancora prima quella "tradizionale" della separazione consensuale e del divorzio congiunto: sarebbe, infatti, contraddittorio consentire ai coniugi di regolare autonomamente lo scioglimento del vincolo matrimoniale e imporre, invece, al processo privato, finalizzato all'accertamento del diritto mediante l'attività di un soggetto terzo e imparziale e con la previsione dell'impugnazione del lodo, ulteriori stringenti vincoli.

Se da un punto di vista teorico ritengo che questa costruzione sia coerente, da un punto di vista pratico, è innegabile che l'afferma-

¹⁶⁰ Quest'ultimo ha anche l'obbligo, ai sensi dell'art. 27, di informare il proprio cliente, al momento della conclusione dell'incarico, delle caratteristiche e dell'importanza della controversia o delle attività da espletare.

¹⁶¹ Così KESSLER, KORITZINSKY, SCHLISSEL, *Why arbitrate family law matters?*, in *Journal of American Academy of Matrimonial Lawyers*, 1997, p. 333, spec. p. 334, che rilevano come il sistema americano conosca due possibilità: accedere all'arbitrato vero e proprio oppure chiedere al tribunale un divorzio consensuale e devolvere agli arbitri gli aspetti patrimoniali derivanti dallo scioglimento del vincolo. In questo secondo caso il responso dell'arbitro è soggetto all'approvazione del giudice.

zione dell'arbitrato, alla luce delle peculiari esigenze che il contenzioso familiare pone, imponga di verificare se il processo arbitrale sia comunque idoneo a garantire l'attuazione piena del diritto. In verità, già dalla parziale disamina compiuta, è emerso che la disciplina di diritto comune contiene lacune inficianti l'effettività dell'accertamento.

Per tale ragione, le osservazioni che verranno svolte con riguardo all'arbitrato da clausola compromissoria consentiranno di dipanare gli eventuali dubbi interpretativi che la disciplina comune fa sorgere anche con riguardo all'arbitrato da compromesso.

6.1. *Segue: la scelta consapevole prima del sorgere del conflitto coniugale*

Se il compromesso è in grado di fare fronte alle esigenze di protezione di cui sono portavoce le norme di diritto sostanziale, non altrettanto sembrerebbe dirsi con riguardo alla clausola compromissoria, poiché il meccanismo che è posto alla sua base è simile a quello dei *prenuptial agreements*, la cui applicazione è osteggiata dalla giurisprudenza. Essa, infatti, ritiene che tramite detti accordi la parte debole del rapporto coniugale si trovi a rinunciare ai propri futuri diritti o che comunque venga ad essa preclusa la possibilità di coltivare pienamente le proprie istanze in sede di un futuro giudizio¹⁶².

Diversamente i *prenuptial agreements* trovano ampia diffusione nell'ordinamento americano¹⁶³, dove vengono delineate specifiche discipline volte a garantire la genuinità del consenso. Queste ultime vengono estese anche alla clausola compromissoria: benché non si escluda la sua stipulazione¹⁶⁴, che può essere contenuta anche nel

¹⁶² BALLERINI, *Gli accordi preventivi sugli effetti patrimoniali*, cit., p. 30.

¹⁶³ Per una esaustiva disamina AL MUREDEN, *La separazione personale dei coniugi*, cit., pp. 401 ss.

¹⁶⁴ Come afferma anche il *Model Family Law Arbitration Act* redatto dall'*American Academy of Matrimonial Law* (§ 106), consultabile in www.aaml.org. Sul punto, KESSLER, KORITZINSKY, SCHLISSEL, *Why arbitrate family law matters?*, cit., pp. 333 ss.

contratto prematrimoniale, si limita la sua estensione oppure si prevedono dei controlli pregnanti da parte delle Corti¹⁶⁵.

Per esempio, lo Stato dell'Indiana¹⁶⁶ impone un controllo giudiziario sul patto compromissorio e prevede che il consenso sia espresso personalmente dalle parti.

Stesso meccanismo opera anche nel Connecticut, ove è stabilito che il giudice verifichi l'effettivo consenso alla scelta dello strumento arbitrale¹⁶⁷; mentre in Australia il controllo è penetrante qualora la convenzione matrimoniale sia inserita nel contratto di matrimonio¹⁶⁸.

Diversamente secondo il *Family Arbitration Act* del Michigan, la parte, prima della stipula della convenzione arbitrale, deve essere informata su come si esplica nella sua complessità la procedura arbitrale: vincoli, costi, possibilità di un avvocato¹⁶⁹.

Nonostante che la disciplina della negoziazione assistita richieda, tra i propri requisiti, l'attualità della lite, non credo che si possa escludere, nell'ambito del contenzioso familiare, la possibilità di stipulare una clausola compromissoria. Il divario presente tra la tecnica della clausola compromissoria e l'esigenza di protezione di cui sono portavoce le norme sostanziali può essere superata garantendo a colui che vanta un diritto di «potere ottenere tutto quello e proprio quello che ha diritto di conseguire».

Questo fine può essere realizzato non solo mediante l'attuazione delle cautele già viste per quanto riguarda il compromesso, ma anche attraverso la precisa individuazione delle regole del fu-

¹⁶⁵ Per completezza è giusto evidenziare che la maggior parte degli arbitrati si svolge sulle controversie che nascono da una separazione o divorzio già pronunciati, ad esempio per la modifica dei relativi patti oppure le parti si risolvono a scegliere l'arbitrato in pendenza della lite statutale (BURLESON, *Matrimonial Arbitration*, in www.aaml.org, § III).

¹⁶⁶ Indiana Code 34-57-5-2 (b), in <http://www.in.gov/legislative/ic/code/title34/ar57/ch5.html>.

¹⁶⁷ Conn. Gen.Stat.sec. 46b-66(c), che richiama le secc. 52-408-52-424, consultabile in <https://law.justia.com/codes/connecticut>.

¹⁶⁸ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrato e famiglia nelle esperienze d'oltre confine*, cit., p. 493 e più nello specifico WADE, *Arbitration of matrimonial property disputes in Australia*, in *Bond dispute resolution news*, 2002, pp. 421 ss.

¹⁶⁹ Sec. 600.5072, consultabile in <http://www.legislature.mi.gov>.

turo giudizio arbitrale. In assenza di una specifica disciplina, l'unico modo per perseguire il menzionato scopo è quello di accedere all'arbitrato amministrato. Infatti, da una parte il richiamo a uno specifico regolamento consente alle parti già di conoscere le modalità processuali, i tempi e i costi del futuro procedimento privato, dall'altra, il ricorso ad un arbitrato gestito da un ente amministratore costituisce una garanzia di correttezza e efficienza per la parte debole del conflitto.

Pertanto, affinché l'azione arbitrale da clausola compromissoria possa correttamente esplicarsi, è necessario che il patto compromissorio, oltre ad essere redatto secondo i criteri già delineati per il compromesso, richiami in modo espresso un arbitrato gestito da un ente amministratore. Il richiamo a questa procedura costituisce condizione di validità della convenzione d'arbitrato, ma non di ammissibilità.

Da ultimo.

La validità dell'arbitrato da clausola compromissoria non può essere posta in crisi dal fatto, come si riteneva nel passato¹⁷⁰, che la disciplina contemplata dall'art. 808 c.p.c. si riferisca unicamente ai diritti nascenti dal contratto. Prescindendo dal fatto che già da tempo la giurisprudenza abbia adottato una lettura adeguatrice della norma¹⁷¹, il legislatore del 2006 ha risolto l'*impasse* mediante l'introduzione della convenzione di arbitrato in materia non contrattuale. Con essa, infatti, viene sancita la possibilità di devolvere al giudizio di arbitri le «controversie future relative a uno o più rapporti non contrattuali determinati». Anche quest'ultima, come è noto, deve essere resa in forma scritta e, attuando un meccanismo simile a quello della clausola compromissoria, consente la devoluzione ad arbitri delle liti in futuro.

Se, come si è dimostrato, la struttura globalmente intesa della clausola compromissoria è compatibile con il contenzioso familiare, non vedo neppure ostacoli ad immaginare un suo inserimento all'in-

¹⁷⁰ Come già osserva F. DANOVI, *L'arbitrato di famiglia in Italia, tra antitesi e possibili consonanze*, cit., p. 54.

¹⁷¹ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Convenzione di arbitrato in materia non contrattuale*, in CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., pp. 177 ss.

terno dell'accordo di separazione, di divorzio o di modifica dei patti precedenti, raggiunto in sede di negoziazione assistita o concluso davanti all'ufficiale di stato civile.

Al contempo, reputo che una clausola compromissoria possa essere inserita all'interno dell'atto di matrimonio o comunque allegata allo stesso, mediante un foglio separato. Benché sia consapevole che l'atto di matrimonio non abbia valenza contrattuale, ciò non esclude, in virtù del principio dell'autonomia della convenzione arbitrale, un suo inserimento.

6.2. La scelta dell'organo giudicante

Qualche anno fa, all'interno di una dissertazione in materia di arbitrato di famiglia, uno scrittore americano¹⁷² scriveva «*being a good arbitrator is comparable to being an excellent judge*». In sostanza, un pari diritto di difesa non può che trovare le proprie fondamenta nell'affidamento dell'attività decisoria a soggetti imparziali e preparati. Per tale ragione i sistemi giuridici che fanno ricorso all'arbitrato di famiglia selezionano i propri giudicanti.

Nello stato del Michigan può essere nominato arbitro solo colui che è «(a) *Is an attorney in good standing with the state bar of Michigan*; (b) *Has practiced as an attorney for not less than 5 years before the appointment and has demonstrated an expertise in the area of domestic relations law*; (c) *Has received training in the dynamics of domestic violence and in handling domestic relations matters that have a history of domestic violence*»¹⁷³. Una specifica specializzazione è richiesta anche dallo Stato del New Messico¹⁷⁴ e da quello dell'Indiana¹⁷⁵, dove si impone all'avvocato anche di giurare di svolgere fedelmente il proprio ruolo e di rispettare i dettati di legge sia federali che statali.

¹⁷² BURLESON, *Matrimonial Arbitration*, cit., § V; concorda: HODSON, *Family law arbitration*, in *Family Law Journal*, 2002, pp. 694 ss.

¹⁷³ *Sec. 600-5073*.

¹⁷⁴ N.M. Stat. Ann. sec. 40-4-7.2, D.

¹⁷⁵ IC 34-57-5-2.

Nel North Carolina¹⁷⁶ e in Ontario¹⁷⁷ è, invece, attribuito al giudice il compito di verificare la sua disponibilità e la professionalità nel caso concreto.

In Australia, oltre alla specifica previsione di alcune condizioni per essere arbitri¹⁷⁸, la letteratura¹⁷⁹ riporta un largo ricorso a giudici in pensione, autorevoli e rispettati dalla classe forense. Si tratta del medesimo criterio seguito per la costituzione del collegio arbitrale della *Süddeutsches Familienschiedsgericht* in Germania e nell'arbitrato *Ifla* (in materia di controversie patrimoniali tra coniugi). Quest'ultimo prevede che gli arbitri debbano avere comprovata competenza con riguardo alle liti finanziarie e, in particolare, debbano dimostrare di avere ricevuto «*specific training in the determination of family disputes relating to financial matters by means of arbitration*»¹⁸⁰. A questa previsione si aggiunge anche l'obbligo per gli arbitri «*before accepting the appointment or as soon as the relevant facts are known, the arbitrator will disclose to the parties any actual or potential conflict of interest or any matter that might give rise to justifiable doubts as to his or her impartiality*»¹⁸¹.

Per quanto concerne il profilo dall'imparzialità la disciplina dell'arbitrato «ordinario» offre ai contendenti ampia tutela, garantendo alle parti di potere avere «tutto quello e proprio quello» che un processo tradizionale loro assicurerebbe¹⁸². Tale disciplina è ulteriormente rafforzata nel caso in cui a rivestire la qualifica di arbitro sia un avvocato: l'art. 61 dell'attuale codice deontologico¹⁸³ impone

¹⁷⁶ Come osserva WALKER, *Family law arbitration from the court perspective*, in <http://family.ncbar.org>, p. 1.

¹⁷⁷ Art. 3 della *Regulation 134/07 Family Arbitration*, consultabile in www.ontario.ca/laws/regulation/07013

¹⁷⁸ Analiticamente descritte da ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrato e famiglia nelle esperienze d'oltre confine*, cit., p. 496.

¹⁷⁹ WADE, *Arbitration of Matrimonial Property Disputes*, in *Bond Law Review*, 1999, pp. 395 ss. Si può anche leggere in http://works.bepress.com/john_wade/3.

¹⁸⁰ Come prevede l'art. 4.2 del *Family law arbitration financial scheme arbitration rules* 2016.

¹⁸¹ Art. 5 del *Family law arbitration financial scheme arbitration rules* 2016.

¹⁸² Sulla disciplina della imparzialità dell'arbitro, si rimanda a SPACCAPELO, *L'imparzialità dell'arbitro*, Milano, 2009, *passim*.

¹⁸³ Si stabilisce, in particolare, che l'avvocato non deve accettare la nomina ad arbitro se una delle parti del procedimento sia assistita, o sia stata assistita negli

stringenti prescrizioni, che si aggiungono e specificano quelle disciplinate dall'art. 815 c.p.c.

Tuttavia, è giusto rammentare che il nostro ordinamento considera violazione dell'ordine pubblico solo la manifestazione del difetto di imparzialità attraverso l'operato dell'arbitro¹⁸⁴; per converso l'oggettiva situazione di rischio, dovuta a una mancanza di terzietà, se non fatta valere nel previsto termine breve di dieci giorni, non può inficiare la decisione emanata¹⁸⁵. Ne segue che il difetto di imparzialità trova la sua principale tutela nella possibilità di ricusazione¹⁸⁶.

Al contempo, tale profilo può ricevere ulteriore protezione tramite l'impugnazione per nullità del lodo: diversi interpreti¹⁸⁷ sembrano concordare sulla possibilità di fare valere tale vizio ai sensi dell'art. 829, comma 1°, n. 2, e cioè di poter impugnare il lodo quando esso sia stato pronunciato da un arbitro ricusato.

ultimi due anni, da altro professionista di lui socio o con lui associato, ovvero che eserciti negli stessi locali. In ogni caso l'avvocato deve comunicare per iscritto alle parti ogni ulteriore circostanza di fatto e ogni rapporto con i difensori che possano incidere sulla sua indipendenza. Inoltre, l'avvocato che viene designato arbitro deve comportarsi nel corso del procedimento in modo da preservare la fiducia in lui riposta dalle parti e deve rimanere immune da influenze e condizionamenti esterni di qualunque tipo. Ampia attenzione è riservata all'obbligo della riservatezza e alla possibilità di intrattenere rapporti con una delle parti dopo la conclusione del procedimento arbitrale.

¹⁸⁴ Critica sulla realizzazione effettiva nel nostro ordinamento dell'imparzialità degli arbitri, PELLEGRINELLI, *Può dirsi garantita l'imparzialità nel giudizio arbitrale?*, in *Riv. arb.*, 2016, pp. 553 ss.

¹⁸⁵ Così GIOVANNUCCI ORLANDI, *Ricusazione degli arbitri*, in CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., p. 350.

¹⁸⁶ Una parte della dottrina vede anche degli spiragli per una eventuale censurabilità del lodo per violazione dell'ordine pubblico processuale: ZUCCONI GALLI FONSECA, *Casi di nullità*, in CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., p. 944; NELA, *Ricusazione degli arbitri*, in CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile*, Bologna, 2007, II, pp. 1702 ss.; Cass., 8 febbraio 2007, n. 2774, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, p. 299; in senso contrario MENCHINI, *Impugnazione del lodo «rituale»*, in *Riv. arb.*, 2005, pp. 843 ss.

¹⁸⁷ VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, 1971, p. 649; CECHELLA, *L'unità dell'oggetto*, in CECHELLA (a cura di), *L'arbitrato*, Torino, 2005, pp. 246-248, secondo cui il n. 2 può rilevare anche in caso di violazione dell'imparzialità, se violi le regole stabilite dalle parti nella nomina; LA CHINA, *L'arbitrato*, Milano, 2011, p. 255. Per una diversa posizione, RUFFINI, BOCCAGNA, in CONSOLO LUISO (a cura di), *Commentario al c.p.c.*, III, Milano, 2007, p. 6045.

Sotto detto profilo ancora maggiore tutela offrono gli arbitrati gestiti da enti amministratori: infatti, oltre ad ampliare le cause di recusazione, prevedono una vera e propria *disclosure* al momento dell'accettazione dell'incarico¹⁸⁸. Questa possibilità, come è stato autorevolmente affermato, non rappresenta una deroga al principio dell'imparzialità, ma costituisce una sua modalità di attuazione¹⁸⁹.

Accanto al requisito *de quo*, le legislazioni in materia di famiglia sottolineano la necessità di scegliere giudicanti con doti di professionalità e di specializzazione particolarmente spiccate¹⁹⁰. Si tratta di un'esigenza sentita anche all'interno del processo ordinario, come dimostra l'attuale disegno di legge per l'istituzione del Tribunale della famiglia¹⁹¹.

Questi requisiti non trovano regolamentazione nell'arbitrato di diritto comune¹⁹²: solo l'art. 412-*quater* c.p.c., in materia di arbitrato di lavoro, stabilisce che il terzo arbitro del collegio deve essere scelto tra i professori universitari in materie giuridiche e gli avvocati ammessi al patrocinio innanzi alla Corte di Cassazione.

¹⁸⁸ Nel nostro codice civile, a differenza di quanto accade in altri ordinamenti, non trova ingresso alcuna norma espressa sulla *disclosure*, ovvero sull'obbligo per l'arbitro di rendere edotte le parti di tutti i legami che, incidendo sul profilo della sua indipendenza, possono teoricamente compromettere la sua imparzialità. Sul punto, SPACCAPELO, *L'imparzialità dell'arbitro*, cit., pp. 170 ss., che offre una ricostruzione ad ampio raggio di tale problematica. Al contempo, però, come osserva altra parte della dottrina, l'ampia diffusione a livello deontologico (cfr. art. 61 codice deontologico avvocati) e regolamentare, porta a concludere per l'esistenza implicita di siffatto obbligo. Sul punto: SALVANESCHI, *L'imparzialità dell'arbitro*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 424; DITTRICH, *L'imparzialità dell'arbitro nell'arbitrato interno ed internazionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, pp. 152 e 153; VERDE, *La posizione dell'arbitro dopo l'ultima riforma*, in *Riv. arb.*, 1997, p. 476. Tale dovere implicito, per alcuni autori, si desume dal dovere generale di buona fede che grava sugli arbitri nell'esecuzione del rapporto obbligatorio ai sensi dell'art. 1375 c.c.; per altri, dalla regola di cui all'art. 1710 c.c. e per altri ancora dai motivi sopravvenuti di recusazione.

¹⁸⁹ FAZZALARI, *L'etica dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1992, p. 4.

¹⁹⁰ KESSLER, KORITZINSKY, SCHLISSEL, *Why arbitrate family law matters?*, cit., p. 337.

¹⁹¹ QUERZOLA, *Il processo familiare nel d.d.l. di riforma del rito civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2016, pp. 1505 ss.; F. DANOVI, *Verso il tribunale della famiglia. Il giudice e l'avvocato specialista*, ivi, 2017, pp. 615 ss.

¹⁹² A differenza di quanto si stabilisce in materia di mediazione, art. 16, comma 4-*bis*, d.lgs. 28 del 2010.

Pertanto, l'unico modo per garantire l'attuazione di un equo processo arbitrale è quello di indicare all'interno del patto compromissorio l'obbligo per le parti, che deve essere esteso anche alla scelta del terzo arbitro, di nominare solo soggetti altamente qualificati nel contenzioso familiare. Qualora l'ufficio arbitrale sia attribuito ad un avvocato, la sua specializzazione potrebbe risultare dalla sua iscrizione in appositi albi tenuti dai consigli dell'ordine e accessibili al pubblico (art. 5, d.m. n. 144 del 2015).

Se la preparazione dell'arbitro costituisce un elemento fondamentale, al contempo, come dimostra l'esperienza degli ordinamenti di *common law*, è importante che il giudice privato non si faccia influenzare da convinzioni diverse dalla stretta applicazione della legge¹⁹³. Si tratta di un rischio particolarmente sentito all'interno di questo contenzioso, dove il conflitto economico (ma spesso umano) tra i coniugi può incidere sulla sensibilità del giudicante.

Certamente la specializzazione consente di evitare tali situazioni, benché essa non possa assicurarne una totale assenza. Per questa ragione, la letteratura d'oltreoceano pone l'accento sull'esigenza di migliorare sempre di più la qualità degli arbitri, attraverso l'imposizione di un'assicurazione obbligatoria per gli errori giudiziari, l'obbligo di referenze delle parti precedentemente giudicate, l'istruzione di apposite associazioni di categoria che garantiscono dette qualità e, infine, il monitoraggio attraverso la pubblicità delle decisioni arbitrali¹⁹⁴.

Tali elementi, in realtà, trovano una marginale attuazione nel nostro ordinamento, come più diffusamente dirò nel capitolo relativo alle liti di consumo.

In questa sede basti evidenziare che l'auspicabile previsione di una assicurazione obbligatoria per gli eventuali errori commessi nella veste di giudicante, è oggi prevista per gli avvocati (art. 12, l. n. 247 del 2012). Tra le attività coperte dalle polizze assicurative rientra anche quella di arbitro.

¹⁹³ Così come devono essere scelti come giudicanti soggetti in grado di appropiarsi alle parti in modo adeguato e di rispettare le variabili emotive dei contendenti. Sul punto WADE, *Arbitration of Matrimonial Property Disputes*, cit., p. 404.

¹⁹⁴ WADE, *Arbitration of Matrimonial Property Disputes*, cit., pp. 395 ss.

Non esistono, invece, delle apposite associazioni di categoria: nel caso di arbitrati amministrati, le camere di commercio conservano una lista di arbitri e, attualmente, il d.l. n. 132 del 2014, in materia di trasferimento del giudizio ordinario in sede arbitrale, prescrive che possono ricoprire la carica di arbitro solo gli avvocati iscritti da almeno cinque anni nell'albo circondariale (art. 1, comma 2°).

Inoltre, nei codici etici adottati dagli enti amministratori, come, per esempio, quelli della Camera Arbitrale di Milano (art. 3), Bologna (art. 3) e Roma (art. 2), si prevede che gli arbitri, al momento dell'accettazione dell'incarico, devono essere certi di svolgerlo con la competenza richiesta dalla materia oggetto della controversia. La violazione di questo obbligo determina la sostituzione d'ufficio da parte dell'ente amministratore e la possibile esclusione in successi procedimenti. I codici deontologici bolognese e romano sono particolarmente severi su questo aspetto: il primo prevede che l'arbitro che violi le prescrizioni del codice deontologico venga «ritenuto responsabile di tutti i danni arrecati dal suo comportamento» (art. 13), il secondo stabilisce anche la segnalazione della condotta inadempiente alle prescrizioni deontologiche all'ordine professionale di appartenenza (combinato disposto degli artt. 8 e 14).

6.3. *Le modalità attuative del processo. I mezzi di prova*

L'uguaglianza dei coniugi deve essere garantita anche nel corso di tutto il processo arbitrale: a tale proposito, si deve ricordare che l'art. 816-*bis* c.p.c. stabilisce, come regola generale, l'applicazione del principio del contraddittorio, che deve essere attuato, secondo il dettato della legge, «in ogni caso»¹⁹⁵.

Nonostante questa previsione, salvo diversa e precisa volontà della parti¹⁹⁶, l'attuale disciplina codicistica è dominata da ampia

¹⁹⁵ CONSOLO, *L'equo processo arbitrale nel quadro dell'art. 6 § 1 della convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, pp. 453 ss.; ed ancora CAPONI, *Determinazione delle regole ed aspetti del contraddittorio nel processo arbitrale*, in *Foro it.*, 2005, I, cc. 1770 ss.

¹⁹⁶ Per esempio la giurisprudenza rileva che il richiamo alle regole del c.p.c. per potere valere in ambito arbitrale deve essere specifico e non deve costituire un

informalità e discrezionalità, caratteristiche che possono costituire un *vulnus* per la parte debole. Infatti, accanto alla opportunità per le parti di stabilire nella convenzione d'arbitrato, o con atto separato, purché antecedente all'inizio del processo arbitrale, le norme che gli arbitri devono seguire, è previsto che, in assenza di una siffatta previsione, sia compito degli arbitri delineare le regole del procedimento.

Per tale motivo è fondamentale verificare come il rispetto della parità delle armi possa conciliarsi con la libertà di definire le regole del processo¹⁹⁷, riconosciuta anche dai regolamenti arbitrali. Questa esigenza si mostra particolarmente viva nella fase istruttoria in senso stretto del procedimento arbitrale, che, alla luce della peculiarità dei diritti che entrano in gioco, anche nel processo innanzi al giudice statale, subisce delle deroghe rispetto alla disciplina ordinaria.

Infatti, per quanto qui interessa¹⁹⁸, la posizione di subordine di un coniuge rispetto all'altro si manifesta, generalmente, nell'inconsapevolezza dell'effettiva «attività di guadagno della famiglia»¹⁹⁹. Ciò si ripercuote nell'impossibilità di una corretta quantificazione del diritto al mantenimento che spetta alla parte debole del rapporto entrato in crisi.

Per sopperire a questa situazione e garantire la concreta tutela del coniuge c.d. debole, gli ordinamenti che fanno ricorso al giudizio arbitrale hanno predisposto normative specifiche volte a garantire una piena *discovery* della situazione patrimoniale dei coniugi.

mero rinvio. Sul punto, Cass., sez. un., 5 maggio 2011, n. 9839, in *Foro it.*, 2011, I, cc. 2057 ss., in tema di forma della domanda di arbitrato e di procura alle liti. Sul punto, si veda, però, SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., p. 395.

¹⁹⁷ Non si può sottacere che talvolta questa libertà possa costituire un *vulnus* per la parte debole. Mi riferisco, in particolare, all'assenza di un regime preclusivo in arbitrato, come osservano Cass., 7 febbraio 2007, n. 2717, in *Foro it.*, 2008, I, cc. 1613 ss.; Cass., 3 maggio 2004, n. 8320, in *DeJure*; Cass., 14 febbraio 2000, n. 1608, in *Mass. Giust. civ.*, 2000, p. 321.

¹⁹⁸ Questa esigenza è ulteriormente valorizzata quando entra in gioco la posizione della prole, come sancisce, tra l'altro, l'art. 337-ter c.p.c. Sul punto, F. DANOVI, *Il processo di separazione e di divorzio*, cit., pp. 424 ss.; CARNEVALE, *La separazione giudiziale, il divorzio contenzioso e lo scioglimento delle unioni civili, in Diritto processuale della famiglia*, cit., pp. 53 ss.

¹⁹⁹ Come evidenzia IMBROGNO, *Arbitration as an Alternative to Divorce Litigation: Redefining the Judicial Role*, 2003, cit., § B.

Il *North Carolina Family Arbitration Act* prevede che le corti statuali prestino la debita assistenza tecnica in materia di *discovery* e in più in generale nell'assunzione delle prove, a favore dell'arbitro²⁰⁰. Diversamente nel Michigan²⁰¹ e nel New Mexico²⁰² è previsto che le parti redigano una relazione giurata sulle proprie condizioni patrimoniali.

Nel medesimo senso si esprime anche la *Rules 12* dell'arbitrato amministrato *Ifla (financial scheme)*²⁰³, che, attribuisce agli arbitri il

²⁰⁰ Sec. 50-49.

²⁰¹ Sec. 600-5074: "(a) Real property; (b) Checking and savings account balances, regardless of the form in which the money is held. (c) Stocks and bonds. (d) Income tax refunds due the parties. (e) Life insurance, including cash value and amount payable at death. (f) Loans held as a creditor or money owed to the parties in whatever form. (g) Retirement funds and pension benefits. (h) Professional licenses. (i) Motor vehicles, boats, mobile homes, or any other type of vehicle including untitled vehicles. (j) Extraordinary tools of a trade. (k) Cemetery lots. (l) Ownership interests in businesses. (m) Limited partnerships. (n) Other assets in whatever form". Si aggiungono anche, necessariamente: "(a) Secured and unsecured credits. (b) Taxes. (c) Rents and security deposits. (d) All other liabilities in whatever form".

²⁰² Sec. 40-4-7.2 (K)

²⁰³ In verità questo articolo disciplina una «*alternative procedure*», caratterizzata da una successione temporale di adempimenti molti stringenti. Si prevede, infatti, «*In any case where it is appropriate, the parties may agree or the arbitrator may decide to adopt the procedure set out in this Article. 12.2 The parties may at any stage agree (with the concurrence of the arbitrator) or the arbitrator may direct any variation or addition to the following steps and/or timetable. In particular, the arbitrator may at any stage allow time for the parties to consider their positions and pursue negotiations with a view to arriving at an amicable settlement (see, also, Arts. 17.1 and 17.2). 12.3 Within 56 days of the arbitrator communicating to the parties his or her acceptance of the appointment, each party will complete and send to the arbitrator and to the other party a sworn statement as to their financial situation (in the form of the 'Form E' or 'Form E1' Financial Statement in accordance with the Family Procedure Rules 2010, as appropriate) together with such further evidence or information as the arbitrator may direct. 12.4 Within 28 days of receipt of the other party's financial statement, each party may send to the arbitrator and to the other party a questionnaire raising questions and/or requesting information and/or documents. 12.5 Within 14 days of receipt of a questionnaire, a party may send to the arbitrator and to the other party reasoned objections to answering any of the questions or meeting any of the requests, together with a submission as to whether a preliminary meeting is required. 12.7 Within 14 days of receipt of objections or, if there is a preliminary meeting, within a reasonable time after that meeting, the arbitrator will direct in respect of each party: (a) which questions are to be answered and which requests are to be met, together with the time within which*

potere di acquisire in ogni momento i documenti che ritengono utili per la risoluzione della lite, di ordinarne l'esibizione e di procedere alla custodia di tutti i beni che fanno parte della contesa dei coniugi, inclusi i beni immobili²⁰⁴.

Il nostro ordinamento, pur non avendo una specifica disciplina al riguardo, si può avvalere di diverse previsioni normative che consentono di offrire una peculiare tutela alla parte c.d. debole. Al contempo, non si può sottacere come i poteri degli arbitri siano ancora fortemente limitati: la tanto auspicata cooperazione tra arbitri e giudici non trova ancora completa realizzazione²⁰⁵.

Le esperienze arbitrali d'oltralpe e la disciplina applicabile al processo ordinario interno dimostrano che l'esibizione dei documenti²⁰⁶ (e anche l'ispezione) costituiscono elementi portanti

these things are to be done; (b) which property is to be valued, who is to undertake the valuation, how they are to be appointed and the time within which the valuation is to be carried out; and (c) any other steps for providing information, dealing with enquiries or clarifying issues as may be appropriate. Within a reasonable time of receipt from both parties of replies to questionnaires, valuations and any other information as may have been required, the arbitrator may convene a further meeting to review progress, address outstanding issues and consider what further directions are necessary. 12.8 The arbitrator will give detailed directions for all further procedural steps in the arbitration including (but not limited to) the following: (a) the drawing up of lists of issues and schedules of assets; (b) written submissions; (c) arrangements for any meeting or hearing and the procedures to be adopted at these events; (d) time limits to be imposed on oral submissions or the examination of witnesses, or any other procedure for controlling the length of hearings».

²⁰⁴ Afferma l'art. 8.4, «Further, and/or in particular, the arbitrator will have the power to: a) direct a party to produce information, documents or other materials in a specified manner and/or within a specified time; b) give directions in relation to any property which is the subject of the proceedings or as to which any question arises in the proceedings, and which is owned by or is in the possession or control of a party to the proceedings for the inspection, photographing, valuation, preservation, custody or detention of the property by the tribunal, an expert or a party».

²⁰⁵ Sempre attuali appaiono le parole di CARPI, *L'arbitrato rituale tra autonomia e assistenza giudiziaria*, in *Contr. e impr.*, 1990, pp. 901 ss.

²⁰⁶ Soprattutto per quanto concerne le dichiarazioni dei redditi, che, conforme alle indicazioni della disciplina di diritto comune dovranno essere già prodotte al momento degli atti introduttivi. Qualora ciò non avvenga gli arbitri dovranno emettere un apposito ordine di esibizione, così come deve fare il giudice ordinario (sul punto, Trib. Roma, 25 novembre 2011, in *Fam. e dir.*, 2012, pp. 386 ss., con nota di BUGETTI, *Tentativi di disclosure (all'italiana) nei processi di separazione di divorzio*).

per la definizione dell'effettiva consistenza patrimoniale della famiglia entrata in crisi.

La disciplina di diritto comune dell'arbitrato e, in verità, anche i regolamenti arbitrali generalmente in uso, non contengono alcun riferimento a questi istituti. Tuttavia, gli interpreti²⁰⁷ sono concordi nel riconoscere la possibilità per gli arbitri di ordinare l'esibizione di cose e di documenti nei confronti della controparte o di terzi, come l'ispezione di cose, luoghi, persone, nonché la riproduzione di oggetti, documenti e luoghi, o fatti attraverso l'esperimento giudiziale. Diversamente l'art. 816-ter, comma 6°, c.p.c. prevede che gli arbitri possano richiedere alla pubblica amministrazione informazioni o documenti utili per l'accertamento dei fatti²⁰⁸.

In verità, alla luce della maggiore flessibilità che connota l'arbitrato rispetto al giudizio statale²⁰⁹ è possibile anche immaginare che l'ordine di esibizione vada oltre gli stringenti limiti delineati dall'art. 94 disp. att. c.p.c., che impone la specifica indicazione del documento o della cosa su cui cade l'ordine del giudice.

La possibilità di allentare le maglie delle regole procedurali in materia di esibizione, sicuramente utile nel contesto dell'accertamento della verità, non deve, però, tradursi in un arbitrio, in una ricerca meramente esplorativa di documenti senza neppure essere a conoscenza della loro eventuale esistenza.

A tale proposito degna di nota è la disciplina delle *Iba Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, che all'art. 3 ritiene sufficiente l'indicazione della «*category of documents*», la

²⁰⁷ SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., p. 447; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, cit., pp. 321 ss.; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II, Padova, 2012, pp. 237 ss.; DITTRICH, *La collaborazione del giudice statale nell'istruzione probatoria arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, pp. 1166 ss.

²⁰⁸ Per esempio, alla luce della generalità della previsione legislativa, non vedo ragioni per negare agli arbitri la possibilità di chiedere l'accertamento della polizia tributaria, considerata, nel giudizio innanzi al giudice statale, un ausiliario del giudice (Trib. Salerno, ord., 15 febbraio 2011, in *Fam. e dir.*, 2011, pp. 897 ss.).

²⁰⁹ SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., p. 433; sul concetto di flessibilità si rimanda alle osservazioni di CARPI, *Note su arbitrato, processo e prova*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, pp. 1145 ss., che distingue tra flessibilità e informalità; BRIGUGLIO, *Riflessioni sulla prova nell'arbitrato, fra individuazione delle regole applicabili e flessibilità arbitrale (con una esercitazione conclusiva sulla «non contestazione»)*, in *Riv. arb.*, 2013, pp. 859 ss.

cui esistenza è oggetto di ragionevole convinzione. Si tratta di una possibilità introdotta di recente anche dal nostro legislatore. Il d.lgs. del 19 gennaio 2017, n. 3, attuativo della direttiva Ue n. 104 del 2014²¹⁰, in materia di controversie relative alla violazione del diritto europeo e nazionale della concorrenza, rafforza le ipotesi di esibizione di materiale probatorio, prevedendo che l'ordine del giudice debba contenere l'indicazione specifica degli elementi di prova o delle «rilevanti categorie di prove oggetto della richiesta o dell'ordine di esibizione».

I primi commentatori²¹¹ hanno evidenziato che l'allentamento delle regole processuali è sintomatico dei particolari valori che entrano in gioco e che necessitano di una completa ricerca della verità dei fatti.

A mio avviso, stante la libertà che connota la disciplina arbitrale, non vi sono ragioni di impedire un'applicazione analogica di questa previsione: pertanto, l'ordine di esibizione che gli arbitri possono pronunciare può anche contenere solo l'individuazione della categoria dei documenti, nel rispetto, però, dei criteri enunciati dall'art. 3 d.lgs. n. 3 del 2017.

Il problema, invece, che si pone è quello di garantire l'effettività di questo strumento quando la parte o il terzo non collaborino. La disciplina di diritto comune così come i regolamenti arbitrali, a differenza, per esempio, del sistema francese²¹², non introducono alcun correttivo. In verità, come osserva la dottrina²¹³, le lacune presenti in arbitrato con riguardo alla coercibilità diretta dell'ordine di

²¹⁰ Per una prima visione d'insieme, tra gli altri, COMOGLIO, *Note a una prima lettura del d.lgs. n. 3 del 2017. Novità processuali e parziali inadeguatezze in tema di danno antitrust*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2017, pp. 992 ss., in part. pp. 998 ss.

²¹¹ In questo senso BIAVATI, *Argomenti di diritto processuale civile, Aggiornamento n. 3*, 16 maggio 2017, consultabile in www.buponline.it.

²¹² Sul punto si cfr. art. 1469 CPC ove si stabilisce che «*Si une partie à l'instance arbitrale entend faire état d'un acte authentique ou sous seing privé auquel elle n'a pas été partie ou d'une pièce détenue par un tiers, elle peut, sur invitation du tribunal arbitral, faire assigner ce tiers devant le président du tribunal de grande instance aux fins d'obtenir la délivrance d'une expédition ou la production de l'acte ou de la pièce*».

²¹³ DITTRICH, *La collaborazione del giudice statale nell'istruzione probatoria arbitrale*, cit., pp. 1166 ss. e in part. p. 1176.

esibizione o di ispezione nei confronti dei terzi sono comuni al giudizio ordinario. Pertanto, almeno per questo profilo, non è possibile ritenere che la disciplina del processo privato offra minori garanzie rispetto a quelle del processo pubblico.

Per quanto concerne l'ordine di ispezione, dinnanzi all'inottemperanza delle parti²¹⁴ reputo applicabile l'art. 116, comma 2°, c.p.c., richiamato dall'art. 118 c.p.c., che consente al giudice di desumere argomenti di prova dal comportamento delle parti²¹⁵. L'assenza di una specifica previsione in materia di esibizione, anche all'interno del processo pubblico, mi induce a ritenere che la sanzione prevista in materia di ispezione possa trovare applicazione analogica anche in questo caso²¹⁶.

Il vuoto di tutela si verifica quando sia il terzo a non rispettare l'ordine del giudice: infatti, gli arbitri, mancando di poteri coercitivi, non potranno infliggere al terzo alcuna pena pecuniaria, come è previsto dall'art. 118 c.p.c. in ordine all'ispezione.

Per quanto concerne, invece, l'esibizione, oltre a mancare una sanzione per il mancato rispetto della richiesta dell'arbitro, non ritengo né che il terzo possa essere citato nel giudizio, non essendogli in alcun modo estensibile la convenzione arbitrale stipulata dalle parti, né che possa trovare applicazione la disciplina della sua opposizione (art. 211 c.p.c.).

Per tali ragioni è inevitabile concludere che l'ordine di esibizione si trasformi in un mero invito.

Nell'attuale vuoto normativo, l'unico modo per aggirare queste limitazioni è abbracciare la proposta interpretativa avanzata, già da tempo, da autorevole dottrina²¹⁷, e cioè la possibilità di ri-

²¹⁴ L'art. 3, comma 5° e ss. delle *Iba Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* consente alle parti di scrivere al collegio arbitrale per contestare la richiesta di esibizione.

²¹⁵ Ritiene che la distinzione tra prova e argomenti di prova «evapori» all'interno del processo arbitrale, BOVE, *La giustizia privata*, Padova, 2015, p. 127.

²¹⁶ CARNACINI, voce *Arbitrato rituale*, in *Noviss. dig.*, I, 2, Torino, 1958, pp. 891 ss.

²¹⁷ È la ricostruzione proposta da TARZIA, *Istruzione preventiva e arbitrato rituale*, in *Riv. arb.*, 1991, p. 723. Non condivide questa lettura VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2015, pp. 152-153.

correre alla istruzione preventiva²¹⁸ al fine di combattere il rifiuto del terzo ad eseguire l'ordine di esibizione o di ispezione. In sostanza, l'insigne autore ritiene possibile, in virtù della generale previsione di cui all'art. 818 c.p.c., risolvere l'*impasse* attraverso l'intervento del giudice ai sensi dell'art. 696 c.p.c., introducendo, quindi, un'interessante interpretazione correttiva del criterio di «urgenza» richiesto dalla norma in esame, modellata sulle esigenze del giudizio arbitrale²¹⁹.

Una volta acquisita la prova, il relativo verbale troverà ingresso nel giudizio arbitrale²²⁰ mediante, come è evidente, un semplice deposito.

Al contempo, anche in arbitrato valido ausilio per la definizione del concreto ammontare della situazione patrimoniale può derivare dalla disciplina della prova testimoniale, la cui effettività è garantita dalla possibilità di ricorrere all'aiuto giudiziario in caso di testimone renitente²²¹ e dalla consulenza tecnica, la cui ammissibilità in arbitrato è riconosciuta dallo stesso dettato normativo.

²¹⁸ SALVANESCHI, *Sui rapporti tra istruzione preventiva e procedimento arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1993, pp. 619 ss.

²¹⁹ TARZIA, *Istruzione preventiva e arbitrato rituale*, cit., p. 723, il quale osserva che il problema dell'urgenza deve essere risolto attraverso una lettura costituzionalmente orientata del testo normativo, idoneo ad adeguare il particolare assetto del giudizio arbitrale. Afferma, quindi, la possibilità di formulare l'ipotesi che «il fondato motivo di temere che siano per mancare uno o più testimoni» possa essere riferito non solo al precario stato di salute del teste, ma anche ad altre situazioni a lui facenti capo, come il rifiuto, espresso o tacito, di comparire davanti agli arbitri.

²²⁰ Interessante è la pronuncia del Coll. arb. Roma, 4 giugno 2010, in *Riv. arb.*, 2010, p. 315, con nota di TEODOLDI, secondo cui «l'accertamento tecnico preventivo acquisito nell'arbitrato ha la stessa efficacia delle prove assunte nel corso dell'arbitrato, a condizione che sia stato assicurato il rispetto del contraddittorio».

²²¹ Ritengo applicabile anche in arbitrato la sanzione prevista dall'art. 255 c.p.c. Sul punto, SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., p. 444; F. DANOVI, *L'istruzione probatoria nella nuova disciplina dell'arbitrato rituale*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 34; DITTRICH, *La collaborazione del giudice statale nell'istruzione probatoria arbitrale*, cit., p. 1166; GHIRGA, *Istruzione probatoria*, in MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., p. 227; VERDE, *Lineamenti*, cit., p. 153; BOVE, *La giustizia privata*, cit., p. 129; *contra*: G.F. RICCI, *Istruzione probatoria*, in CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., p. 513; PUNZI, *Disegno sistematico sull'arbitrato*, II, cit., p. 264.

Accanto a queste previsioni, ritengo che, pur nel rispetto dei fatti allegati dalle parti²²², non possano essere esclusi, come osserva la dottrina²²³, poteri istruttori d'ufficio degli arbitri, che, oltre a trovare espressa enunciazione nel processo pubblico²²⁴, sono espressione dello stesso potere dispositivo dei litiganti²²⁵. Si tratta di una possibilità riconosciuta anche nei regolamenti degli enti amministratori²²⁶.

Tuttavia, questo ampio potere attribuito agli arbitri deve confrontarsi con la necessità imposta dalle norme di diritto sostanziale di garantire l'attuazione di un processo non discrezionale. In tale senso devono essere lette le previsioni che impongono agli arbitri, per esempio nello stato dell'Indiana²²⁷ e in quello dell'Ontario²²⁸, di verbalizzare tutta l'attività svolta all'interno del processo, imponendo la conservazione dei verbali per almeno dieci anni. È stabilita anche la compilazione da parte degli arbitri di appositi questionari, che costituiscono per lo Stato un'arma di controllo degli arbitrati familiari.

Anche il nostro ordinamento consente un controllo dell'attività processuale degli arbitri.

²²² CARNACINI, voce *Arbitrato rituale*, cit., p. 890; REDENTI, M. VELLANI, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 1999, pp. 587 ss. che ammettono la possibilità di avvalersi in alcuni casi della propria scienza privata; nel medesimo modo VERDE, *Lineamenti*, cit., p. 151.

²²³ SATTÀ, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, cit., p. 276; LA CHINA, *L'arbitrato*, cit., p. 185; MARENGO, *Processo arbitrale*, in FAZZALARI (a cura di), *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, Milano, 2006, p. 4; E.F. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, Milano, 1974, p. 141; BOVE, *La giustizia privata*, cit., pp. 143 ss.

²²⁴ Come osserva CARNEVALE, *La separazione giudiziale, il divorzio contenzioso e lo scioglimento delle unioni civili*, in *Diritto processuale della famiglia*, cit., pp. 58-59; F. DANOVI, *Il processo di separazione e di divorzio*, cit., pp. 424 ss.

²²⁵ Sul punto F. DANOVI, *L'istruzione probatoria nella nuova disciplina dell'arbitrato rituale*, cit., p. 27.

²²⁶ Come prevede, per esempio, l'art. 14, comma 3°, del regolamento della Camera arbitrale di Roma, l'art. 12-bis, comma 1°, di quello di Bologna e l'art. 22, comma 5°, del regolamento dell'Associazione italiana arbitrato.

²²⁷ Ind. Code § 34-57-5-6.

²²⁸ Ontario Regulation 134/07 *family arbitration*, Rules 7-8; sul punto anche PREDKO – GREGORY, *Family arbitration in Ontario, recent changes*, 2006, *Uniform law conference of Canada, civil law section*, in www.ulcc.ca, par. 11.

Innanzitutto, come osservano gli interpreti²²⁹, anche i giudici privati hanno l'obbligo di verbalizzare le attività compiute all'interno del processo arbitrale; optare per una diversa soluzione vorrebbe dire impedire o comunque limitare la possibilità di impugnare il lodo arbitrale. Al contempo anche i regolamenti degli enti amministratori prevedono la verbalizzazione delle udienze²³⁰ e la custodia per dieci anni del fascicolo d'ufficio²³¹.

Infine, ritengo che la realizzazione di un equo processo arbitrale imponga alle parti di ricorrere alla difesa tecnica. Pertanto, come già si è visto, affinché la scelta dello strumento arbitrale sia consapevole diviene preminente il ruolo dei difensori, i quali devono informare preventivamente la parte delle caratteristiche dell'arbitrato²³² e devono sostenerla per tutto il corso del giudizio.

6.4. *Segue: il problema dei costi*

Il rispetto del principio del contraddittorio non si esplica unicamente mediante la preventiva conoscenza di regole procedurali certe, ma anche attraverso una chiara disciplina dei costi della procedura. Al contempo il problema dell'*access to justice*²³³ non comprende

²²⁹ G.F. RICCI, *Svolgimento del processo*, in *Arbitrato*, cit., p. 459 ss.; DELLA PIETRA, in VERDE (a cura di), *Diritto dell'arbitrato*, Torino, 2005, pp. 249 e 250; BOVE, *La giustizia privata*, cit., p. 118; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., II, pp. 33 ss., che ammette anche la possibilità di una verbalizzazione sintetica, purché sia idonea a raggiungere lo scopo per la quale l'attività è posta in essere. In realtà già Satta riteneva sussistente tale dovere (SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, cit., p. 277).

²³⁰ Per esempio, l'art. 24, comma 3°, del Regolamento della Camera arbitrale di Milano; l'art. 15 del Regolamento della Camera arbitrale di Roma; l'art. 16 del Regolamento della Camera arbitrale di Bologna.

²³¹ Stessa previsione è contenuta all'art. 31, comma 3°, regolamento dell'Associazione italiana per l'Arbitrato; all'art. 33 del regolamento della Camera arbitrale di Bologna. Diversamente la Camera arbitrale di Roma prescrive la conservazione del fascicolo per 3 anni (art. 26).

²³² Interessanti sono le osservazioni di E. SILVESTRI, *La «court-annexed arbitration»: un nuovo rimedio per un vecchio problema*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1995, p. 1036, ove parla proprio di una etica della *informal justice*.

²³³ Ampliamente esaminato da COMOGLIO, *I modelli di garanzia costituzionale del processo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, pp. 673 ss.; ID., *Abuso del diritto di*

unicamente quello dei costi, evidentemente presenti nella giustizia arbitrale, ma anche quello della effettiva durata dei processi, che nella definizione delle controversie fra coniugi assume una primaria importanza.

Rimandando alle osservazioni che più diffusamente verranno compiute nel capitolo che segue, è indiscutibile che il legislatore italiano non abbia mai affrontato questo problema in modo sistematico e completo, tanto che nell'attuale contesto normativo l'unico strumento in grado di determinare una limitazione dei costi è il ricorso all'arbitrato amministrato. Peraltro, alcuni enti amministratori, conformandosi alla prassi già diffusa al di fuori dei nostri confini, come per esempio l'esperienza tedesca della *Süddeutsches Familienschiedsgericht*, prevedono anche la possibilità, per garantire un ulteriore contenimento delle spese, di accedere ai c.d. «*arbitration on the papers*», un processo semplificato e documentale a costi assai contenuti, nel quale l'arbitro si limita, lette le difese, a pronunciare il lodo²³⁴.

Al di fuori dell'arbitrato amministrato il raggiungimento di questo risultato, invece, trova difficile realizzazione.

Piccoli palliativi possono derivare dalla devoluzione della controversia ad un arbitro unico, ma in questo caso è necessaria un'espressa previsione all'interno del patto compromissorio²³⁵; oppure dall'utilizzo dei sistemi informatici non solo nella attività «epistolare» con l'arbitro, ma anche nella gestione delle adunanze arbitrali²³⁶.

difesa e durata ragionevole del processo: un nuovo parametro per i poteri direttivi del giudice?, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1686 ss.; Id., *Tutela differenziata e pari effettività nella giustizia civile*, ivi, 2008, pp. 1509 ss.

²³⁴ WADE, *Arbitration of Matrimonial Property Disputes*, cit., p. 421, che cita l'esempio dell'Australia. Questo meccanismo è altresì previsto nella disciplina generale dell'arbitrato in Spagna: infatti all'art. 30 della *Ley 60 del 2003* si legge «*Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros decidirán si han de celebrarse audiencias para la presentación de alegaciones, la práctica de pruebas y la emisión de conclusiones, o si las actuaciones se sustanciarán solamente por escrito*».

²³⁵ In altri ordinamenti, invece, vige la regola dell'arbitro unico, come pone in luce, WALKER, *Arbitrating Family Law Cases by Agreement*, in *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, 2003, pp. 429 ss.

²³⁶ BURLERSON, *Matrimonial Arbitration*, in www.aaml.org, par. VI. L'art. 6.4 della *guide to the family law arbitration scheme* prevede che la conduzione del processo dipende dal diritto che entra in gioco (art. 6.4 «*The family arbitration process*

Inoltre, in virtù dell'obbligo sancito dall'art. 27 del codice deontologico forense²³⁷, si può immaginare un accordo preventivo con l'arbitro sui costi che la procedura determinerà²³⁸.

6.5. *Segue: il rispetto della legge sostanziale*

L'ultimo requisito che impone un "giusto processo" arbitrale è la garanzia del rispetto della legge sostanziale e, nello specifico, quella inderogabile in materia di famiglia.

L'effettiva realizzazione di questo aspetto, come dimostrano le esperienze applicative dell'arbitrato nel contesto familiare, passa attraverso il concorso di alcuni elementi: la preparazione del giudicante, il divieto di giudizio secondo equità, la corretta redazione del lodo e la previsione della sua impugnazione per violazione delle norme di diritto.

Per quanto riguarda la preparazione dell'arbitro si rimanda a quanto ho già detto in precedenza. Lo stesso dicasi per il giudizio secondo equità²³⁹, che, come ho dimostrato, non è facilmente com-

will depend on the nature of the parties' dispute and their preferences, and that of the arbitrator, as to procedure. It may be a document-only procedure, or be conducted by telephone and/or face-to-face meetings»).

²³⁷ All'avvocato è imposto, ai sensi del comma 2°, di «informare il cliente e la parte assistita sulla prevedibile durata del processo e sugli oneri ipotizzabili; deve inoltre, se richiesto, comunicare in forma scritta, a colui che conferisce l'incarico professionale, il prevedibile costo della prestazione».

²³⁸ In questa direzione si pone la *rule 10N (2)* del *Family law act* australiano, ove si afferma che «*The arbitrator must give written information about those fees to the parties before the arbitration starts*» è consultabile in www.comlaw.gov.au; oppure la *rule 34* annessa al *North Carolina Family Arbitration Act*, secondo cui è obbligatorio accordarsi con l'arbitro sul compenso al momento della nomina. Stesso meccanismo opera anche nell'arbitrato *Ifla* (art. 4.1. *A Guide to the family Law Arbitration scheme* stabilisce che «*The family arbitrator's fees and expenses. The family arbitrator and the parties will agree the arbitrator's fees at the beginning of the family arbitration. The usual arrangement will be for each of the parties to bear the family arbitrator's fees and expenses in equal shares*»), che privilegia una divisione dei costi in modo ugualitario.

²³⁹ Medesimo discorso vale per l'eventuale applicazione di una legge diversa da quella italiana. Sul punto l'interessante questione che si è sviluppata nell'Ontario canadese, ricostruita da ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrato e famiglia nelle esperienze d'oltre confine*, pp. 504 ss.

patibile con le esigenze di protezione che caratterizzano l'esercizio dell'azione arbitrale "vincolata".

In questa sede, la mia attenzione si concentrerà sui restanti requisiti, la cui disamina, per gli evidenti intrecci, non può che avvenire simultaneamente.

Il corretto rispetto della legge sostanziale necessita una completa ed esaustiva analisi dei motivi che sorreggono la decisione arbitrale: mediante una particolareggiata motivazione²⁴⁰ è possibile comprendere come i giudici hanno applicato la legge sostanziale inderogabile.

Tale esigenza trova conferma nella previsione di cui all'art. 823 c.p.c., ove è prevista «l'esposizione sommaria dei motivi», la cui omissione, non solo formale, ma anche sostanziale, determina la nullità del lodo²⁴¹.

Al contempo, però, una completa motivazione non è sintomo della sua bontà.

Per tale motivo, gli ordinamenti d'oltreoceano prevedono che il lodo possa essere impugnato, in caso di frode, inattuabilità, parzialità dell'arbitro e violazione del contraddittorio; profili che possono essere esaminati attraverso il ricorso alla revocazione, ammissibile, come è noto, anche con riguardo al lodo arbitrale²⁴².

Un discorso specifico, invece, deve essere compiuto con riguardo all'impugnabilità del lodo per violazione delle norme di diritto, la cui esperibilità nel nostro ordinamento è limitata²⁴³, al di fuori della

²⁴⁰ In verità l'onere motivazionale anche nel processo ordinario ha subito un'evoluzione, legata alle esigue risorse disponibili. Sul punto, RASIA, *La crisi della motivazione nel processo civile*, Bologna, 2016.

²⁴¹ TARUFFO, *Sui vizi di motivazione del lodo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1991, pp. 507 ss.; *Id.*, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, pp. 370 ss.

²⁴² Si ricordi, infatti, che il legislatore ha esteso all'arbitrato la disciplina della revocazione, tanto che il lodo può essere impugnato se vi è dolo delle parti, del giudice, se si è giudicato su prove dichiarate false, oppure se dopo l'emanazione del lodo sono stati trovati uno o più documenti decisivi che la parte non ha potuto produrre nel processo per causa di forza maggiore o per fatto dell'avversario.

²⁴³ In questo senso è la disciplina nel North Carolina, che consente sempre l'impugnazione del lodo con riguardo alla disciplina dell'affidamento dei figli e del loro mantenimento. Sul punto, WALKER, *Family law arbitration form the court perspective*, cit., p. 19.

materia di lavoro²⁴⁴, solo nel caso di espressa previsione delle parti o della legge e qualora l'arbitro abbia dovuto risolvere una questione pregiudiziale su materia che non possa essere oggetto di convenzione d'arbitrato.

In questo caso, tuttavia, le esigenze di protezione imposte dalle norme sostanziali esigono una lettura correttiva della normativa interna, che conduce, come si è visto²⁴⁵, alla possibilità di fare valere siffatto vizio all'interno della violazione dell'ordine pubblico, inteso naturalmente come ordine pubblico di protezione (*rectius* arbitrale).

Detto ciò, però, la disciplina positiva incontra un limite.

Come è noto, le sentenze di separazione, come quelle di divorzio, in relazione agli aspetti economici e dell'affidamento dei figli, passano in giudicato *rebus sic stantibus*, rimangono cioè suscettibili di modifica a mezzo degli speciali procedimenti previsti dalla legge.

È, quindi, inevitabile chiedersi in primo luogo se anche il lodo emesso in materia familiare possa essere oggetto di revisione tramite i meccanismi previsti attualmente dalla legge e, in secondo luogo, se tali modifiche debbano essere richieste agli arbitri o al giudice.

Dico subito che non vedo ragioni per escludere che il lodo possa essere emendato, qualora sorgano nuovi fatti che determinano la necessità di apportare delle modifiche alla precedente statuizione.

Tale conclusione trova sostegno nella stessa previsione di cui all'art. 824-*bis* c.p.c. che parifica gli effetti del lodo a quelli della sentenza: infatti, presupposti per l'operare dei procedimenti di modifica delle condizioni di separazione e divorzio sono la domanda di parte e la definitività dei provvedimenti che chiudono i rispettivi giudizi²⁴⁶.

Al contempo, bisogna anche ricordare che la peculiare natura della sentenza di separazione e di divorzio nasce delle specifiche situazioni sostanziali che entrano in gioco, che devono, pertanto, godere di una medesima tutela anche in sede di arbitrato.

²⁴⁴ Oltre specifiche previsione, come ad esempio in materia societaria e di appalti pubblici.

²⁴⁵ Si rimanda alle osservazioni del cap. II, parte prima.

²⁴⁶ Come pone in luce, Cass., 24 luglio 2007, n. 16398, in *Fam. e dir.*, 2008, pp. 695 ss.; Cass., 22 aprile 2002, n. 5861, in *Mass. Giust. civ.*, 2002, p. 701 ss.; Cass., 5 marzo 2001, n. 3149, in *Fam. e dir.*, 2001, pp. 442 ss.; Cass., sez. un., 27 luglio 1993, n. 8389, in *Rep. Giust. civ.*, 1993, p. 53.

Come la sentenza anche il lodo²⁴⁷ potrà essere oggetto di annotazione nel registro degli atti di matrimonio e nel registro degli atti di nascita.

Semmai si pone la questione di stabilire chi sia competente a verificare l'avvenuto passaggio in giudicato del lodo, compito che, nel processo innanzi al giudice civile, è attribuito al cancelliere dell'organo giudiziario che ha emanato la relativa statuizione.

Nel caso di arbitrato amministrato ritengo che questo compito possa essere assolto dall'ente amministratore, soggetto *super partes*; diversamente nell'arbitrato di diritto comune solo gli avvocati di parte possono assolvere un simile incombenza. Peraltro, questa interpretazione è coerente con l'innovato ruolo a loro attribuito dalla disciplina in materia di negoziazione assistita²⁴⁸.

Al contempo, se non vi sono dubbi per consentire al provvedimento arbitrale di essere oggetto dei procedimenti di revisione previsti dalla legge innanzi al giudice, ci si potrebbe chiedere se la revisione delle condizioni di separazione o di divorzio possa essere demandata al giudizio di arbitri, come avviene in alcuni stati nordamericani²⁴⁹.

Di fronte all'evidente vuoto normativo, si potrebbe immaginare, seppure sia consapevole di forzare il dato normativo, di applicare estensivamente l'istituto della correzione del lodo²⁵⁰. Tuttavia, questa lettura incontra diversi limiti: innanzitutto tale disciplina può operare solo entro un anno dalla comunicazione del lodo; inoltre, stante il dettato dell'art. 815 c.p.c., non è possibile rivolgere la domanda di modifica delle condizioni allo stesso arbitro che ha emesso il lodo, elemento che, invece, connota il procedimento di correzione del provvedimento arbitrale. A ciò si aggiunga che la procedura di

²⁴⁷ Come è noto lo stesso accordo di negoziazione assistita può essere annotato (art. 6, d.l. n. 132 del 2014).

²⁴⁸ GAIMO, *Norme imperative e negoziazione assistita nelle controversie familiari. Il ruolo degli avvocati del pubblico ministero*, in *Dir. fam. pers.*, 2016, pp. 1066 ss.

²⁴⁹ Come per esempio si verifica nel North Carolina (Sec. 50-56).

²⁵⁰ Sul tema in via generale, PUNZI, *La «revisione interna» del lodo arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, pp. 1409 ss.

correzione non consente di contemperare l'emissione di eventuali provvedimenti urgenti e temporanei²⁵¹.

Si tratta, quindi, di una ipotesi esegetica non attuabile.

L'unica strada che mi pare percorribile è quella di instaurare un nuovo arbitrato. Questa possibilità potrebbe essere stata già prevista dalle parti all'interno della convenzione arbitrale non contrattuale o dell'accordo di negoziazione. In caso contrario i coniugi dovranno sottoscrivere uno specifico compromesso.

La lettura proposta non può essere esclusa dalla specialità del rito connotante il processo di revisione delle condizioni di separazione e di divorzio: come si è già spiegato e si avrà modo di approfondire ulteriormente, la peculiarità del rito non può costituire un limite al ricorso del giudizio arbitrale, qualora vi siano diritti disponibili.

Nel caso di specie, come osserva la dottrina, si è di fronte, indipendentemente dal contenitore processuale utilizzato²⁵², a un giudizio contenzioso vertente su diritti soggettivi²⁵³ e, nello specifico, su

²⁵¹ Possibilità che è esclusa agli arbitri sia che si concluda per la natura cautelare (E. MERLIN, *Procedimenti cautelari e urgenti in genere*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., IV, Torino, 1997, p. 428; CIVININI, *I procedimenti in camera di consiglio*, II, Torino, 1994, p. 571) oppure sommaria non cautelare di detti provvedimenti (PUNZI, *La modifica dei provvedimenti relativi alla separazione di coniugi (a proposito della L. 29 luglio 1988, n. 311)*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, p. 652; CAPPONI, *Il novellato art. 710 del codice di procedura civile*, in *Foro it.*, 1988, V, c. 517; MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, III, Torino, 2016, p. 124, nota 116).

²⁵² Sul punto, tra gli altri, PROTO PISANI, *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. c.p.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, pp. 909 ss.

²⁵³ Come osserva F. DANOVI, *Il processo di operazione e divorzio*, cit., pp. 842 ss., in part. p. 848; NASCOSI, *La modifica delle condizioni di separazione, di divorzio e di scioglimento delle unioni civili*, cit., p. 201; TOMMASEO, *Commento all'art. 710*, in CIAN, OPPO, TRABUCCHI (a cura di), *Commentario al diritto italiano della famiglia*, VI, 1, cit., pp. 582 ss.; GIUSTI, *Il diritto processuale della famiglia*, II, Torino, 2005, p. 1237; in senso contrario, BIANCHI, *Il giudizio di modificazione delle condizioni di separazione dei coniugi di cui all'art. 710 c.p.c.*, Napoli, 2012, p. 206, che rileva che il procedimento delineato dall'art. 710 c.p.c. sia l'unico possibile per modificare la sentenza di separazione. In verità, secondo un altro orientamento la natura del procedimento dipende dal suo oggetto: si deve discorrere di volontaria giurisdizione quando la domanda giudiziale investe le condizioni inerenti l'affidamento della prole, mentre conserva carattere contenzioso qualora la domanda abbia ad oggetto il mutamento delle condizioni patrimoniali tra i coniugi ed il mantenimento della prole (sul punto, CIVININI, *I procedimenti in camera di consiglio*, cit., pp. 565 ss.; VULLO, *Sull'inammissibilità del reclamo cautelare contro i provvedimenti provvisori assunti nel giudizio di modificazione delle condizioni di separazione ai sensi*

un peculiare diritto di credito che, alla luce delle osservazioni già compiute, è pienamente arbitrabile²⁵⁴. La conferma di questa interpretazione deriva dal fatto che il decreto che conclude il giudizio è reclamabile con ricorso straordinario in Cassazione *ex art.* 111, comma 7, c.p.c. e la statuizione definitiva è idonea a passare in giudicato formale e sostanziale.

Anche in questo caso, però, si pone il problema di garantire l'attuazione dei cc.dd. provvedimenti provvisori, *ex art.* 710, comma 3°, c.p.c., che, come si è visto in precedenza, indipendentemente dal fatto che siano riconducibili al *genus* dei provvedimenti cautelari o a quello dei provvedimenti sommari, avente natura speciale²⁵⁵, impongono l'adozione di una misura di natura provvisoria, ritenuta, a mio avviso, non ammissibile all'interno del processo arbitrale.

7. Alcune riflessioni sull'arbitrabilità delle unioni civili tra le persone dello stesso sesso e dei contratti di convivenza

Come è noto la legge 20 maggio 2016, n. 76 ha introdotto anche nel nostro ordinamento, dopo le innumerevoli sollecitazioni derivanti dalla Corte costituzionale²⁵⁶ e da quella europea²⁵⁷, una “rego-

dell'art. 710, ult. comma c.p.c., in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, pp. 311 ss.; CARRATTA, *I procedimenti camerali-sommari in recenti sentenze della Corte Costituzionale*, ivi, 1992, pp. 1083 ss.

²⁵⁴ In questo caso si ritiene che non sia necessaria neppure la partecipazione del pubblico ministero, F. DANOVI, *Il processo di operazione e divorzio*, cit., p. 852, a cui si rimanda anche per le posizioni contrarie; NASCOSI, *La modifica delle condizioni di separazione, di divorzio e di scioglimento delle unioni civili*, cit., p. 204.

²⁵⁵ Ampliamente VULLO, *Sull'inammissibilità del reclamo cautelare*, cit., pp. 302 ss.; CARRATTA, *La riforma dell'art. 710 c.p.c.*, in *Dir. fam.*, 1990, pp. 213 ss.; E. MERLIN, voce *Procedimenti cautelari e urgente in generale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IV, Torino, 1996, p. 428; F. DANOVI, *Il processo di operazione e divorzio*, cit., p. 860.

²⁵⁶ Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138, in *Foro it.*, 2010, I, cc. 1367 ss., con nota di DEL CANTO, ROMBOLI; Corte cost., 11 giugno 2014, n. 170, ivi, 2014, I, cc. 2685 ss., con nota di PATTI; per un'analisi dello scenario giurisprudenziale antecedente alla riforma si rimanda a DOGLIOTTI, *Dal concubinato alle unioni civili e alle convivenze (o famiglie?) di fatto*, in *Fam. dir.*, 2016, pp. 868 ss.; SCHLESINGER, *La legge sull'unioni civili e la disciplina delle convivenze*, ivi, 2016, pp. 845 ss.

²⁵⁷ Come osserva FERRANDO, *La disciplina dell'atto. Gli effetti: diritti e doveri*, in *Fam. dir.*, 2016, pp. 889 ss.

lamentazione” delle unioni civili tra le persone dello stesso sesso e dei contratti di convivenza.

L'introduzione di questo nuovo impianto normativo ha sollevato molte critiche da parte degli interpreti, specialmente con riguardo alla tecnica legislativa adottata²⁵⁸.

L'economia della presente indagine non mi permette di entrare nel merito delle criticità sopra richiamate, bensì mi impone di vagliare i riflessi che questa nuova “regolamentazione” introduce con riguardo al problema dell'arbitrabilità dei diritti.

Benché nella legge traspaia una costante preoccupazione a non rendere le unioni civili un matrimonio egualitario, esse vengono disciplinate mediante ampi richiami alla normativa del vincolo matrimoniale. Infatti, le unioni civili condividono con il matrimonio i tratti essenziali per quanto riguarda il momento costitutivo, quello della relazione interpersonale²⁵⁹, della rilevanza nei confronti della collettività²⁶⁰ e, infine, anche quello del suo scioglimento, almeno per quanto concerne il richiamo alla disciplina del divorzio²⁶¹.

A differenza della famiglia derivante dal matrimonio o di quella, come si dirà poc'anzi, costituita tramite il contratto di convivenza, si presenta per essere priva di figli.

Ciò posto, alla luce di quanto già enunciato con riguardo alle controversie derivanti dal matrimonio, non vi sono ragioni per escludere la possibilità di fare ricorso allo strumento arbitrale²⁶²;

²⁵⁸ QUERZOLA, *Riflessioni sulla legge in materia di unioni civili*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2016, pp. 843 ss., che, tra l'altro, sottolinea l'irragionevolezza della redazione di ben 69 commi all'interno di un unico articolo. Critico è anche TOMMASEO, *Profili processuali della legge sulle unioni civili e le convivenze*, in *Fam. e dir.*, 2016, pp. 991 ss.

²⁵⁹ Salvo l'obbligo della fedeltà. Su questo profilo critica QUERZOLA, *Riflessioni sulla legge in materia di unioni civili*, cit., p. 847.

²⁶⁰ FERRANDO, *La disciplina dell'atto*, cit., pp. 891 ss.

²⁶¹ Poiché non è vista alcuna forma di separazione legale. Per i motivi di questa scelta diffusamente FERRANDO, *La disciplina dell'atto*, cit., p. 897; TOMMASEO, *Profili processuali della legge sulle unioni civili e le convivenze*, cit., p. 993. Per l'identità di disciplina, CARNEVALE, *La separazione giudiziale, il divorzio contenzioso e lo scioglimento delle unioni civili*, in *Diritto processuale di famiglia*, cit., pp. 87 ss.

²⁶² Potranno essere devolute agli arbitri anche le conseguenze risarcitorie della violazione dei doveri reciproci nati con l'unione civile. Diversamente, anche in questo caso si deve discorrere di inammissibilità dell'azione arbitrale qualora

quest'ultimo non dovendo confrontarsi né con eventuali problemi di addebito né con l'esigenza di protezione della prole²⁶³, non incontra alcuna limitazione²⁶⁴, ad eccezione della necessità di garantire la protezione del *partner* economicamente più debole. Infatti, anche nelle unioni civili si prevede che «le parti acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri; dall'unione civile deriva l'obbligo reciproco all'assistenza morale e materiale e alla coabitazione. Entrambe le parti sono tenute, ciascuna in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale e casalingo, a contribuire ai bisogni comuni» (art. 1, comma 11°)²⁶⁵.

Pertanto, è opportuno ricordare che il legislatore richiama l'applicabilità delle norme sulla negoziazione assistita e sull'accordo innanzi all'ufficiale di stato civile anche per lo scioglimento del vincolo derivante dall'unione civile²⁶⁶ e per la modifica delle condizioni fissate in sede di scioglimento dell'unione²⁶⁷. Anche per questo ultimo aspetto non è possibile negare l'ammissibilità dell'azione arbitrale.

Per quanto concerne, invece, la nuova disciplina della famiglia di fatto, reputo che sia ammissibile l'azione arbitrale, almeno con riguardo alle liti scaturenti dai rapporti economici tra conviventi: infatti l'art. 1, comma 50, ritiene che i rapporti patrimoniali possano

entrino in gioco gli interessi della prole. È vero che manca una disciplina espressa dei rapporti con i figli, ma resta fermo che ove uno dei partner abbia figli nati da precedenti unioni, generati con fecondazione assistita o adottati, lo stato di figlio e la potestà genitoriale trovano regolamentazione nella disciplina comune.

²⁶³ Certamente vi potranno essere dei figli che, però, allo stato attuale, sono solo figli di uno dei due partner e non della coppia omosessuale, come osserva anche CARNEVALE, *La separazione giudiziale, il divorzio contenzioso e lo scioglimento delle unioni civili*, cit., p. 92.

²⁶⁴ Per quanto concerne la pronuncia di scioglimento derivante da cause penali ritengo, come già affermato con riguardo al vincolo di coniugio, inammissibile l'azione arbitrale.

²⁶⁵ Sul punto FERRANDO, *La disciplina dell'atto*, cit., pp. 897 ss., in part. p. 899, che discorre di «aspetto solidaristico dell'unione».

²⁶⁶ Come osserva, tra gli altri, TOMMASEO, *Profili processuali della legge sulle unioni civili e le convivenze*, cit., p. 991; DAMIANI, *Aspetti processuali della disciplina sulle unioni civili e sui patti di convivenza*, in *Il giusto proc. civ.*, 2016, p. 714.

²⁶⁷ NASCOSI, *Le modifiche delle condizioni di separazione, di divorzio e di scioglimento delle unioni civili*, cit., p. 224.

essere disciplinati da un vero e proprio «contratto di convivenza»²⁶⁸, la cui disciplina relativa alla nullità e allo scioglimento, benché alla luce della peculiarità del suo oggetto, ricalca la normativa dei contratti²⁶⁹.

A tale proposito basti osservare che sarebbe illogico consentire alle parti di sciogliere di comune accordo il contratto di convivenza e negare a loro la possibilità di scegliere lo strumento per regolare eventuali conflitti tra esse.

Inoltre, le parti, già al momento della sottoscrizione del «contratto di convivenza», potranno inserire una clausola compromissoria, la quale per ritenersi valida, alla luce di quanto già detto, dovrà richiamare un arbitrato amministrato. Diversamente, la tutela che deve essere accordata alla prole, indipendentemente dal vincolo che lega i genitori biologici, mi conduce a concludere per l'inammissibilità dell'azione arbitrale.

8. Conclusioni

Credo che oramai siano a disposizione tutti gli elementi per trarre le conclusioni del ragionamento sin qui condotto, conclusioni che in parte ho già anticipato nel testo.

L'evoluzione storica, che ha riguardato il diritto familiare, ha posto in luce una trasformazione del concetto di famiglia: si è passati dalla tutela dell'istituzione familiare a quella della persona. Questo cammino, oggi, trova il suo compimento nell'apertura del sistema verso nuovi modelli di famiglia. Dette mutazioni incidono sugli spazi di autonomia riconosciuti alle parti del vincolo coniugale, come dimostra la più volte citata novella in materia di negoziazione assistita e di accordo stipulato innanzi all'ufficiale dello stato civile. Questa disciplina, benché favorisca l'intesa dei coniugi anche in

²⁶⁸ Da redigersi in forma scritta, a pena di nullità, con atto pubblico o scrittura privata autenticata da notaio o avvocato.

²⁶⁹ TOMMASEO, *Profili processuali della legge sulle unioni civili e le convivenze*, cit., p. 991. Per quanto concerne il problema dell'arbitrabilità dell'azione di nullità contrattuale si rimanda alle osservazioni dei capp. IV e V, parte seconda.

occasione della crisi del vincolo, impone, da una parte, controlli, di valore differente, ad opera della pubblica autorità e, dall'altra, esclude l'operare del meccanismo dell'accordo innanzi al Sindaco, qualora vi siano figli minori, maggiorenni con handicap o non autosufficienti.

Il cambiamento del concetto di famiglia e l'introduzione del componimento privato della crisi hanno costituito i pilastri su cui si è sviluppata l'esegesi qui accolta.

Ho dedotto l'ammissibilità dell'azione arbitrale nelle pronunce di separazione e di divorzio, concentrando la mia attenzione sulle problematiche applicative che l'interpretazione accolta pone. In particolare, la mia indagine si è soffermata sulla compatibilità tra arbitrato e la pronuncia di separazione consensuale; ho vagliato la possibilità di devolvere ad arbitri la pronuncia di divorzio oltre al caso in cui il legislatore consente l'attuazione dell'autonomia negoziale e, infine, mi sono interrogata sul ruolo rivestito dal pubblico ministero. Ho ritenuto di escludere l'ammissibilità dell'azione arbitrale solo con riguardo alle cause penali di divorzio.

Da qui la mia attenzione si è focalizzata sulle controversie patrimoniali tra coniugi: una volta esclusa l'ammissibilità dell'azione arbitrale con riguardo ai diritti dei figli, esse costituiscono il vero cuore del contenzioso matrimoniale. L'analisi ha affrontato lo studio anche dei *prenuptial agreements*, la cui legittimità nel nostro sistema è ampiamente criticata da parte della giurisprudenza. Questa indagine si è rilevata proficua a fini della definizione della compromettibilità delle liti patrimoniali tra coniugi, poiché si è appurato come il timore serbato dagli interpreti nei confronti di questi accordi, non deve influenzare l'analisi dell'arbitrabilità delle relative dispute. Ho, quindi, concluso per l'ammissibilità dell'azione arbitrale, seppure le esigenze di protezione sottese alle norme sostanziali influenzino l'ambiente in cui opera l'azione, imponendo il rispetto di un peculiare "diritto processuale arbitrale", per la cui delineazione mi sono avvalsa delle esperienze di quei ordinamenti, in cui da tempo l'arbitrato viene utilizzato per risolvere le liti familiari.

Se l'esigenza di tutela imposta dal diritto sostanziale impedisce di rinunciare a diritti non ancora sorti, l'azione arbitrale è correttamente esercitata solo se le parti compiano una scelta consapevole.

Come dimostra anche la disciplina in materia di negoziazione assistita e di accordo innanzi al Sindaco, la consapevolezza dell'opzione arbitrale è assicurata qualora i litiganti decidano a disputa già insorta di ricorrere al giudizio arbitrale. Diversamente, qualora la lite non sia ancora nata, la scelta dello strumento arbitrale impone che i contendenti siano a conoscenza delle regole del futuro processo. Questa possibilità nel nostro ordinamento può essere perseguita solo mediante la scelta di un arbitrato amministrato, che, al contempo, costituisce garanzia di correttezza ed efficienza del procedimento arbitrale per la parte c.d. "debole".

Quindi, l'indagine, facendo tesoro dell'esperienze sviluppatesi specialmente negli ordinamenti di *common law*, si è incentrata a delineare i componenti del c.d. "diritto processuale arbitrale".

Al contempo, benché l'esigenza di tutela imposta dalle norme sostanziali trovi realizzazione al momento del sorgere della crisi coniugale, la mia ricerca si è comunque soffermata a verificare se anche la disciplina comune dell'arbitrato sia adeguata alla specialità del rito familiare. Questa parallela indagine ha mostrato come, da una parte, solo dall'unione della disciplina comune dell'arbitrato e quella degli arbitrati amministrati in uso nel nostro ordinamento sia possibile realizzare le esigenze di protezione imposte dalle norme sostanziali e dall'altra, l'esistenza di un effettivo vuoto normativo in materia di cooperazione giudiziale²⁷⁰, che non può essere sopperito neppure mediante l'ausilio dell'arbitrato amministrato.

Al contempo questo esame ha posto in luce che, sebbene il contenzioso familiare goda di ampi spazi di arbitrabilità, la carenza della disciplina processuale, incapace di rispondere alle esigenze di protezione delle norme sostanziali, diviene un ostacolo all'effettivo realizzarsi della tutela arbitrale. In tali ipotesi i vincoli imposti all'azione arbitrale evidenziano come la giustizia privata, a prescindere dai confini della compromettibilità, possa apparire, allo stato, uno strumento non conveniente per l'accertamento del diritto. In questa

²⁷⁰ Come avviene nelle esperienze di *common law*. Per esempio, la *Guide to the family law arbitration scheme Ifla* prevede che «*In a financial remedy and children family arbitration there will normally be a requirement to convert the award into a court order*» (art. 65).

materia, quindi, diviene prioritario un intervento legislativo che sappia colmare le lacune processuali evidenziate.

Nonostante le osservazioni svolte, ritengo che l'effettiva utilizzazione dell'arbitrato sia comunque subordinata al fatto che, nel caso concreto, esso costituisca uno strumento adatto all'esigenze delle parti: per tale ragione, come ricorda la dottrina²⁷¹, l'esperienza americana contempera degli esempi di *check lists* che la parte deve compilare per verificare se l'arbitrato sia lo strumento adeguato alle sue esigenze.

Riemerga, quindi, il ruolo centrale del difensore: solo quest'ultimo, alla luce del caso concreto, può indirizzare o meno la parte, in modo consapevole, verso la giustizia privata.

²⁷¹ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrato e famiglia nelle esperienze d'oltre confine*, cit., p. 513.

CAPITOLO II

ARBITRATO E DIRITTI DEI CONSUMATORI

1. *La compromettibilità dei diritti dei consumatori nel prisma della giurisprudenza (anche europea) e delle esperienze applicative*

Accostarsi allo studio dell'arbitrato in materia di consumo vuole dire armonizzare due opposte tendenze, l'una caratterizzata da una vera e propria ostilità verso il giudizio privato e l'altra contrassegnata, invece, da una sua ampia incentivazione¹.

Il vero problema che caratterizza queste dispute deriva da una sostanziale asimmetria fisiologica connotante la posizione contrattuale del consumatore e quella del professionista. Tale disegualianza trova origine da due ordini di ragioni: da una parte, è diversa la cognizione che le parti del rapporto hanno in merito all'oggetto dello scambio, dall'altra, le ragioni che spingono il consumatore all'acquisto – esigenze familiari/personali – non gli consentono di svolgere le necessarie indagini in relazione al prodotto più conveniente, tanto che possono verificarsi con maggiore facilità abusi da parte del contraente più forte².

¹ GALLETTO, *L'arbitrato dei consumatori e la sindrome dell'«anatra zoppa»*, in *Riv. arb.*, 2011, pp. 127 ss.; RASIA, *Tutela giudiziale europea e arbitrato*, Bologna, 2010, p. 157, che evidenzia questo atteggiamento specialmente in ambito europeo.

² ALBANESE, *Protezione dei consumatori e tutela della concorrenza nella disciplina delle clausole vessatorie*, in *Scritti degli allievi in ricordo di Francesco Realmondo*, Milano 2009, p. 25.

Da qui l'esigenza del legislatore europeo e interno di introdurre specifici meccanismi volti a ristabilire l'equilibrio delle parti³: questi ultimi, tuttavia, non inibiscono l'autonomia contrattuale dei contendenti, ma la subordinano al rispetto di peculiari vincoli. Per tale ragione, come già pongono in luce gli interpreti d'oltralpe⁴, è corretto discorrere in questa materia di ordine pubblico di protezione.

Ne segue che non dovrebbero essere sollevati dubbi in merito all'arbitrabilità della materia in esame.

Sennonché, questa esegesi deve confrontarsi con una nota decisione della Corte di giustizia che sembra minare la bontà della conclusione enunciata. Quest'ultima⁵, chiamata a pronunciarsi in tema di vessatorietà di una clausola compromissoria inserita all'interno di

³ Come per esempio la disciplina della nullità di protezione (*ex multis*, VALLE, *Nullità di protezione*, in *Contr. e imp.*, 2011, pp. 1371 ss.; GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, Padova, 2008; PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007; ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003; QUADRI, «Nullità» e tutela del «contraente debole», in *Contr. e imp.*, 2001, pp. 1143 ss.). Sulla valenza del rilievo officioso del giudice, Corte giust. Ue, 4 giugno 2009, *Pannon*, causa C-243/08, in *Foro it.*, 2009, IV, cc. 489 ss.; ma sul punto anche Corte giust. Ue, 6 ottobre 2009, *Asturcom*, causa C-40/2008, in *DefJure*; Corte giust. Ue, 9 novembre 2010, *Pénzügyi*, causa C-137/2008, in *Contratti*, 2011, pp. 113 ss., con nota di F.P. PATTI; ma anche Corte giust. Ue, 27 giugno 2000, *Océano*, cause riunite C-240/98 – C-244/98, in *DefJure*. Nella medesima direzione si pone la giurisprudenza interna, a titolo esemplificativo, Cass., 4 settembre 2012, n. 14828, in *DefJure*; Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, *ivi*.

⁴ LOQUIN, *Arbitrage, Conventions d'arbitrage, Condictions du fond, Litige arbitral*, in *JurisClasseur procédure civile*, n. 1024, Parigi, 2016, n. 111.

⁵ Corte giust., 2 ottobre 2006, causa C-168/05, *Mostaza Claro*, in *Racc.* 2006, I, pp. 1042 ss., con nota di E.F. RICCI, *Clausola compromissoria «vessatoria» e impugnazione del lodo*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, pp. 1086 ss.; MARINUCCI, *Impugnazione del lodo per vessatorietà della clausola arbitrale: inammissibilità di preclusioni*, in *Int'l Lis*, 2007, p. 64 ss.; D'ALESSANDRO, *Sui rapporti tra la sentenza Mostaza Claro e gli artt. 817, comma 2°, ed 829, n. 1, c.p.c.*, in *Riv. arb.*, 2006, pp. 679 ss.; ALPA, *Le clausole arbitrali nei contratti del consumatore*, in *ivi*, pp. 619 ss.; PASTORELLI, *Rilevabilità della nullità della clausola compromissoria in sede di impugnazione del lodo*, in *Danno e resp.*, 2007, pp. 875 ss.; SALOMONE, *La Corte di giustizia sulla clausola arbitrale nei contratti dei consumatori: riflessioni sull'ordine pubblico comunitario e sull'impugnazione dei lodi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, p. 701; TROCKER, *Le clausole arbitrali nei contratti dei consumatori: quale ruolo per il giudice ordinario?*, in F. AULETTA *et al.* (a cura di), *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, pp. 859 ss., che circoscrive la portata della pronuncia alla luce del successivo *arrêt Pannon*; RASIA, *Tutela giudiziale europea*, cit., pp. 168 ss.

un contratto di telefonia, dopo avere qualificato la normativa in materia di consumo quale disciplina di ordine pubblico, afferma che la menzionata valenza consente di superare le regole processuali interne, come le preclusioni in merito al rilievo del vizio di vessatorietà della clausola compromissoria.

Rimandando alle pagine che seguono l'analisi del problema della vessatorietà del patto compromissorio, in questa sede preme precisare che, con tale statuizione, il giudice europeo non sancisce l'inarbitrabilità della controversia⁶, ma solo l'impossibilità di accedere al giudizio arbitrale per invalidità della clausola compromissoria.

Come ho illustrato nella prima parte del presente scritto, i diritti rientranti nell'ordine pubblico di protezione sono caratterizzati da una libertà condizionata, ovvero il loro esercizio è subordinato al rispetto della normativa inderogabile⁷.

Per questa ragione, pur non potendo essere escluso il potere negoziale (*rectius* arbitrale) delle parti, è necessario discorrere di azione arbitrale "vincolata": la vincolatività non si traduce in un divieto di tutela arbitrale, bensì nell'obbligo che l'azione arbitrale operi all'interno di regole predefinite⁸, specialmente con riguardo alla manifestazione del consenso alla giustizia privata.

Qualora, invece, si accolga l'idea che l'ordine pubblico costituisca un ostacolo per l'arbitrabilità delle controversie in esame, diviene difficile giustificare per quale ragione la Corte di giustizia, pur attribuendo al consumatore il potere di sollevare la questione della vessatorietà della clausola compromissoria anche per la prima volta in sede di impugnazione, non qualifichi il lodo come inesistente. Infatti, i giudici europei non giungono ad affermare che il vizio di

⁶ In senso difforme, MARINUCCI, *Impugnazione del lodo per vessatorietà della clausola arbitrale*, cit., pp. 45 ss.

⁷ Spesso si dice che i diritti dei consumatori sono irrinunciabili, ma ciò significa affermare, come evidenzia la dottrina (GUERINONI, *I contratti del consumatore*, Torino, 2011, pp. 54 e 55), che ad essere immutabile è unicamente l'apparato di tutela predisposto a favore del contraente debole.

⁸ Esigenza già messa in luce da ZENO-ZENOVICH, PAGLIETTI, *Verso un «diritto processuale dei consumatori»?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, p. 216 e in part. p. 221, ove si legge «Il processo, dunque, ripropone le stesse dinamiche del rapporto sostanziale, così come le scelte di *policy* riposano sulla medesima constatazione dell'asimmetria di potere tra le parti».

vessatorietà possa costituire oggetto di una autonoma *actio nullitatis*, come, invece, si verificherebbe nel caso in cui il provvedimento arbitrale contenesse una pronuncia su un diritto indisponibile (*recitius* inarbitrabile). Solo in questo caso ha senso parlare di azione arbitrale inammissibile⁹.

La bontà delle conclusioni a cui si è approdati trova conferma nell'attività del legislatore europeo, secondo cui la diffusione degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie, ivi compreso l'arbitrato, costituisce uno degli elementi principali per garantire la tutela dei diritti dei consumatori¹⁰ e, al contempo, per assicurare la crescita e la fiducia verso il mercato unico¹¹.

In questa direzione si pone, da ultimo, la direttiva 2013/11/Ue, finalizzata alla creazione di procedure «indipendenti, imparziali, trasparenti, efficaci, rapide ed eque di risoluzione alternative delle controversie», utilizzabili su iniziativa del consumatore¹². Si tratta di

⁹ Contrariamente a quanto rileva l'Avvocato generale, non ritengo, come già pone in luce la dottrina (ZUCCONI GALLI FONSECA, *Tutela arbitrale e tecnica del processo: la clausola compromissoria nei contratti di consumo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, p. 1002, nota 17), una possibile applicazione del principio enunciato nella sentenza *Lucchini* (Corte giust. Ue, 18 luglio 2007, C-119/05, in *Defure*), che riguardava un contrasto tra un giudicato interno e una decisione della Commissione divenuta definitiva.

¹⁰ In questo senso si esprime anche l'Agenda del consumatore europeo, adottata dalla Commissione europea il 22 maggio 2012. In realtà, il ruolo centrale dell'arbitrato era già stato riconosciuto in precedenza, nel Libro Verde del 16 novembre 1996.

¹¹ Interessante a tale proposito è il quadro che la Commissione delinea nella Comunicazione che accompagna la proposta di direttiva e di regolamento, ove si legge che «da recenti studi risulta che nell'Ue il numero di controversie presentate all'*Adr*, comprese *Odr*, è cresciuto da 410000 nel 2006 a 530000 nel 2008. Tuttavia, nel 2010 solo il 5% dei consumatori europei ha trasmesso il proprio caso a un organismo *Adr* e solo il 9% delle imprese riferiscono di avere fatto ricorso all'*Adr*. Il numero di controversie connesse a operazioni oltre confine è in aumento. Tuttavia la maggior parte dei reclami presentati dai consumatori resta irrisolta. Il ricorso a strumenti semplici, efficienti e poco costosi per risolvere le controversie tramite le procedure *Adr* non è ancora pienamente utilizzato».

¹² La direttiva non è applicabile, oltre nelle controversie tra professionisti, nel caso di procedure avviate da un professionista nei confronti di un consumatore (art. 2, lett. g)). Per una sua completa analisi MIRRA, *I sistemi di alternative dispute resolution trovano nuovo regime: il recepimento della direttiva ADR e l'introduzione del nuovo «arbitrato per le controversie finanziarie»*, in *Riv. arb.*, 2016, pp. 693 ss.; LUISO, *La direttiva 2013/11/Ue, sulla risoluzione alternative delle controversie dei*

una disciplina applicabile anche all'arbitrato, come testimonia il fatto che il legislatore europeo preveda l'applicazione delle menzionate regole con riguardo alle procedure volte «a comporre la controversia mediante l'imposizione di una soluzione»¹³.

Il legislatore interno, nonostante un confuso dettato normativo, non ha mai messo in dubbio l'arbitrabilità delle liti di consumo, affermando unicamente l'impossibilità di potere ricorrere allo strumento arbitrale in assenza di un chiaro consenso¹⁴.

La bontà di tale assunto trovava conferma nella disciplina dell'arbitrato gestito dalla Consob¹⁵ relativo alle liti fra investitori ed intermediari, con riguardo alla prestazione di servizi, di attività di investimento e di gestione collettiva del risparmio. Nella sua originaria formulazione l'arbitrato gestito dalla Consob si caratterizzava per due profili: in primo luogo, era stabilito che la clausola compromissoria

consumatori, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, p. 1299 ss.; STORSKRUBB, *Alternative dispute resolution in the Eu: regulatory challenges*, in *Eur. Rev. Private Law*, 2016, pp. 9 ss.; FEJÖS, WILLETT, *Consumer access to justice: the role of the adr directive and the member States*, ivi, pp. 33 ss.

¹³ Come evidenziano ZUCCONI GALLI FONSECA, *Tutela arbitrale e tecnica del processo*, cit., p. 998; GALLETTI, *Adr e controversie dei consumatori: un difficile equilibrio*, in *www.judicium.it*, 2014, par. 2.

¹⁴ Come afferma da ultimo anche Cass., 13 febbraio 2017, n. 3744, in *Defure*, che esclude il ricorso all'arbitrato non per un problema di compromettibilità della lite, bensì per la mancata prova da parte del professionista dell'esistenza di una specifica trattativa tra le parti in merito al patto compromissorio. In questa direzione ancora prima, per esempio, Trib. Bologna, 18 gennaio 2008, ivi; App. Genova, 13 febbraio 2007, ivi; Trib. Roma, 18 agosto 2006, in *www.judicium.it*; Trib. Torino, 27 novembre 2001, in *Giur. merito*, 2002, pp. 112 ss.; Gdp. Ancona, 28 aprile 2003, in *Foro it.*, 2004, I, cc. 307 ss. Lo stesso art. 5, comma 3°, Codice del consumo stabilisce che «Le informazioni al consumatore, da chiunque provengano, devono essere adeguate alla tecnica di comunicazione impiegata ed espresse in modo chiaro e comprensibile, tenuto anche conto delle modalità di conclusione del contratto o delle caratteristiche del settore, tali da assicurare la consapevolezza del consumatore».

¹⁵ Si veda fra gli altri C. CAVALLINI, *La Camera di conciliazione e di arbitrato della Consob: «prima lettura» del d.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179*, in *Riv. soc.*, 2007, pp. 1446 ss.; NASCOSI, *La nuova camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2009, pp. 963 ss.; SANGIOVANNI, *L'ambito di applicazione dell'arbitrato Consob*, in *Riv. arb.*, 2012, pp. 425 ss.; BASTIANON, *L'evoluzione della Consob nella risoluzione delle controversie finanziarie*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2015, pp. 375 ss.; LUPOLI, *Arbitrato Consob*, in CARPI (a cura di), *Arbitrati speciali*, Bologna, 2016, pp. 234 ss.

inserita nei contratti fosse vincolante solo per l'intermediario, salvo il caso in cui quest'ultimo non avesse provato che essa era il frutto di una trattativa diretta; in secondo luogo si prevedeva che il lodo arbitrale fosse sempre impugnabile per violazione di norme di diritto¹⁶.

Questo impianto è stato stravolto dal d.lgs. del 6 agosto 2015, n. 130 che, in attuazione della direttiva 2013/11/Ue, ha determinato il superamento di questo modello: infatti con delibera 4 maggio 2016, n. 19602, la Consob ha creato un nuovo organismo, qualificato come «Arbitro per le controversie finanziarie (ACF)»¹⁷.

Con l'istituzione del ACF vengono meno le peculiarità che contraddistinguevano l'originario arbitrato Consob: a prescindere dal nome, non si tratta di un arbitrato vero e proprio, poiché ricalca idealmente la struttura dell'Arbitro bancario finanziario¹⁸, creato

¹⁶ Era poi previsto il diritto dell'investitore di adire l'autorità giudiziaria ordinaria, anche per il riconoscimento del risarcimento del maggior danno subito in conseguenza dell'inadempimento, oltre all'indennizzo già stabilito. Sulla valenza di questa previsione si rimanda a CARPI, *Servizi finanziari e tutela giurisdizionale*, in *Giur. comm.*, 2008, I, pp. 1052 ss.; M. RESCIGNO, *La conciliazione e l'arbitrato in materia finanziaria amministrati dalla Consob fra regole procedurali e diritto sostanziale*, in *AGE*, 2011, p. 95.

¹⁷ Sul punto, MIRRA, *I sistemi di alternative dispute resolution trovano nuovo regime*, cit., pp. 693 ss., che pone in evidenza come la non obbligatorietà dell'arbitrato abbia costituito un elemento che ne ha impedito una effettiva diffusione; SOLDATI, *L'arbitrato per le controversie finanziarie presso la CONSOB (ACF)*, in *Contratti*, 2016, pp. 1056 ss.; per un confronto con l'arbitrato bancario finanziario, STELLA, *Lineamenti degli arbitrati bancari e finanziari: in Italia e in Europa*, Padova, 2016, pp. 395 ss.

¹⁸ Anche esso non è un vero e proprio arbitrato (sul punto, STELLA, *Lineamenti degli arbitrati bancari e finanziari*, cit., p. 402), poiché la procedura si conclude con l'emissione di un parere non vincolante (come ricorda, tra l'altro Corte cost., ord., 4 luglio 2011, n. 218, in *DeJure*, ove si legge le decisioni del ABF, non assumendo valore cogente per le parti, svolgono solo «una funzione destinata ad incidere sulla immagine e sulla reputazione dell'intermediario, in particolare se non ottemperate, secondo connotazione che possono riecheggiare gli interventi di organi amministrativi di autotutela»). Inoltre, l'art. 13, 3° comma, lett. a), del Regolamento di attuazione prescrive che il procedimento davanti all'arbitro si estingue quando «sui medesimi fatti oggetto del ricorso vengano avviati procedimenti arbitrali ovvero procedimenti giurisdizionali». Sull'arbitro bancario finanziario v. l'ampia trattazione di FINOCCHIARO, *L'arbitro bancario finanziario tra funzioni di tutela e di vigilanza*, Milano, 2012, *passim*; COSTANTINO, *La istituzione dell'arbitro bancario finanziario*, in *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, cit., pp. 297 ss.; F. AULETTA, *L'arbitro bancario finanziario e «sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie»*, in *Società*, 2011, pp. 83 ss.; CAGGIANO, *L'arbitro bancario finan-*

presso la Banca d'Italia. Nonostante il procedimento, a cui tutti gli intermediari sono obbligati ad aderire, si concluda con una decisione (*rectius* pronuncia motivata (art. 15)), essa non impedisce il ricorso alla giustizia ordinaria¹⁹, come prescrive l'art. 16.

Se, quindi, da una parte il legislatore interno ha preferito introdurre un meccanismo ibrido, che non si identifica con il concetto di arbitrato in senso puro, dall'altra ha deciso di non recepire sino in fondo la direttiva 2013/11/Ue: infatti, le nuove norme introdotte all'interno del Codice del consumo trovano applicazione solo alle «procedure volontarie di composizione extragiudiziale per la risoluzione, anche in via telematica, delle controversie nazionali e transfrontaliere, tra consumatori e professionisti residenti e stabiliti nell'Unione europea, nell'ambito delle quali l'organismo *Adr* propone una soluzione o riunisce le parti al fine di agevolare una soluzione amichevole [...]» (art. 141, comma 4°, Codice del consumo). Quindi si è escluso, in linea di massima, che l'organismo *Adr* possa imporre una soluzione. Tale divieto, però, trova un temperamento qualora la procedura sia svolta nei settori di competenza dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico, della Banca d'Italia, della Commissione nazionale per la società e la borsa e dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ove in questi procedimenti sia previsto che l'organismo imponga una soluzione. Si tratta di procedure che esulano dal concetto di arbitrato vero e proprio.

Al contempo, con la legge di stabilità del 2016 si è introdotta una peculiare forma di arbitrato, volta ad accertare «la responsabilità per violazione degli obblighi di informazione, diligenza, correttezza».

ziario, esempio virtuoso di degiurisdizionalizzazione, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 439; PIERUCCI, *L'arbitrato bancario e finanziario: l'esperienza applicativa*, in *Giur. comm.*, 2014, pp. 811 ss.; G. CONTE, *Arbitrato bancario finanziario*, in *Arbitrati speciali*, cit., pp. 206 ss.

¹⁹ Sulla natura di questo provvedimento F. AULETTA, *L'arbitro bancario finanziario e «sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie»*, cit., p. 88, il quale ritiene che la decisione dell'Abf sia una «determinazione conformativa di un procedimento amministrativo di vigilanza» della Banca d'Italia; *contra, ex multis*, CONSOLO, STELLA, «*L'arbitrato bancario finanziario e la sua giurisprudenza precognitrice*», in *Società*, 2013, pp. 185 ss., che attribuiscono alla decisione dell'Abf un ruolo «prognostico deflattivo». In modo generale si rimanda alla disamina di G. CONTE, *Arbitrato bancario finanziario*, cit., pp. 215 ss.

tezza e trasparenza previsti dal testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria», destinata ai soggetti che hanno subito danni per gli investimenti effettuati presso le banche indicate dalla stessa legge (art. 8, comma 1°, lett. c., d.l. n. 59 del 2016), unitamente alla possibilità di ricorrere alle risorse di un particolare fondo di solidarietà. Si tratta di una procedura attivabile, non solo dai consumatori, ma anche dall'imprenditore individuale e dal coltivatore diretto (art. 8, comma 1°, d.l. cit.), purché tali soggetti non chiedano direttamente l'indennizzo forfettario al Fondo citato (art. 9, comma 10, d.l. cit.).

Con d.p.r. n. 82 del 2017 è stato poi emanato il Regolamento di attuazione di questa procedura: tra gli aspetti più rilevanti, si deve ricordare la devoluzione all'Autorità Nazionale Anticorruzione del compito di gestire i menzionati arbitrati e la disciplina della composizione dei collegi arbitrali (le parti non possono influire sulla nomina del collegio). Infine, è previsto l'obbligo di fissare delle linee guida per rendere omogenea l'attività di valutazione delle violazioni da parte dei diversi Collegi (art. 4)²⁰.

2. Il ruolo discriminante di una scelta consapevole ai fini della vincolatività dell'azione arbitrale. L'arbitrato da compromesso

Se l'arbitrabilità in materia di consumo non può essere disconosciuta, al contempo, il nostro ordinamento, come ha dimostrato la disamina compiuta, non delinea alcuna specifica disciplina al riguardo.

Diviene, dunque, preminente individuare i canoni che contraddistinguono il c.d. "diritto processuale arbitrale". In questa ricerca è fondamentale tenere conto dell'elaborazione europea, ivi inclusa quella della Corte di giustizia, che focalizza la sua attenzione, in ragione di quanto in precedenza enunciato, sulla necessità che la scelta

²⁰ Questa previsione desta alquanto perplessità, poiché essa pone delicati problemi di imparzialità del giudicante (sul punto, ZUCCONI GALLI FONSECA, *Novità in tema di arbitrato per responsabilità da investimenti in strumenti finanziari*, in www.buponline.com).

arbitrale promani da un'effettiva volontà del consumatore. Infatti, i giudici europei ritengono che il rispetto delle norme poste alla tutela del contraente debole, da una parte, giustifichi il superamento delle regole processuali interne legate, ad esempio, al rilievo del vizio di vessatorietà e dall'altra parte, essi affermano, nel caso *Pénzügyi*, che devono essere incentivate le misure istruttorie volte a verificare in concreto la validità della clausola, indipendentemente dalle regole processuali interne. Al contempo, però, nel caso *Pannon*²¹, la Corte di giustizia precisa che la legittimazione conferita al consumatore di sollevare il vizio di vessatorietà della clausola ben si concilia con l'obbligo (e non la mera facoltà) del suo rilievo d'ufficio, poiché esso non determina la disapplicazione della clausola compromissoria quando il consumatore, debitamente informato e consapevole, non faccia propria l'indicazione del giudice.

Dall'analisi di queste pronunce emerge l'idea che, affinché si possa parlare di equo processo arbitrale, sia necessaria innanzitutto una scelta consapevole.

Ciò significa che il modo di esplicazione della volontà compromissoria diviene il caleidoscopio attraverso cui analizzare anche gli ulteriori requisiti imposti dall'azione arbitrale "vincolata". Tale assunto trova conferma nella nostra disciplina positiva, poiché l'art. 34 del Codice del consumo stabilisce che non devono mai considerarsi vessatorie le clausole che sono oggetto di trattativa individuale, poiché essa è sintomo della scelta genuina della parte debole del rapporto contrattuale.

Se così stanno le cose, la mia indagine deve orientarsi a verificare quando è possibile scorrere di una scelta ponderata, evidenziando che, non solo nel nostro ordinamento, si assiste a una diretta correlazione tra la forma della convenzione arbitrale e la consapevolezza della scelta per la giustizia privata²².

²¹ Par. 33 della sentenza: mette in evidenza il passaggio TROCKER, *Le clausole arbitrali nei contratti dei consumatori: quale ruolo per il giudice ordinario?* cit., p. 859.

²² Il problema non si pone nell'ordinamento americano, come sottolinea MARENGO, *Clausola compromissoria e contratti dei consumatori*, in *Riv. arb.*, 2006, pp. 63 ss., anche se evidenzia la severità delle singole discipline statali.

In Danimarca²⁵, in Svezia²⁴ e anche in Austria²⁵ si consente di fare ricorso al processo arbitrale solo a controversia già insorta, attraverso la conclusione di un compromesso²⁶. Stesso meccanismo è previsto nel *Consumer Protection Act* del Québec, ove la Section 11.1. stabilisce che «[...] *If a dispute arises after a contract has been entered into, the consumer may then agree to refer the dispute to arbitration*»²⁷.

Benché la struttura del compromesso²⁸ assicuri la realizzazione di una scelta consapevole, poiché consente di vagliare i vantaggi e gli svantaggi del processo arbitrale al momento del sorgere della lite, esso è di raro accadimento nella prassi.

Tuttavia, la genuinità della scelta può essere assicurata anche attraverso altri strumenti.

Interessante a tale proposito era quanto stabilito nel regolamento della camera arbitrale del conciliatore bancario finanzia-

²⁵ Come ricorda RASIA, *Tutela giudiziale europea*, cit., p. 167.

²⁴ Stabilisce, infatti la Section 6 del *The Swedish Arbitration Act* of 1999: «*Where a dispute between a business enterprise and a consumer concerns goods, services, or any other products supplied principally for private use, an arbitration agreement may not be invoked where such was entered into prior to the dispute. Rental or lease relationships where, through the agreement, a regional rent tribunal or a regional tenancies tribunal is appointed as an arbitral tribunal and the provisions of Chapter 8, section 28 or Chapter 12, section 66 of the Real Estate Code do not prescribe otherwise. The first paragraph shall not apply where the dispute concerns an agreement between an insurer and a policy-holder concerning insurance based on a collective agreement or group agreement and handled by representatives of the group. Nor shall the first paragraph apply where Sweden's international obligations provide to the contrary*». BENIGNI, RECCHIA, *Nuove norme sull'arbitrato in Svezia*, in *Riv. arb.*, 2000, p. 183.

²⁵ Peraltro la convenzione arbitrale deve essere contenuta in un atto separato e il consumatore, prima di firmare la convenzione arbitrale, deve ricevere un avvertimento scritto sulle differenze esistenti tra il processo ordinario e quello arbitrale. Sul punto: AUSCHAUER, *Il nuovo diritto dell'arbitrato austriaco*, in *Riv. arb.*, 2006, pp. 244-245; REINER, *La réforme du droit autrichien de l'arbitrage par la loi du 13 janvier 2006*, in *Revue d'arbitrage*, 2006, pp. 401 ss.

²⁶ Lo stesso accade in Norvegia. Sul punto, MARENGO, *Clausola compromissoria*, cit., p. 70.

²⁷ Si può leggere in www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca.

²⁸ Come peraltro ricorda GALLETTO, *L'arbitrato dei consumatori e la sindrome dell'«anatra zoppa»*, cit., p. 127 ed anche WILSON, *Setting boundaries rather than imposing bans: is it possible to regulate consumer arbitration clauses to achieve fairness for consumers?*, in *Journal of Consumer Policy*, 2016, pp. 351 ss.

rio²⁹: quest'ultimo, infatti, consentiva, in assenza del patto compromissorio, di iniziare la procedura arbitrale facendo una proposta di compromesso, unitamente alla proposizione della domanda. La proposta poteva essere accettata o modificata dal convenuto (art. 7): in questo ultimo caso, l'attore poteva decidere se aderire o meno alle modifiche apportate. Qualora esso non avesse prestato il proprio consenso ai cambiamenti inseriti oppure non avesse dato alcuna risposta sul punto, la Camera arbitrale formulava una proposta conciliativa in ordine alle caratteristiche dell'arbitrato, la quale per divenire vincolante doveva essere accettata da entrambe le parti (art. 8).

Attualmente, inoltre, si discute se la proposizione della domanda d'arbitrato e della comparsa di risposta equivalgano a consenso sull'arbitrato.

Non vedo ragioni per vietare l'applicazione di tale meccanismo che trova già precisa codificazione in materia di lavoro (cfr. art. 412-*quater* c.p.c.). Tuttavia, questo sistema non potrà operare qualora il consumatore, in veste di convenuto, eccepisca l'inesistenza della convenzione d'arbitrato o rifiuti di nominare a sua volta il proprio arbitro. Inoltre, alla luce della interpretazione della Corte di giustizia, non può trovare attuazione la preclusione di cui l'art. 817 c.p.c., dato che la nullità è rilevabile d'ufficio, anche per la prima volta in sede di impugnazione.

Se, quindi, il consumatore è conscio della scelta arbitrale, non vi sono ostacoli per negare il ricorso alla giustizia privata.

Come si ha avuto modo di osservare con riguardo alle liti di famiglia, la realizzazione di una determinazione ponderata è in grado di attuare la piena esigenza di tutela sottesa al diritto in contesa: ciò che l'ordinamento guarda con sfavore non è il potere negoziale della posizione giuridica soggettiva, bensì il suo esercizio qualora il diritto non sia ancora nato.

²⁹ Associazione privata cui aderiscono banche ed altri enti, la cui regolamentazione e attività è consultabile in www.conciliatorebancario.it/index.php/arbitrato. Con l'entrata in vigore dell'ACF, tale istituto ha cessato la sua attività, restando attivo solo per i ricorsi ricevuti fino all'8 gennaio 2017.

Una volta sorto, il sistema giuridico non esclude il dispiegarsi della libertà privata, come dimostra la stessa disciplina sostanziale contenuta nel Codice del consumo: giocoforza si deve escludere che l'azione arbitrale debba operare all'interno di ulteriori particolari vincoli.

Sarebbe, infatti, contraddittorio consentire al consumatore di non avvalersi di una nullità di protezione e, invece, negare la scelta delle modalità attraverso cui farla valere.

A differenza di quanto dedotto in merito al contenzioso familiare, la disciplina positiva dell'arbitrato garantisce, sotto molteplici aspetti, il corretto accertamento dei diritti dei consumatori.

Innanzitutto l'imparzialità del giudicante è assicurata, come già detto in precedenza, dalla disciplina della riconsuazione e dell'astensione dell'arbitro. Inoltre, tale normativa diviene ancora più stringente grazie alla previsione di cui all'art. 832 c.p.c., norma applicabile, come è stato osservato³⁰, anche al di fuori dei confini dell'arbitrato amministrato. L'art. 816-bis c.p.c. tutela la concreta realizzazione del principio del contraddittorio e tempera un'adeguata disciplina dei mezzi istruttori per l'accertamento dei diritti dei consumatori, che, a differenza del contenzioso familiare, hanno un mero contenuto patrimoniale³¹. Anche in questo caso, come già si è ampiamente dedotto in precedenza, ritengo possibile il ricorso ai poteri d'ufficio degli arbitri.

³⁰ ZUCCONI GALLI FONSECA, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro: bilancio e prospettive di riforma*, in *Riv. arb.*, 2005, p. 470, la quale lo reputa applicabile alle nomine degli arbitrati di lavoro; ID., *Tutela arbitrale e tecnica del processo*, cit., p. 1012.

³¹ Questo assunto non viene neppure smentito qualora si ritenga di comprendere all'interno delle controversie di consumo anche quelle concernenti il paziente da un lato e una struttura pubblica o convenzionata dall'altro (sul punto, anche per l'analisi della giurisprudenza, che si esprime in modo negativo, si rimanda a PELLEGRINO, *Il paziente consumatore*, in CENDON, PONCIBÒ (a cura di), *Il risarcimento del danno al consumatore*, Milano, 2014, pp. 111 ss.). In questo caso oggetto della domanda, benché coincida con la richiesta di un risarcimento del danno, incide inevitabilmente su profili inerenti a diritti fondamentali della persona. Ma anche in questo caso non vedo ostacoli alla compromettibilità della lite, poiché il potere dispositivo rilevante in arbitrato è quello che si identifica nella facoltà di abdicare alla giustizia tradizionale a favore di una giustizia diversa e non nel potere di rinunciare al diritto medesimo.

Infine, nonostante la disciplina comune non preveda l'impugnazione del lodo per violazione delle norme inderogabili, alla luce dell'interpretazione adeguatrice accolta già in precedenza, anche questo profilo trova adeguata tutela tramite l'impugnazione per contrarietà all'ordine pubblico, inteso come ordine pubblico di protezione (*rectius* arbitrale)³².

Per quanto riguarda, infine, la disciplina dei costi si rimanda a quanto si dirà nel paragrafo 5, anticipando già come la loro regolamentazione costituisca il vero *vulnus* del procedimento arbitrale.

3. *L'azione arbitrale nascente dalla clausola compromissoria: come superare il vaglio di vessatorietà. L'esperienza spagnola*

Qualora, invece, la scelta di addivenire al processo arbitrale scaturisca dalla stipula della clausola compromissoria inserita all'interno di un contratto di consumo, si pone il problema della sua vessatorietà.

Il Codice del consumo, in realtà, pur non vietando esplicitamente l'arbitrato, esclude la possibilità di adottare clausole derogatorie della competenza del giudice statale³³, benché la direttiva 93/13/Cee preveda unicamente che debbano essere considerate automaticamente come vessatorie le clausole compromissorie, inserite nei contratti di adesione, che prevedono il ricorso ad arbitrati non disciplinati da norme giuridiche³⁴.

³² Sul punto si rimanda a quanto già dedotto nel cap. precedente.

³³ Alla luce della concezione accolta dell'arbitrato come *ens medium* tra contratto e processo, ritengo che non abbia senso discorrere di rinuncia alla competenza con riguardo al giudizio arbitrale. Si rimanda a quanto già dedotto nella parte prima.

³⁴ In realtà, come ricorda Marengo (MARENGO, *Garanzie processuali e tutela dei consumatori*, Torino, 2007, p. 287), nell'intento di conciliare i vantaggi dell'arbitrato «con il rispetto delle garanzie processuali fondamentali risale la possibilità di considerare anche vessatorie le clausole compromissorie che prevedano il ricorso a forme di arbitrato regolate, in tutto o in parte, dalla legge: ciò in applicazione della regola generale di cui all'art. 3, n. 1 della direttiva, ogniquale volta esse non siano state negoziate individualmente e – malgrado la buona fede dei contraenti – deter-

All'interno di questo confuso tessuto normativo interviene la direttiva 2013/11/UE: l'articolo 10, comma 1°, riprendendo, in verità quanto già enunciava la Raccomandazione della Commissione 98/257/CE, prevede che la garanzia di una effettiva libertà di scelta non possa derivare da un impegno che precede l'origine della vertenza, quando questo abbia come effetto di privare il consumatore del suo diritto di adire le giurisdizioni competenti per la risoluzione della controversia. Prosegue poi il secondo comma affermando, come già ricordato, che sugli stati membri grava l'onere di provvedere «affinché nelle procedure *Adr* volte a comporre la controversia mediante l'imposizione di una soluzione, sia possibile rendere tale soluzione vincolante per le parti soltanto a condizione che queste siano state preventivamente informate del suo carattere vincolante e abbiano specificatamente dato il loro assenso».

Avvalendosi di questa previsione, specialmente di quanto indicato nel comma 1°, alcuni interpreti³⁵ e anche la giurisprudenza recente³⁶ hanno evidenziato che al consumatore sarebbe inibito di vincolarsi alla soluzione arbitrale mediante la stipula *tout court* della tradizionale clausola compromissoria.

mino lo squilibrio dei diritti e degli obblighi contrattuali a danno del consumatore». Rispetto alla ipotesi di vessatorietà automatica, in questo caso è onere del consumatore dimostrare lo squilibrio dei diritti e dei doveri e, nello specifico, della disciplina legislativa in punto all'adeguatezza delle garanzie processuali fondamentali. Anche questo secondo limite, come vedremo, può essere superato grazie alla interpretazione esegetica offerta.

³⁵ GALLETTO, *Adr e controversie dei consumatori: un difficile equilibrio*, cit., par. 3 ritiene che siffatta previsione sembrerebbe introdurre un espresso divieto, in materia di consumo, di ricorso alla clausola compromissoria. Solo parzialmente conforme è LUISO, *La direttiva 2013/11/UE, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori*, cit., p. 1309, il quale però precisa «poiché l'art. 10, comma 1° non consente al consumatore di impegnarsi a svolgere un procedimento *Adr* prima che la controversia sia sorta, ragionando *a majori* si deve concludere che tanto più il consenso necessario ad una soluzione vincolante non può essere preventivo rispetto al sorgere della lite». Sulle contraddizioni del testo della direttiva: REICH, *Party autonomy and consumer arbitration in conflict: A "Trojan Horse" in the access to justice in the E.U. ADR-Directive 2013/11?*, in *Penn State Journal of Law & International Affairs*, 2015, pp. 310 ss.

³⁶ Cass., 13 febbraio 2017, n. 3744, cit., che, però, consente di vincere il divieto mediante la prova dell'esistenza di trattative tra le parti.

Tale divieto viene accolto nelle recenti riforme maturate nello spazio giuridico europeo, che, però, non trovano sempre fondamento nel recepimento della direttiva europea³⁷.

In Francia, prima della recente modifica dell'art. 2061 *Code civil*, gli interpreti erano propensi a ritenere validi solo i compromessi a lite già insorta³⁸. La legge del 18 novembre 2016, n. 1547, modificando il testo dell'art. 2061 *Code civil* ha previsto, al comma 2°, che «*Lorsque l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée*». In altri termini, benché l'ordinamento francese non escluda il ricorso alla clausola compromissoria, la rende vincolante solo per il professionista: al momento del sorgere della lite il consumatore può decidere se aderire o meno all'opzione arbitrale³⁹.

Nella stessa direzione si pone anche la Spagna, che, oltre a considerare valido il compromesso, ammette la possibilità della stipula della sola clausola compromissoria unilaterale: infatti, l'art. 57 del *Real decreto* n. 1 del 2007, riformato nel 2014⁴⁰, stabilisce, nell'ambito della legislazione sul *Sistema Arbitral de Consumo*, la non vincolatività per il consumatore degli accordi arbitrali stipulati prima del sorgere della lite. Diversamente per il professionista si prevede che «*la suscripción de dicho convenio, tendrá para el empresario*

³⁷ Per una visione d'insieme, si rimanda a AA.VV., in CORTÉS (a cura di), *The new regulatory framework for consumer dispute resolution*, Oxford, 2016, *passim*.

³⁸ Sul punto LOQUIN, *Arbitrage-Compromis et clause compromissoire*, in *Juris Classeur, Procédure civile*, fasc. 1020, Parigi, 2014, par. 88 ss.; JARROSSON, *Le nouvel essor de la clause compromissoire après la loi du 15 mai 2001*, in *La Semaine juridique - Edition générale*, 2001, n. 27, I, p. 333, par. 18; FOUCHARD, *La laborieuse réforme de la clause compromissoire par la loi du 15 mai 2001*, in *Rev. arb.* 2001, p. 411; sulla ambiguità del testo VALENCIA, *Parties faibles et accès à la justice en matière d'arbitrage*, in *Rev. arb.*, 2007, pp. 54 ss.); RACINE, *Droit de l'arbitrage*, Paris, 2016, pp. 133 ss.

³⁹ Sul punto, PIÉDELÈVRE, *La nouvelle clause compromissoire*, in *JCP*, 2017, pp. 182 ss., consultabile in *Lexis Nexis JurisClasseur*; CLAY, *L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi «justice du XXI siècle»*, *JCP*, 2016, p. 1295, consultabile in *Lexis Nexis JurisClasseur*.

⁴⁰ Consultabile in www.boe.es. Si legge testualmente al comma 4° «*No serán vinculantes para los consumidores los convenios arbitrales suscritos con un empresario antes de surgir el conflicto*». Per la precedente versione si rimanda alla disamina di BENÖHR, WEBER, *Spain*, in HODGES, BENÖHR, CREUTZFELDT-BANDA (a cura di), *Consumer ADR in Europe*, 2012, Oxford, p. 213.

la consideración de aceptación del arbitraje para la solución de las controversias derivadas de la relación jurídica a la que se refiera, siempre que el acuerdo de sometimiento reúna los requisitos exigidos por las normas aplicables»⁴¹.

Di recente anche nel Regno Unito⁴² è stata ridisegnata la disciplina consumeristica prima con l'introduzione del *The Consumer Right Act* 2015 e poi con la pubblicazione dello *Statutory Instrument* n. 542 del 2015 "*The alternative dispute resolution for consumer dispute (Competent Authorities and information) Regulations 2015*" e dello *Statutory Instrument* n. 1392 del 2015 "*The alternative dispute resolution for consumer disputes (Amendment) Regulations 2015*". Mentre il primo testo legislativo precisa in più punti (articles 31,47, 57) che «*An agreement in writing to present or future differences to arbitration is not be regarded as excluding or restricting any liability fort the purposes of this section*», *The alternative dispute resolution for consumer disputes (Amendment) Regulations 2015* stabilisce all'art. 14C, dopo aver precisato nella norma precedente la non vincolatività per il consumatore degli accordi volti ad attribuire a una «*Adr entity*» la risoluzione in via preventive di una controversia, che «*Where an Adr entity aims at resolving a dispute by imposing a solution, the solution will not be binding on a party to the dispute unless: (a)the Adr entity notifies the party that the outcome will be binding; and (b)the party specifically accepts that the outcome will be binding*»⁴³.

⁴¹ Principio che trova una enunciazione più generale nella legge di recepimento della direttiva 11/2013/Ue, *Ley* del 2 novembre 2017, n. 7, che stabilisce, all'art. 15, che «*los acuerdos suscritos antes del surgimiento de un litigio entre un consumidor y un empresario con objeto de someterse a un procedimiento con resultado vinculante*» non siano vincolanti per il consumatore. Diversamente, per quanto riguarda il professionista, è stabilito che «*el acuerdo celebrado antes del surgimiento del litigio será vinculante si reúne las condiciones de validez exigidas por la normativa aplicable a dicho acuerdo. Este acuerdo no será necesario cuando el empresario se encuentre obligado, por ley o por su adhesión previa, a participar en dicho procedimiento*».

⁴² Consultabile in www.legislation.gov.uk. Già l'*Arbitration Act* (sect. 91(1)) prevede che, se le controversie siano inferiori a cinquemila sterline, la clausola sia da reputarsi necessariamente *unfair*. Diversamente, in Germania, l'art. 1031 ZPO impone che la clausola compromissoria, oltre ad essere espressamente approvata dal consumatore, deve essere contenuta in un documento separato dal contratto principale.

⁴³ Al contempo però precisa che «*The requirements under paragraph (1) must be met before the Adr entity notifies the party of the outcome of the alternative*

In Italia, il legislatore non prende alcuna espressa posizione sul punto. In verità anche il nostro ordinamento, non vieta la possibilità per le parti di avvalersi della c.d. clausola compromissoria unilaterale (come peraltro era già previsto nel precedente regolamento Consob), inquadrabile nel contratto di opzione ai sensi dell'art. 1331 c.c.

Tuttavia, non si può dimenticare che una parte della letteratura valuta in modo sfavorevole questo meccanismo. Se alcuni interpreti non vedono ragioni per escludere il suo operare⁴⁴, altri sollevano delle perplessità alla luce dello stato di pendenza che si viene a creare in attesa che la parte beneficiata sciogla la riserva⁴⁵.

Tale difformità può essere superata mediante l'applicazione dell'art. 1331, comma 2°, c.c., che attribuisce al giudice la facoltà di fissare un termine entro cui l'opzione deve rimanere valida.

Non vi sono, quindi, effettivi ostacoli a concludere a favore della validità di una clausola compromissoria unilaterale, che trova anche diffusione negli Stati Uniti⁴⁶ - e non solo -, sebbene una parte della giurisprudenza tenda a disconoscere la sua applicazione sulla base della dottrina della *unconscionability*.

dispute resolution procedure. (3) Paragraph (1)(b) does not apply in relation to a trader where an enactment, the rules of a trade association, or term of a contract, provides that the solution will be binding on the trader».

⁴⁴ BARTOLOMUCCI, *Clausola compromissoria, Capacità*, in *Dizionario dell'arbitrato*, Torino, 1997, pp. 207 ss., p. 210; FESTI, *La clausola compromissoria*, Milano, 2001, p. 22. In giurisprudenza si veda: Cass., 19 ottobre 1960, n. 2837, in *Giust. civ.*, 1960, I, p. 1897 e in *Foro it.*, 1961, I, c. 278; Cass., 22 ottobre 1970, n. 2096, in *Mass. Foro it.*, 1970, c. 651.

⁴⁵ MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, III, Milano, 1905, pp. 103 ss., che si pone in modo dubitativo; CODOVILLA, *Del compromesso e del giudizio arbitrale*, Torino, 1915, p. 308; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, Napoli, 1964, p. 779; PACCHIONI, *In tema di clausole compromissorie*, in *Giur. it.*, 1942, I, c. 60; VECCHIONE, *Sulla validità della clausola compromissoria unilaterale*, in *Giur. it.*, 1963, cc. 65 ss.; E.F. RICCI, *Compromesso*, in *Noviss. dig. it.*, Appendice, II, Torino, 1981, pp. 126 ss.; SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, 1988, p. 132.

⁴⁶ MARTUSCELLI, *Mutualità ed unilateralità della clausola compromissoria, la cosiddetta opzione di arbitrato*, in www.comparazionecivile.it, par. 2; C.R. DRAHOZAL, *Non mutual Agreements to Arbitrate*, in *Journal of Corporation Law*, 2002, in *Lexis-Nexis*, il quale ritiene ammissibili tali clausole, rilevando, invece, come talvolta le clausole simmetriche siano *unfair*.

In tale caso, il consumatore è conscio della scelta arbitrale e l'adesione alla giustizia privata non impone l'adozione di particolari vincoli.

Diversamente ci si deve chiedere se, stante il silenzio legislativo sul punto, il nostro ordinamento consenta la stipula della tradizionale clausola compromissoria.

Malgrado l'attuale tendenza evidenziata nello spazio giuridico europeo a favore del c.d. patto compromissorio unilaterale, non ritengo che la direttiva 2013/11/UE vieti *tout court* il ricorso alla clausola compromissoria. L'art. 10, che, secondo alcuni, come già detto, trova attuazione anche in materia arbitrale, in verità, a mio avviso, ha un ambito di applicazione più circoscritto. A tale proposito, non si deve dimenticare che la direttiva europea regolamenta, all'interno di un unico testo, diversi meccanismi di risoluzione delle controversie, introducendo, come è stato osservato⁴⁷, la possibilità di prevedere fattispecie di risoluzione eteronoma delle controversie, diverse dalla giurisdizione e dall'arbitrato, che sono riconducibili, oltre che nell'alveo delle autorità indipendenti, nella sfera di soggetti privati.

Se il primo comma del menzionato articolo non compie alcun distinguo tra le varie fattispecie di *Adr*, tanto che solo «ragionando *a majori*»⁴⁸ è possibile estendere la disposizione anche all'arbitrato⁴⁹, il secondo comma smentisce questa lettura, poiché prescrive che una soluzione possa divenire vincolante solo qualora il consumatore sia stato informato di questa caratteristica e abbia prestato il proprio consenso.

Un simile precetto non è adattabile all'arbitrato, poiché la natura del lodo non può mutare a seconda della presenza o meno del consenso della parte. Per tale ragione ritengo che la menzionata disciplina possa trovare attuazione solo con riguardo alle procedure

⁴⁷ LUIO, *Diritto processuale civile*, V, Milano, 2017, p. 284.

⁴⁸ LUIO, *La direttiva 2013/11/UE, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori*, cit., p. 1309.

⁴⁹ Si tratta di un problema che connota altri aspetti della direttiva. Emblematica a tale proposito è la previsione della possibilità di ritirarsi dalla procedura, che nell'art. 7, in relazione al principio della trasparenza sembra essere dettata per tutte *Adr*, a differenza di quanto enunciato nell'art. 9, in materia di equità, che, invece, trova riferimento solo alle procedure che propongono una soluzione.

eteronome, diverse dall'arbitrato oppure nell'ambito della mediazione aggiudicativa⁵⁰: in relazione ad esse la decisione dell'organismo *Adr* può divenire vincolante solo se il consumatore presta il proprio consenso al momento del sorgere della lite.

Peraltro, stante il non chiaro dettato normativo, credo che non sia opportuno introdurre limiti al ricorso al giudizio arbitrale (a una diversa esegesi si deve pervenire solo alla luce di una chiara presa di posizione legislativa, come, per esempio, avviene in materia di lavoro [cfr. *infra*]), che, come pone in luce la giurisprudenza recente e lo stesso legislatore, consente di accedere a un meccanismo processuale simile a quello statuale.

Quindi, se come credo sia possibile la stipulazione della tradizionale clausola compromissoria, sono necessarie delle cautele⁵¹. Innanzitutto, alla luce di quanto sinora enunciato, reputo che il suo utilizzo sia subordinato all'adozione di meccanismi che assicurino al consumatore di ottenere «tutto quello e proprio quello che ha diritto di conseguire».

⁵⁰ LUISO, *La direttiva 2013/11/Ue, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori*, cit., pp. 1310 ss.

⁵¹ In verità nel nostro ordinamento numerose sono le interpretazioni accolte in merito alla vessatorietà della clausola compromissoria. Si passa dalle tesi più restrittive che negano la validità di qualunque clausola compromissoria (prima del codice di consumo, v. fra gli altri DE NOVA, *Le clausole vessatorie*, Milano, 1996, p. 26; MARENGO, *Clausola compromissoria e contratti dei consumatori*, cit, p. 73; LA CHINA, *L'arbitrato*, Milano, 2011, pp. 38 ss.; D'ALESSANDRO, *Clausola compromissoria per arbitrato irrituale e azione inibitoria nei contratti dei consumatori*, in *Giust. civ.*, 1999, 1211, in nota sost. conf. a Trib. Roma, 8 maggio 1998, che argomenta nel senso che la clausola arbitrale (irrituale) implica la rinuncia forzosa alla giurisdizione statale; Trib. Roma, 18 agosto 2006, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, 1, II, p. 110, con nota di MANCINI; Gdp. S. Anastasia, 6 dicembre 2005, in *Giur. merito*, 2006, p. 1929; Gdp. Ancona, 28 aprile 2003, in *Foro it.*, 2004, I, c. 307; *contra*: FAILLACE, *Contratti stipulati con i consumatori*, in *Contr. e impr.*, 1996, pp. 359 ss.; Trib. Monza, 21 gennaio 2003, in *Giur. mil.*, 2003, p. 149), a quelle che ritengono ammissibili solo i patti compromissori rituali (prima della introduzione dell'art. 808-ter c.p.c., GABRIELLI, *Clausola compromissoria e contratti per adesione*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, pp. 1555 ss.; sul punto M. DE CRISTOFARO, in CONSOLO, M. DE CRISTOFARO, *Clausole abusive e processo*, in *Corr. giur.*, 1997, pp. 468 ss.) o richiamanti l'arbitrato amministrato (AA.VV., in RUFFOLO (a cura di), *Clausole «vessatorie» e «abusive». Gli artt. 1469-bis ss. c.c. e i contratti col consumatore*, Milano, 1997, pp. 53 ss.; NISATI, in CASSANO, DI GIANDOMENICO (a cura di), *Il diritto dei consumatori*, Padova, 2010, pp. 1232 ss.).

Il recente progetto di legge redatto dalla Commissione presieduta da Guido Alpa⁵² ritiene che il vaglio di vessatorietà del patto compromissorio possa essere superato solo qualora la clausola compromissoria, inserita nel contratto di consumo, faccia riferimento a un arbitrato rituale e amministrato, con previsione della impugnazione del lodo per violazione delle regole di diritto.

Tale proposta, in verità, si allinea ai principi espressi nelle direttive 93/13/Cee e 2013/11/Ue. Se con la prima il legislatore europeo non ritiene che siano vessatorie le clausole compromissorie che accedono a un arbitrato disciplinato da norme giuridiche⁵³, con la seconda vengono delineate le modalità che garantiscono l'attuazione di un processo arbitrale nel rispetto dell'esigenze di tutela della parte debole del sinallagma contrattuale.

In altri termini, come ha rilevato una dottrina⁵⁴, le fonti europee appaiono orientate a reputare che solo l'arbitrato amministrato consenta di garantire la piena realizzazione della protezione richiesta dalle norme di diritto sostanziale⁵⁵. Si tratta di una lettura compatibile con la ricostruzione qui enunciata: infatti, l'ordine pubblico che connota i diritti dei consumatori esclude la rinuncia preventiva (*rectius* prima che la lite sia sorta) al processo statale tutte le volte che non sia possibile verificare se quello privato sia in grado di garantire al consumatore una pari tutela rispetto a quello pubblico. Tale scopo può essere raggiunto mediante la scelta di un arbitrato

⁵² Sul punto, per una completa disamina, AA.Vv., *Un progetto di riforma delle Adr*, Napoli, 2017, pp. 42 ss.

⁵³ È pur vero che il codice del consumo censura le clausole derogatorie della competenza del giudice statale, ma si tratta di un assunto che, per le ragioni già espresse nella prima parte con riguardo al concetto di competenza arbitrale accolto, non può trovare applicazione in materia arbitrale.

⁵⁴ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Tutela arbitrale e tecnica del processo*, cit., p. 1004.

⁵⁵ Questa è la strada seguita dai paesi scandinavi, nei quali si prevede l'istituzione per le controversie tra produttori e consumatori di appositi organismi (*complaint boards*) costituiti da rappresentanti di entrambe le categorie, ai quali il consumatore deve avere sempre la possibilità di rivolgersi. Sul punto, ampiamente MARENGO, *Garanzie processuali e tutela dei consumatori*, cit., pp. 289 ss., il quale, invece, ricorda come in Portogallo vengano considerati inefficaci quelle clausole contrattuali che non assicurano il rispetto delle garanzie processuali imposte dalla legge.

amministrato⁵⁶ caratterizzato dall'applicazione dei principi enunciati nella direttiva 2013/11/UE⁵⁷.

In questa direzione si è già orientata ormai da tempo la Spagna⁵⁸, ove è previsto un meccanismo di ampia tutela del consumatore caratterizzato da un arbitrato amministrato e regolato dalla legge. Tale disciplina, dettata *Real Decreto* n. 231 del 2008, seppure antecedente all'emanazione della direttiva, nella sostanza, realizza già i principi nella stessa enunciati⁵⁹, ivi compresi i criteri che devono guidare le organizzazioni che gestiscono l'arbitrato. Osserva, infatti, una dottrina⁶⁰ che i criteri che regolano l'arbitrato di con-

⁵⁶ Solo il ricorso all'arbitrato gestito da un ente amministratore garantisce al consumatore, oltre la conoscenza preventiva delle regole del processo privato, di potersi avvalere di una struttura *super partes* che costituisce garanzia di correttezza ed efficienza per la parte debole del conflitto.

⁵⁷ Sarà, quindi, necessario verificare caso per caso se la clausola compromissoria possa qualificarsi come abusiva, come, peraltro, suggeriva da tempo la dottrina (ALPA, *Le clausole arbitrali nei contratti del consumatore*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 623). A tale proposito si rimanda anche alle interessanti osservazioni di COMOLIO, *Approccio comunitario e garanzie di tutela del consumatore*, in *Sull'arbitrato*, cit., p. 241.

⁵⁸ Recentemente questa strada è stata anche percorsa dalla Repubblica Ceca, anche se a differenza della Spagna, non individua l'arbitrato amministrato come modello privilegiato per le liti consumeristiche. Sul punto si rimanda a ZUCCONI GALLI FONSECA, *Tutela arbitrale e tecnica del processo: la clausola nei contratti di consumo*, cit., pp. 1009 e 1010. Per un esame della disciplina spagnola HERRERA CAMPOS, *La regulación del arbitraje de consumo*, in CUEVA, LÓPEZ (a cura di), *Derecho y consumo. Aspectos penales, civiles y administrativos*, Madrid, 2013, consultabile nella banca dati *Vlex*, pp. 655 ss. Anche il Portogallo, che ha recentemente introdotto il divieto di stipula della tradizionale clausola compromissoria, conosce un'ampia esperienza in materia di arbitrato di consumo, strumento per antonomasia volto alla risoluzione stragiudiziale delle liti in questo settore. Tuttavia, il modello portoghese si differenzia da quello spagnolo, poiché esso è espressione dell'autonomia privata ed è caratterizzato da una disciplina differente a seconda dei diversi centri (CEBOLA, *The implementation of the consumer adr directive in Portugal*, in *The new regulatory framework for consumer dispute resolution*, cit., pp. 252 ss.).

⁵⁹ Si tratta dei principi che erano già contenuti nella Raccomandazione 1998/257/Ce di cui la legge spagnola tiene conto, come evidenziano PARDO, SERRABONA GONZÁLES, *Estudio crítico y propuestas de reforma del Arbitraje de Consumo*, in SCANNICCHIO (a cura di), *I metodi alternativi nella soluzione delle controversie dei consumatori*, Bari, 2007, pp. 138 ss.

⁶⁰ IBOLEÓN, *El proceso arbitral: una perspectiva procesal del arbitraje de consumo*, Madrid, 2012, pp. 66 ss.

sumo spagnolo sono essenzialmente: *imparcialidad, independencia, contradicción o audiencia, igualdad, confidencialidad, gratuidad e garantías*.

Si tratta di un arbitrato amministrato, unidirezionale⁶¹ e gratuito. Inoltre, come sanciscono i principi europei, è garantita al consumatore la possibilità di ricorrere alla giurisdizione ordinaria, qualora l'istanza di arbitrato venga dichiarata inammissibile prima dalla *Junta Arbitral* e poi confermata anche dalla *Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo* (art. 36). Si tratta di un meccanismo congegnato per evitare l'attivazione di procedure arbitrali non fondate e, in ultima analisi, per controllare i costi della procedura.

A giudicare la lite è deputato *Órgan Arbitral*, che è formato da tre arbitri, nominati a turno dal Presidente della *Junta Arbitral*, tra quelli rispettivamente prescelti dall'Amministrazione Pubblica, dalle Associazioni dei consumatori, dalle organizzazioni imprenditoriali o associazioni di professionisti e inseriti in un apposito elenco pubblico – elaborato da ciascuna Giunta – degli arbitri abilitati. Per divenire arbitro, oltre ai requisiti di onorabilità fissati dal *Consejo General del Sistema Arbitral*, è necessario essere laureati in giurisprudenza⁶².

⁶¹ Seppure, come si sta per vedere, la disciplina dell'arbitrato di consumo è una procedura attivabile solo dal consumatore, il legislatore spagnolo consente al professionista di allargare la materia del *decisum* attraverso il meccanismo della domanda riconvenzionale (art. 43), come osserva LAFUENTE TORRALBA, *A vueltas con el ambito y limites de arbitraje de consumo: reflexiones a la luz de real decreto 231/2008, de 15 de febrero*, in www.ruc.udc.es, pp. 493 ss. Questo è un punto criticato dalla dottrina, poiché è in distonia rispetto alla *ratio* che disciplina l'arbitrato in materia di consumo, che, tra l'altro, esclude l'obbligatorietà della difesa tecnica.

⁶² Interessante è quanto previsto all'art. 40, ove si stabilisce che «*En aquellos arbitrajes de carácter sectorial que por su naturaleza requieran la inmediatez de su tramitación, podrá convocarse a las partes a audiencia, sin más trámite, siempre que se haya verificado la admisibilidad de la solicitud y la validez del convenio arbitral y se haya procedido a la designación del el árbitro o árbitros que conocerán del conflicto. Cuando la Junta Arbitral de Consumo ante la que deba sustanciarse el arbitraje especializado no tenga una lista de árbitros especializados acreditados ante ella, recabará dicha lista de la Junta Arbitral de Consumo de superior ámbito territorial que disponga de ella, al objeto de designar entre los árbitros especializados acreditados incluidos en esta lista a aquéllos que deban conocer el conflicto*».

A fianco alla possibilità di un collegio arbitrale, il *Real decreto* ammette anche che la controversia sia decisa da un arbitro unico, su richiesta delle parti o su decisione del Presidente della *Junta Arbitral*⁶³.

Per quanto concerne la modalità di manifestazione del consenso, l'arbitrato *de quo* ammette, come già si anticipava, la stipula della clausola compromissoria che, però, anche alla luce della recente novella, può essere attivata solo dal consumatore.

Al contempo è ammessa l'*Oferta pública de adhesión al Sistema Arbitral de Consumo*. Infatti, caratteristica peculiare dell'arbitrato di consumo spagnolo è la possibilità per le imprese e il professionista di realizzare un'offerta pubblica di sottoposizione al sistema arbitrale rispetto a futuri conflitti con i consumatori o gli utenti, c.d. OPASAC. Detta disponibilità è resa appetibile dalla pubblicità positiva di cui si può fregiare l'impresa, attraverso il conferimento di un "*distintivo oficial*"⁶⁴, che a sua volta può essere ritirato in caso di comportamenti negativi, quale il reiterato inadempimento dei lodi arbitrali.

Infine, la *Ley* n. 7 del 2017, di recepimento della direttiva 2013/11/Ue, ha modificato l'art. 37 del *Real Decreto* prevedendo che «*Si no consta la existencia de convenio arbitral previo o éste no es válido, en el plazo más breve posible se dará traslado de la solicitud de arbitraje al reclamado, dándole un plazo de quince días para la aceptación del arbitraje y de la mediación previa en los supuestos en que proceda, así como para, en su caso, contestar a la solicitud formulando las alegaciones que estime oportunas para hacer valer su derecho y, en su caso, presentar los documentos que estime pertinentes o proponer las pruebas de que intente valerse. Transcurrido dicho plazo sin que conste la aceptación del arbitraje por el recla-*

⁶³ Le parti possono comunque opporsi al conferimento della controversia ad un unico arbitro, statuito dal presidente della Giunta, e in tal caso verrà designato un collegio arbitrale (art. 19.2).

⁶⁴ In realtà il *Real decreto* prevede due tipi diverse di adesioni: l'adesione piena all'arbitrato di consumo e l'adesione «*limitada*» (art. 26). Per evitare però il determinarsi di situazioni di concorrenza sleale tra le imprese che aderiscono in modo limitato e le imprese che aderiscono in modo pieno, sono stati previsti due diversi distintivi.

mado, el presidente de la Junta Arbitral de Consumo ordenará el archivo de la solicitud, notificándoselo a las partes. Si el reclamado contesta aceptando el arbitraje de consumo, se considerará iniciado el procedimiento en la fecha de entrada de la aceptación en la Junta Arbitral de Consumo, dictando su presidente acuerdo de iniciación del procedimiento arbitral [...]».

Lo svolgimento del procedimento è essenzialmente libero e gli arbitri possono condurlo senza particolari formalità, salva l'osservanza dei principi del contraddittorio e di eguaglianza delle parti, di gratuità e di riservatezza (art. 41). All'interno della procedura arbitrale è ammissibile l'esperimento della conciliazione tra le parti (art. 38), che può condurre all'emanazione di c.d. «*laudo conciliatorio*»⁶⁵. Esso recepisce il contenuto dell'accordo transattivo delle parti e ha gli stessi effetti del provvedimento arbitrale⁶⁶.

Infine, ampia attenzione è riservata dal legislatore spagnolo alla disciplina delle spese.

Nonostante che si tratti di una procedura gratuita, il *Real Decreto* stabilisce che le spese attinenti le prove assunte ad istanza di parte siano sostenute da chi le ha proposte, nel caso in cui, invece, siano comuni o coincidenti, gli oneri sono ripartiti tra entrambi i contendenti. Diversamente, qualora siano disposte delle prove d'ufficio, le spese sono sostenute dalla Giunta Arbitrale o dall'Amministrazione dalla quale dipenda. Queste regole trovano deroga solo nel caso in cui venga accertata la mala fede o la colpa grave di una delle parti⁶⁷.

⁶⁵ Secondo la tecnica già vista con riguardo al contenzioso familiare nell'ordinamento americano.

⁶⁶ La *Ley* n. 7 del 2017 estende anche all'arbitrato di consumo il limite dei novanta giorni per l'emissione della decisione.

⁶⁷ Tale disposizione suscita critiche da parte della dottrina, poiché sembrerebbe tradire lo spirito della gratuità dell'intero sistema, poiché impone al consumatore di sostenere le spese di una eventuale consulenza tecnica. Tuttavia, se si indagano i dati forniti dall'*Instuto Nacional de Consumo*, visibili sul sito www.consumo-inc.es/Arbitraje/memoria.ht, emerge che il ricorso alle consulenze tecniche è minimo: 626 consulenze tecniche disposte d'ufficio, 7 richieste dal consumatore, 7 dal professionista e 5 da entrambe le parti a fronte di 18.653 controversie definite con lodo.

Il metro generale di giudizio è l'equità, salvo che i litiganti decidano che la controversia sia decisa mediante l'applicazione delle norme di diritto.

4. *Le modalità di attuazione dell'azione arbitrale "vincolata"*

Una volta dimostrato che solo l'arbitrato amministrato costituisce un valido ed efficace strumento per il superamento del vaglio della vessatorietà della clausola compromissoria, nei successivi paragrafi la mia attenzione si concentrerà sulle modalità di realizzazione del c.d. "diritto processuale arbitrale", la cui concretizzazione trova enunciazione negli indici fatti propri della direttiva 2013/11/Ue. Essa, infatti, impone che le procedure *Adr* siano caratterizzate dalla competenza, dall'indipendenza e dall'imparzialità dell'organo giudicante (art. 6), dalla trasparenza (art. 7), dall'efficacia (art. 8), dall'equità (art. 9), dalla libertà (art. 10), dalla legalità (art. 11) e dall'effettiva assistenza dei consumatori durante lo svolgimento della procedura.

Mancando all'interno del nostro ordinamento una disciplina specifica in materia di consumo è necessario verificare se la normativa di diritto comune garantisca la loro piena realizzazione. Questa indagine è stata già intrapresa da una recente dottrina⁶⁸: questa è la strada che reputo di percorrere.

Come si è già visto in relazione al contenzioso familiare, la consapevolezza della scelta può realizzarsi attraverso ulteriori meccanismi rispetto a quelli riguardanti la forma della convenzione arbitrale: per tale ragione la direttiva europea impone sia agli organi che gestiscono le procedure arbitrali che ai professionisti di introdurre meccanismi in grado di offrire un'informazione chiara e facilmente comprensibile (art. 7).

In particolare la direttiva, come già avviene da tempo in Spagna, prevede a carico dell'ente gestore l'onere di rendere pubblico sul

⁶⁸ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Tutela arbitrale e tecnica del processo*, cit., pp. 1010 ss.

proprio sito *web* l'attività svolta, unitamente alle modalità concrete mediante le quali viene attuata e i risultati raggiunti nel tempo. Con specifico riguardo a questi ultimi, l'art. 7, par. 2, stabilisce che gli organismi *Adr* debbano rendere disponibili al pubblico le relazioni annuali dell'attività, indicando, per esempio, il numero e il tipo di controversie ricevute, il tempo medio necessario per la risoluzione, il numero di vertenze che si sono concluse mediante una soluzione conciliativa e quelle, invece, decise nel merito⁶⁹. Si tratta, a dire il vero, di un'attività già attuata presso vari enti arbitrali in Italia, ad esempio, dalla Camera arbitrale di Milano⁷⁰.

Stesso onere informativo grava anche sul professionista (art. 13): è, infatti previsto, che qualora esso si sia impegnato o sia tenuto a ricorrere alle procedure arbitrali, abbia il dovere di informare i consumatori di tale opzione, offrendo all'interno del proprio sito *web* anche l'indicazione riguardanti l'ente amministratore della procedura.

Per quanto concerne il processo arbitrale la direttiva detta rigidi criteri di imparzialità e di professionalità dell'arbitro, stabilendo anche meccanismi che sono in grado di risolvere l'eventuale loro violazione⁷¹. In particolare, viene imposta la *disclosure* per tutto il corso della procedura *Adr*, con relativo obbligo da parte dei giudicanti di comunicare all'organismo *Adr* tutte le circostanze eventualmente in grado o ritenute in grado di incidere sull'imparzialità e sull'indipendenza. Si tratta di un meccanismo che, come già detto in materia di famiglia, può trovare attuazione all'interno del nostro sistema. Alla medesima conclusione si deve pervenire con riguardo sia alla previsione dell'irrevocabilità unilaterale del mandato degli arbitri sia a quella del divieto di vincolare il loro compenso agli esiti della procedura⁷². Inoltre, la direttiva prevede che qualora gli arbitri

⁶⁹ Come osserva ZUCCONI GALLI FONSECA, *Tutela arbitrale e tecnica del processo*, cit., p. 1028.

⁷⁰ L'art. 8 prescrive la possibilità che, per fini di studio, la Camera Arbitrale possa curare la pubblicazione in forma anonima dei lodi, «salva l'indicazione contraria anche di una sola delle parti manifestata nel corso del procedimento».

⁷¹ Art. 6, comma 2, direttiva n. 2013/11/Ue.

⁷² Come rileva ZUCCONI GALLI FONSECA, *Tutela arbitrale e tecnica del processo*, cit., p. 1011.

facciano parte di un collegio, gli enti amministratori dell'arbitrato debbano assicurare che l'organo collegiale sia composto in modo paritario da rappresentanti delle rispettive associazioni o organizzazioni di categoria. In altri termini, la direttiva enuncia il principio della equidistanza del tribunale arbitrale, canone che deve considerarsi immanente anche nel nostro sistema.

Tuttavia, come già ricordato in precedenza, l'art. 832 c.p.c. vieta agli enti amministratori dell'arbitrato, qualora siano espressione di interessi associativi o di una categoria professionale, di nominare arbitri nelle liti che contrappongono un proprio associato a un terzo. Al contempo, l'art. 412 c.p.c., in materia di arbitrato di lavoro, consente alle commissioni di conciliazione a composizione paritetica di decidere la controversia.

Si tratta di una previsione compatibile⁷³ con il nostro ordinamento, benché il legislatore europeo preveda sempre la composizione paritetica del collegio giudicante e non solo quando la camera arbitrale sia loro espressione. Qualora si verifichi quest'ultima ipotesi, deve essere comunque garantito il requisito dell'imparzialità dell'organo: tanto che non potranno mai essere nominati soggetti in violazione dei canoni prescritti dall'art. 815 c.p.c.⁷⁴, come peraltro, enuncia implicitamente la direttiva, stabilendo addirittura, da una parte, che gli arbitri debbano impegnarsi a non lavorare per il professionista per un periodo di tre anni dopo la cessazione del loro incarico e, dall'altra, che gli arbitri, che sono espressione dei professionisti, non abbiano alcun collegamento gerarchico o funzionale con questi ultimi, ivi compreso dal punto di vista finanziario.

Tali elementi possono trovare attuazione all'interno del nostro ordinamento mediante l'adozione della stessa soluzione abbracciata nell'arbitrato di consumo spagnolo: l'art. 20 impone che le parti scelgano i rispettivi arbitri all'interno di liste predisposte dalle rispettive

⁷³ Come già evidenzia ZUCCONI GALLI FONSECA, *Tutela arbitrale e tecnica del processo*, cit., p. 1014.

⁷⁴ Per tale ragione non reputo che possa trovare applicazione la previsione della retribuzione degli arbitri da parte del professionista, nonostante che sia garantita un'autonomia finanziaria.

associazioni, prevedendo anche che il terzo arbitro sia espressione di una istituzione equidistante da quelle in conflitto⁷⁵.

Inoltre, il testo europeo stabilisce, all'art. 6, lett. a), che le persone fisiche incaricate dell'*Adr* abbiano «le conoscenze e le capacità necessarie nel settore della risoluzione [...] giudiziale delle controversie dei consumatori, nonché una competenza generale del diritto». Su tale aspetto rimando a quanto ho già indicato in materia di contenzioso familiare, precisando solamente che un siffatto obbligo trova attualmente attuazione all'interno di alcuni codici deontologici stilati dalle organizzazioni arbitrali⁷⁶. Si tratta di un punto decisivo per l'affermarsi dell'arbitrato, come comprova anche l'esperienza dell'ABF: infatti, le decisioni scaturenti da questo procedimento sono in grado di influenzare quelle dei giudici statuali. Tale incidenza deriva, come è osservato⁷⁷, dall'autorità riconosciuta ai suoi giudicanti, altamente specializzati⁷⁸.

Per quanto concerne il procedimento, anche la direttiva, in sintonia con la ricostruzione offerta, impone che i regolamenti seguano delle specifiche norme; in particolare si stabilisce che devono essere regolati gli aspetti relativi alla lingua⁷⁹, la sede, i criteri di trattazione della lite e quelli del giudizio. Inoltre, è escluso l'obbligo della difesa tecnica.

Per quanto concerne la scelta della sede dell'arbitrato, la normativa interna, come quella regolamentare, lascia alla libertà delle parti di definirla: quindi, non vi sono ostacoli ad immaginare che le parti

⁷⁵ Come suggerisce anche ZUCCONI GALLI FONSECA, *Tutela arbitrale e tecnica del processo*, cit., p. 1013.

⁷⁶ Interessante era anche il meccanismo introdotto dal Regolamento della Consob che imponeva ai propri arbitri, ai fini di rendere effettivo il requisito della professionalità, di aggiornare, in via telematica, periodicamente il proprio *curriculum vitae* secondo specifici criteri e modalità stabilite dalla Camera stessa.

⁷⁷ Come pone in luce MIRRA, *I sistemi di alternative dispute resolution trovano nuovo vigore*, cit., p. 709. Tuttavia il *considerando* 36 precisa che «tali persone dovrebbero possedere conoscenze giuridiche generali sufficienti per comprendere le implicazioni giuridiche della controversia, senza dover necessariamente essere professionisti legali qualificati».

⁷⁸ G. CONTE, *Arbitrato bancario finanziario*, cit., pp. 211 ss.

⁷⁹ Proprio in ragione della possibilità che le liti consumeristiche possano coinvolgere soggetti non residenti nello stesso Stato.

decidano di fissare la sede dell'arbitrato nel luogo di residenza del consumatore. A prescindere da ciò, bisogna ricordare che gli arbitri possono «tenere udienza, compiere atti istruttori» anche in luoghi diversi dalla sede dell'arbitrato. A ciò si aggiunga che lo stesso legislatore europeo incentiva il ricorso agli strumenti informatici⁸⁰, tanto da imporre che la procedura sia accessibile non solo *online* ma anche *offline*.

In merito al divieto di imporre una difesa tecnica, non credo che la direttiva si ponga in antitesi rispetto all'esegesi offerta, poiché essa contempla comunque il diritto delle «parti di ricorrere al parere di un soggetto indipendente o di essere rappresentate o assistite da terzi in qualsiasi fase della procedura»⁸¹. In sostanza, anche il legislatore europeo individua nella figura del “difensore” un ottimo mezzo per garantire la protezione del soggetto debole, ma lascia a quest'ultimo la libertà di scelta.

La procedura deve essere anche celere, tanto che si prevede che il lodo debba essere pronunciato entro 90 giorni e, solo in caso di controversie particolarmente complesse, è ammessa la possibilità di una proroga di ulteriori 90 giorni.

Su tale punto, invece, non tutti i regolamenti attualmente in vigore possono dirsi conformi, poiché, sebbene disciplinino meccanismi snelli e veloci per la risoluzione della controversia, prevedono termini di gran lunga superiore per l'emanazione del provvedimento arbitrale.

La riduzione del tempo della procedura può essere conseguita se l'attività istruttoria sia limitata, come nel caso in cui le parti autorizzino gli arbitri a pronunciarsi sulla base dei soli documenti. Si tratta, per esempio, di una modalità accolta dall'arbitrato gestito dall'AIA (art. 22, comma 2°) e da quello della Camera arbitrale di Roma⁸² (art. 8).

Da ultimo.

⁸⁰ Art. 5, lett. c), d) e art. 8, lett. a).

⁸¹ Come prescrive l'art. 9.

⁸² PICCININNI, *Regolamenti di arbitrato e procedimento «semplificato»: brevi riflessioni*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, pp. 337 ss.

La direttiva, disciplinando il requisito della trasparenza, prescrive anche che i regolamenti debbano prevedere meccanismi che consentano alle parti di ritirarsi dalla procedura.

Per quanto mi consta, non si tratta di un punto che ha trovato, almeno nel nostro ordinamento, un'effettiva regolamentazione. Quindi è opportuno chiedersi se tale previsione sia di per sé compatibile.

Ritengo, alla luce dell'art. 1373 c.c., in materia di recesso unilaterale, che una simile possibilità possa trovare ingresso solo qualora le parti espressamente prevedano tale meccanismo⁸³.

In assenza di un'apposita previsione è dubbio che l'art. 1373 c.c. trovi attuazione.

Tuttavia, una dottrina⁸⁴, al fine di superare il limite stabilito dallo stesso art. 1373 c.c., ha proposto una diversa esegesi, prevedendo, alla luce dell'assonanza esistente tra patto compromissorio e il contratto di società, l'applicabilità dell'art. 2285, 2° comma c.c., e cioè del recesso per giusta causa. Se tale lettura consente di ampliare la portata applicativa del recesso unilaterale, tuttavia lo vincola alla sussistenza di una giusta causa. Quindi, è naturale chiedersi quando ciò possa verificarsi. L'autore citato, richiamando la dottrina tedesca, ritiene che la giusta causa sussista quando sopraggiungano circostanze «da cui consegue che non si possa più ragionevolmente pretendere da una parte la permanenza del vincolo alla scelta della via arbitrale»⁸⁵.

Quindi, il diritto al ripensamento potrebbe operare nel caso in cui il consumatore subisca dei rovesci economici tali che gli impediscano di sostenere le spese del giudizio arbitrale⁸⁶.

Anche qualora non si ritenga di accogliere questa esegesi, non può essere posta in discussione la validità dell'arbitrato, poiché il seguente art. 9 della direttiva sembrerebbe imporre questo requisito solo per le procedure che propongono una soluzione.

⁸³ Quindi difficilmente potrà trovare attuazione qualora il processo arbitrale venga attivato mediante *facta concludentia*.

⁸⁴ BOVE, *L'estinzione del patto compromissorio*, in *Riv. arb.*, 1998, p. 689.

⁸⁵ Ivi, p. 690.

⁸⁶ Necessità che non dovrebbe configurarsi qualora venisse prevista la gratuità della procedura arbitrale, come propone il legislatore europeo.

5. Il problema dei costi

La regolamentazione delle spese costituisce un elemento fondante del giusto processo arbitrale.

A tale proposito, l'art. 8 della direttiva in esame stabilisce che la procedura *Adr* debba essere gratuita o quantomeno disponibile a costi minimi per i consumatori, prevedendo altresì un correlativo obbligo informativo.

Di gratuità dell'arbitrato già discorre il legislatore spagnolo; tuttavia, la bontà del principio si scontra con l'evidente difficoltà di reperire fondi statali⁸⁷.

Il nostro ordinamento non ha mai affrontato il problema in modo sistematico⁸⁸, benché gli interpreti abbiano individuato degli *escamotages* per fare fronte al vuoto normativo.

In primo luogo, l'art. 814 c.p.c. prevede che la liquidazione compiuta dagli arbitri in merito al loro compenso, non sia vincolante per le parti, che hanno la possibilità di richiedere il controllo da parte del giudice statale, al quale è attribuito il potere di rimodellare la determinazione definita dai giudici privati. In secondo luogo, l'art. 816-septies c.p.c. stabilisce che il mancato anticipo delle spese comporta l'inefficacia sopravvenuta della convenzione d'arbitrato per la lite in atto, a meno che l'avversario non decida di versare anche la quota spettante alla parte indigente.

Tale previsione, nonostante sia rivolta agli arbitri, ha consentito di interrogarsi sulla possibilità di ammettere l'inoperatività della convenzione d'arbitrato per indigenza economica delle parti, come ha sancito una pronuncia del *Bundesgerichtshof*⁸⁹.

⁸⁷ Così ricorda ZUCCONI GALLI FONSECA, *Tutela arbitrale e tecnica del processo*, cit., p. 1021.

⁸⁸ Allo stato dell'arte non si può neppure immaginare un'applicazione dell'istituto del gratuito patrocinio. Alcune aperture potrebbero riguardare solo alcune fasi incidentali del procedimento arbitrale (per esempio il momento della nomina degli arbitri), ma in questo modo il problema dei costi non trova comunque una soluzione. Per le varie criticità ZUCCONI GALLI FONSECA, *Controversie arbitrabili*, in CARPI (a cura di), *Arbitrato*, Bologna, 2016, pp. 123 ss.

⁸⁹ 14 settembre 2000, in *Riv. arb.*, 2002, p. 729, con nota di RÖRIG. Si potrebbe, ad esempio, immaginare la possibilità di richiedere al giudice statale di dichiarare la risoluzione del patto compromissorio per impossibilità sopravvenuta

Si tratta di un profilo già esaminato positivamente scorrendo del recesso dalla clausola compromissoria.

Diversamente da quanto accade a livello normativo, il problema dei costi trova concreta disciplina nei regolamenti arbitrali. Per esempio, quello della Camera arbitrale di Milano, oltre a prevedere costi predeterminati, stabilisce una deroga alla loro applicazione nel caso in cui il procedimento arbitrale si concluda prima della pronuncia del lodo. Inoltre, per quanto concerne la tariffa degli onorari dell'arbitro o del collegio, è statuita la possibilità «in casi straordinari» di prevedere onorari inferiori al minimo o al massimo delle tariffe. L'indigenza della parte potrebbe rientrare in questa fattispecie.

La stessa direttiva, in verità, suggerisce delle modalità per garantire la limitazione dei costi.

Innanzitutto essa punta sullo snellimento delle regole processuali, prescrivendo, da un lato, l'ampio utilizzo dei mezzi informativi e, dall'altro, la possibilità di stare in giudizio personalmente.

Per quanto concerne il primo meccanismo ricordato, occorre evidenziare che lo stesso legislatore europeo è ampiamente propenso a un suo capillare sviluppo, come dimostra la emanazione del Regolamento n. 524 del 2013⁹⁰ relativo alla risoluzione delle controversie *online* dei consumatori⁹¹.

della prestazione (art. 1463 c.c.). Bisogna subito precisare che tale opzione non appare contemplabile dall'art. 816-*septies* c.p.c., poiché la norma è dettata a favore degli arbitri. Tuttavia, non credo che una simile possibilità possa essere totalmente esclusa prima dell'inizio della procedura arbitrale; a diverse conclusioni si deve pervenire una volta che la stessa sia iniziata, poiché l'art. 817 c.p.c. stabilisce che le contestazioni sulla validità e il contenuto della clausola compromissoria devono essere fatte valere innanzi agli arbitri. In questo caso, le parti potranno essere svincolate dalla scelta arbitrale come diretta conseguenza dell'applicazione dell'art. 816-*septies* c.p.c., a meno che, naturalmente, il soggetto non indigente provveda al pagamento dell'intera anticipazione richiesta dagli arbitri.

⁹⁰ Sull'argomento cfr. i primi commenti: CASTELLANETA, *Con le nuove risoluzioni europee sulla mediazione definizioni rapide e a basso costo per i consumatori*, in *Guida al dir.*, XIV, 2013, pp. 14 ss.; VIGORITI, *Superabili Ambiguità. Le proposte europee in tema di adr e di odr*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, pp. 341 ss.; PICCIANO, *Risoluzione alternativa delle controversie: la commissione EU presenta le sue proposte legislative*, in *I contratti*, 2012, p. 179 ss.; GIOIA, *Il nuovo "pacchetto" della Commissione europea sull'ADR*, in *Corr. giur.*, 2012, pp. 697 ss.

⁹¹ Il regolamento prevede l'istituzione di una piattaforma digitale *odr*, unica per tutta la Ue alla quale sono indirizzati tutti i reclami *online* in materia di con-

A ciò si aggiunga che ulteriori strumenti per garantire la riduzione dei costi si rintracciano nella possibilità di delineare delle procedure semplificate⁹²: per esempio l'abrogato regolamento della Consob, agli artt. 32 e ss., disciplinava un arbitrato solo documentale innanzi a un arbitro unico, attivabile solo dall'investitore, purché tale scelta risultasse in modo chiaro dal testo della convenzione d'arbitrato. Si tratta di una prassi diffusa anche nei comuni regolamenti degli enti amministratori: per esempio quello adottato dall'Associazione italiana arbitrato (AIA) prevede che il tribunale arbitrale possa, «omessa ogni udienza, statuire in base ai soli documenti, se le parti, concordemente, lo domandano o vi consentono in forma scritta, anche nel corso del procedimento, salva sempre la loro facoltà di presentare memorie nei modi e nei termini stabiliti dal tribunale arbitrale» (art. 22, comma 2°).

Ed ancora.

La direttiva europea introduce l'ipotesi che i giudicanti siano assunti e retribuiti solo dal professionista⁹³, subordinando questa facoltà a precise cautele. Si tratta, in verità, di un'opzione già conosciuta nell'ordinamento americano e attuata, in Europa, dall'Olanda.

Infatti, l'*American Arbitration Association*, oltre ad attribuire al consumatore la possibilità della scelta se contribuire al pagamen-

sumo. Questa piattaforma non è altro che un sito *web* interattivo gestito direttamente dalla Commissione, tramite il quale i consumatori e i professionisti possono presentare direttamente le loro controversie relative alle obbligazioni contrattuali derivanti da contratti di vendita o di servizi effettuati *online*, compilando un apposito modulo elettronico disponibile in tutte le lingue ufficiali dell'Unione. Ai fini di una maggiore conoscenza e potenzialità di utilizzo della piattaforma *odr*, è prevista la creazione di una rete di assistenza per la risoluzione delle controversie *online*. Tale compito è attribuito al c.d. «punto di contatto», nominato da ogni stato membro, il quale dispone di almeno due assistenti per la risoluzione delle controversie *online*.

⁹² Sul punto, PICCININI, *Regolamenti di arbitrato e procedimento «semplificato»*, cit., pp. 333 ss. Stesso meccanismo è anche adottato dalle *Supplementary rules* dell'Aaa.

⁹³ Si tratta di una possibilità applicabile anche nel nostro sistema, alla luce del principio della libertà delle forme procedurali stabilito dall'art. 816-bis c.p.c., come osserva ZUCCONI GALLI FONSECA, *Tutela arbitrale e tecnica del processo*, cit., p. 1022.

to delle spese della procedura⁹⁴, prevede all'art. 6 dell'*Employment Due Process Protocol*, la facoltà per l'ente amministratore di gestire i pagamenti, frapponendosi, quindi, tra l'arbitro e il professionista. Al contempo, sempre dall'ordinamento americano deriva la pratica di imporre al consumatore il pagamento di un importo fisso, a prescindere dal tipo di arbitrato posto in essere⁹⁵.

Nel nostro ordinamento, ove non possono trovare applicazione *tout court* tali soluzioni⁹⁶, gli interpreti già da tempo propendono per l'introduzione di strumenti assicurativi⁹⁷.

A prescindere dalle soluzioni offerte, ritengo che vi siano ampi spazi per garantire una giustizia arbitrale a costi contenuti, come dimostra la stessa esperienza in materia di mediazione e oggi estesa anche alla disciplina dell'arbitrato contemplato dall'art. 1 del d.l. n. 132 del 2014. Infatti, il legislatore, al fine di favorire tali strumenti, ha introdotto incentivi, come il credito di imposta, per coloro che decidano di utilizzarli⁹⁸.

L'applicazione estesa di simili meccanismi nelle controversie di consumo potrebbe determinare la fortuna di questo strumento: se è indiscutibile che sussista una difficoltà a reperire fondi statali, non si deve dimenticare che un'efficace e corretta gestione del contenzioso

⁹⁴ Le *Consumer-related Disputed Supplementary Procedures* dell'Aaa prevedono che «*The business shall pay the arbitrator's compensation unless the consumer, post dispute, voluntarily elects to pay a portion of the arbitrator's compensation*».

⁹⁵ Come riferisce DRAHOZAL, *Non mutual Agreements to Arbitrate*, cit., pp. 813 ss. Un simile meccanismo era anche previsto nel regolamento della Consob all'art. 31.

⁹⁶ Una parte della dottrina (GALLETTO, *Adr e controversie dei consumatori: un difficile equilibrio*, cit., par. 2) propone che in caso di finanziamento da parte di professionisti o associazioni di professionisti, gli organismi di *Adr* possano essere «emanazione di una fondazione dotata di adeguate risorse finanziarie ed amministrata da soggetti indipendenti dai finanziatori, nominati con il concorso delle associazioni dei consumatori e degli utenti inserite nell'elenco di cui all'art. 137 del codice del consumo».

⁹⁷ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Controversie arbitrabili*, cit., p. 127; da ultimo ID., *Tutela arbitrale e tecnica del processo*, cit., p. 1024; TROCKER, voce *Patrocinio gratuito*, in *Dig. it., disc. priv., sez. civ.*, XIII, Torino, 1995, pp. 291 ss.

⁹⁸ Non penso che imporre al consumatore il pagamento delle spese legali dell'avvocato costituisca un motivo di vessatorietà del patto compromissorio, stante la libertà di scelta che la stessa direttiva introduce su tale aspetto.

costituisce di per sé un valore concreto per garantire la riduzione dei costi della giustizia.

6. *Brevi cenni sulla class arbitration*

La direttiva 2013/11/UE auspica, anche, al considerando ventisettesimo l'introduzione di una disciplina generale che sappia trattare «congiuntamente controversie identiche o simili tra un professionista e vari consumatori». Al contempo, però, precisa che tale regolamentazione deve essere preceduta da «una valutazione di impatto globale sulle composizioni extragiudiziali collettive».

In sostanza, se da una parte, il legislatore europeo non vede ostacoli alla potenziale applicazione all'interno delle *Adr*, ivi incluso l'arbitrato, della *class action*, dall'altra parte, è, invece, ben consapevole degli ostacoli applicativi che esistono per la sua effettiva attuazione.

Si tratta di un problema già affrontato dal legislatore americano⁹⁹, che, pur non sollevando dubbi in merito alla compromettibilità delle azioni di classe, è orientato a delineare i profili di compatibilità tra i due istituti. Oggigiorno, peraltro, si assiste all'emergere di un diverso dibattito incentrato, non tanto sul problema della devoluzione ad arbitri della *class action*, ma sulla portata oggettiva della convenzione arbitrale c.d. silente, che pone in rischio l'effettiva realizzazione della *class arbitration*¹⁰⁰.

⁹⁹ Per una ampia disamina, a titolo esemplificativo, si rimanda a PARK, *La jurisprudence américaine en matière de class arbitration*, in *Revue de l'arbitrage*, 2012, pp. 1 ss.; SZALAI, *Aggregate dispute resolution: class and labor arbitration*, in *Haward Negotiation Law Review*, 2008, pp. 399 ss., consultabile anche su LexisNexis Accademy; CASONI, *Le prospettive della class action arbitration alla luce delle ultime pronunce della Corte Suprema americana*, in *Obbligazioni e contratti*, 2012, p. 537 ss.; ID., *Recenti sviluppi sulla class arbitration negli Stati Uniti*, in *Riv. arb.*, 2011, pp. 118 ss.; BENATTI, *In fuga verso l'arbitrato: la crisi (ir)reversibile della class action statunitense*, in *Rassegna dir. civ.*, 2014, pp. 500 ss.

¹⁰⁰ La questione è ampia e complessa. In questa sede, è opportuno solo ricordare, rimandando per una esaustiva analisi a STRONG, *Does Class arbitration "change the Nature" of Arbitration?*, in *Harvard Negotiation Law Review*, 2012, pp. 201 ss.; BRIGUGLIO, *Class Arbitration in Italia: spunti di metodo per la (eventuale) prosecuzione delle indagini*, in *Riv. arb.*, 2015, pp. 219 ss.; CASONI, *Le prospettive della*

Il nostro ordinamento non introduce alcuna specifica regolamentazione.

Preciso subito che non è mia intenzione affrontare sistematicamente tutte le problematiche connesse all'ammissibilità della *class arbitration*: mi limiterò ad analizzare solo il problema della compromettibilità dei diritti e ad evidenziare le difficoltà applicative che l'esegesi accolta genera.

Per procedere a questa indagine è necessario prima chiarire la distinzione tra azione di classe e azione collettiva¹⁰¹.

Si qualificano azioni collettive quelle che vengono instaurate da «associazioni nate e affermatesi come «centri di imputazione» di interessi che fanno capo a una collettività di individui sovente più ampia rispetto agli associati e non legati tra loro da alcun rapporto giuridico»¹⁰².

Diversamente, con il termine di azioni di classe¹⁰³ si devono intendere, così come prescrive l'art. 140-bis Codice del consumo,

class action arbitration, cit., pp. 537 ss.; GABOARDI, *Arbitrato e azione di classe*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, pp. 987 ss., che la giurisprudenza americana tende a limitare, in seguito alla nota sentenza *Stolt-Nielsen S.A. v. Animal Feeds Int'l Corp.*, il ricorso alla *class arbitration* a favore dell'arbitrato individuale. In tale pronuncia, che si pone in antitesi rispetto al precedente consolidato orientamento, inaugurato dalla sentenza *Bazzele* del 2003, la Corte Suprema ritiene che arbitrato e clausole bilaterali sino a tal punto incoerenti rispetto al *class action proceeding*, tanto da escludere l'interpretazione estensiva di una clausola arbitrale che non espressamente richiami tale modalità procedimentale.

¹⁰¹ CHIARLONI, *Per la chiarezza di idee in tema di tutele collettive dei consumatori*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, pp. 567 ss.

¹⁰² Ivi, p. 568.

¹⁰³ Sull'azione di classe vi è ampia letteratura. A titolo esemplificativo si rimanda a: CONSOLO, ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140 bis cod. cons. Lineamenti processuali*, Padova, 2012; DONZELLI, *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, Napoli, 2011; CHIARLONI, *Il nuovo art. 140 bis del codice del consumo: azione di classe o azione collettiva?*, in *Studi in onore di Modestino Acone*, III, Napoli, 2010, pp. 1753 ss.; FERRANTE, *L'azione di classe nel diritto italiano. Profili sostanziali*, Padova, 2012, p. 11; PUNZI, *L'azione di classe dei consumatori*, in *Il nuovo processo civile. Sistema e problematiche*, Torino, 2015, pp. 383 ss.; CAPORUSSO, *L'azione di classe nel diritto vivente: un laboratorio in "itinere"*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, pp. 1199 ss.; GIUSSANI, *Rito e merito nell'azione di classe*, in *Giur. merito*, 2013, pp. 2125 ss.; ID., *L'azione di classe: aspetti processuali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2013, pp. 341 ss.; ID., *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna, 2008, pp. 100 ss.; A.D. DE SANTIS, *La tutela giurisdizionale collettiva*, Napoli, 2013, pp. 532 ss.

quelle azioni che vengono instaurate da un singolo individuo nell'interesse anche di una pluralità di soggetti, che si trovano in una simile situazione giuridica¹⁰⁴, bisognosa di tutela giurisdizionale.

In entrambi i casi, per le ragioni già espresse, ritengo potenzialmente ammissibile l'azione arbitrale.

Per quanto concerne le azioni collettive, sono preziose le osservazioni compiute con riguardo all'azione arbitrale vincolante "in senso lato"¹⁰⁵, in merito alla quale si è dimostrato come la superindividualità della situazione protetta non possa costituire un limite a favore dell'arbitrabilità¹⁰⁶. Come è correttamente affermato, «la dimensione superindividuale rende la situazione soggettiva, pur generalizzata, autonoma dai singoli diritti dei consumatori»¹⁰⁷. Semmai, come in altri casi, il vero problema è quello di verificare chi sia

¹⁰⁴ La norma parla sia di diritti individuali omogenei dei consumatori che di interessi collettivi. Tuttavia, tale ultimo riferimento è stato letto in modo difforme dalla dottrina. Alcuni ritengono che il legislatore abbia voluto introdurre un'azione di classe a «salvaguardia d'interessi autenticamente superindividuali, imputabili a una pluralità indifferenziata di consumatori», quindi una sorta di «prolungamento o appendice risarcitoria dell'inibitoria collettiva ex artt. 139-140 cod. cons.» (FERRANTE, *L'azione di classe nel diritto italiano*, cit., p. 11), altri (CONSOLO, ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140*, cit., pp. 54 ss.; Trib., Milano, 26 settembre - 9 dicembre 2013, in *Foro it.*, 2014, I, cc. 590 ss.) individuano la *ratio* di detta disposizione nell'«esigenza di garantire che l'azione venga promossa per la tutela di un interesse (individuale) realmente diffuso tra i consumatori e utenti». Infine, altra parte della letteratura svuota totalmente di valore il riferimento, riconducendolo a mera fretta e imprecisione del legislatore (PUNZI, *L'azione di classe dei consumatori*, in *Il nuovo processo civile. Sistema e problematiche*, Torino, 2015, pp. 383 ss.). A mio avviso, alla luce dello stesso dettato normativo, non si può che aderire all'ultima delle letture sopra richiamate.

¹⁰⁵ Per evitare ripetizioni si rimanda ai capp. IV e V, parte seconda.

¹⁰⁶ Ritengo che oggetto del processo sia una situazione soggettiva perfetta e non una mera questione. Sul punto, ZUCCONI GALLI FONSECA, *Pregiudizialità e rinvio (contributo allo studio dei limiti soggettivi dell'accertamento)*, Bologna, 2011, pp. 354-355; CHIARLONI, *Il nuovo art. 140 bis del codice del consumo*, cit., pp. 1753 ss., ma sul punto si veda anche, per esempio, MENCHINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti individuali omogenei*, in MENCHINI (a cura di), *Le azioni seriali*, Napoli, 2008, pp. 66 ss., secondo cui l'azione inibitoria ha per oggetto non un diritto dell'ente, ma una questione di fatto e di diritto; DALFINO, *Questioni di diritto e di giudicato*, Torino, 2008, pp. 271 ss.; GIUSSANI, *Azioni collettive risarcitorie*, cit., p. 100, distingue fra azione collettiva per diritti individuali omogenei e azione collettiva per situazioni di vantaggio superindividuale, che non investono diritti dei singoli).

¹⁰⁷ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Controversie arbitrabili*, in MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Padova, 2010, pp. 20-21.

il vero legittimato a promuovere l'azione arbitrale¹⁰⁸ e al contempo definire il contenuto del patto compromissorio.

Un discorso specifico deve, invece, essere svolto con riguardo alle azioni di classe, in relazione alle quali, benché il problema della legittimazione ad agire sia risolto dal dettato normativo¹⁰⁹, si rinven-
gono diversi ostacoli operativi.

Innanzitutto, è necessario chiarire che in questo caso non si pone alcuna questione di arbitrabilità sostanziale del diritto¹¹⁰, come dimostra il catalogo delle posizioni giuridiche soggettive indicate dall'ultimo comma dell'art 140-*bis*¹¹¹ del Codice del consumo. Infatti, la norma¹¹² prevede che siano devoluti a tale strumento processuale le posizioni contrattuali di una pluralità di consumatori e di utenti, i diritti omogenei spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto o servizio, indipendentemente dall'esistenza di un rapporto contrattuale e, infine, quelli omogenei al ristoro del pregiudizio subito dai consumatori da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali¹¹³.

La disponibilità (*rectius* arbitrabilità) di queste posizioni giuridiche soggettive è confermata dall'introduzione della legittimazione ad agire in capo al singolo consumatore. Questa previsione, è stato

¹⁰⁸ Si pone un problema di legittimazione a compromettere e non di arbitrabilità. A mio avviso, quindi, sarà l'ente esponenziale a dovere acconsentire all'arbitrato (in questo senso ZUCCONI GALLI FONSECA, *Controversie arbitrabili*, cit., p. 21; in senso difforme PAGNI, *Tutela individuale e tutela collettiva: un'indagine sul possibile raccordo fra i rimedi*, in *Le azioni seriali*, cit., pp. 153 ss.).

¹⁰⁹ L'azione di classe, come avviene nell'esperienza americana, può essere promossa anche dal singolo consumatore, in qualità di *class representative*, senza che sia più imposta, a differenza del passato, l'assistenza di una associazione rappresentativa degli interessi della classe.

¹¹⁰ BRIGUGLIO, *Class Arbitration in Italia*, cit., p. 223, che discorre anzi di diritti transigibili.

¹¹¹ Ove si afferma che «le rinunce e le transazioni intervenute tra le parti non pregiudicano i diritti degli aderenti che non vi hanno espressamente consentito».

¹¹² PAILLI, *Le azioni di classe dei consumatori: presupposti e limiti*, in *Il risarcimento del danno al consumatore*, cit., pp. 612 ss.

¹¹³ Come si specificherà nel proseguo parlando della legislazione *antitrust*, non vedo ragioni per escludere l'ammissibilità dell'azione arbitrale in materia di concorrenza, come peraltro conferma la stessa giurisprudenza: App. Bologna, 11 ottobre 1990, in *Riv. arb.*, 1993, p. 77, con nota di ROSI; App. Milano, 13 settembre 2002, *ivi*, 2004, pp. 105 ss., con nota di PORTINCASA, RADICATI DI BROZOLO.

osservato, sembra «esaltare la portata dispositiva del diritto fatto valere dal *class representative* e rendere, in tal modo, pienamente ammissibile la compromettibilità»¹¹⁴.

Nonostante si sia di fronte a diritti pienamente arbitrabili, si incontrano diversi ostacoli a garantire l'attuazione dell'azione arbitrale all'interno della procedura delineata dall'art. 140bis Codice del consumo.

Se il meccanismo dell'*opt in*¹¹⁵ adottato dal legislatore interno non pone problemi in merito dell'eventuale estensione *ultra partes* della decisione¹¹⁶, possibili ostacoli derivano dalla concreta compatibilità con il giudizio arbitrale della preventiva fase di ammissibilità dell'azione di classe.

Prima di entrare nel merito della questione è opportuno compiere delle precisazioni sulla modalità di instaurazione della *class arbitration* e sulla nomina degli arbitri.

Una volta ammessa la validità della convenzione arbitrale in materia di consumo, non vi sono ragioni per negare che con essa il consumatore si possa anche vincolare alla *class arbitration*.

Questa lettura può incontrare degli ostacoli nel caso in cui manchi nel patto compromissorio una chiara volontà compromissoria a favore della *class arbitration*. Si tratta di un profilo ampiamente scandagliato dagli interpreti americani e che, come ho già ricordato, costituisce, secondo la più recente giurisprudenza, un problema per sua effettiva esperibilità.

¹¹⁴ GABOARDI, *Arbitrato e azione di classe*, cit., pp. 1003-1004, che precisa che il discorso non cambia qualora sia l'associazione o il comitato rappresentativo dell'interesse collettivo a promuovere l'iniziativa.

¹¹⁵ Infatti il legislatore prevede che la sentenza che definisce il giudizio faccia stato solo nei confronti degli aderenti e garantisce a coloro che non aderiscono all'azione di classe di potere promuovere un'azione individuale. Sul punto, VIGORITI, *Class action e azione collettiva risarcitoria. La legittimazione ad agire e altro*, in *Contr. e imp.*, 2008, pp. 729 ss.

¹¹⁶ Anche se in questo caso non dovrebbe parlarsi, in verità, di estensione *ultra partes* del giudicato, ma piuttosto di effetto consumativo del potere di esperire l'azione di classe. A differenza di quanto sostenuto da altra parte della dottrina (BRIGUGLIO, *Class Arbitration in Italia*, cit., p. 228) non vedo ostacoli a che il lodo, per le ragioni già in precedenza esposte, possa estendere i propri effetti nei confronti di tutti gli aderenti. Si rimanda a quanto già esposto nel cap. II, parte prima.

Anche se l'indagine richiederebbe un'analisi più approfondita, non ritengo che possa essere vietata al consumatore la facoltà di avvalersi di questo strumento. Argomentare in senso difforme vorrebbe dire violare la regola generale enucleata dall'art. 808-*quater* c.p.c., che impone, nel dubbio, di estendere alla cognizione degli arbitri «tutte le controversie che derivano dal contratto o dal rapporto cui la convenzione si riferisce». Semmai, per superare il vaglio della vessatorietà, l'elemento fondante diviene nuovamente il richiamo, all'interno del patto compromissorio, all'arbitrato amministrato.

Inoltre, ci si potrebbe domandare, come sottolinea una dottrina¹¹⁷, se una simile clausola precluda la possibilità di agire innanzi al giudice statale. Sarei per la risposta negativa alla luce della previsione dell'art. 819-*ter* c.p.c.¹¹⁸.

Nessun problema, invece, si pone sul fronte della nomina degli arbitri, poiché l'adesione di altri consumatori non genera un arbitrato con pluralità di parti¹¹⁹.

A tale proposito occorre ricordare che con l'atto di adesione, il componente della classe non solo non promuove una domanda di tutela giurisdizionale, ma neppure dà luogo ad un intervento, peraltro, escluso dallo stesso art. 140-*bis*. Una parte di coloro che hanno studiato l'atto di adesione evidenziano che con esso, l'aderente manifesta unicamente la volontà di appartenere a una classe, attribuendo, invece, al promotore dell'azione il potere di gestire la propria causa¹²⁰. Se le cose stanno in questo modo, come peraltro credo, non si pone alcun problema di nomina del proprio arbitro da parte degli aderenti: l'atto di adesione, costituendo una manifestazione di inclusione nel gruppo, implica l'accettazione del giudicante già scelto.

¹¹⁷ BRIGUGLIO, *Class Arbitration in Italia*, cit., p. 223.

¹¹⁸ G.F. RICCI, *Rapporti tra arbitri e autorità giudiziaria*, in *Arbitrato*, cit., pp. 615 ss.

¹¹⁹ Sull'inquadramento giuridico dell'aderente si rimanda a PELLE, *Lo status processuale di aderente nell'azione di classe ex art. 140 bis Cod. Cons.*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, pp. 955 ss.; e per un inquadramento ad ampio raggio al lavoro di A.D. DE SANTIS, *La tutela giurisdizionale collettiva*, cit., pp. 617 ss.; CONSOLO, ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140 bis*, cit., pp. 132 ss.

¹²⁰ PELLE, *Lo status processuale di aderente nell'azione di classe*, cit., p. 963; A.D. DE SANTIS, *La tutela giurisdizionale collettiva*, cit., pp. 624 ss.

Ciò posto, è necessario ora verificare come la fase preventiva del giudizio, caratterizzata dall'obbligo della notificazione della domanda al pubblico ministero per garantire un suo eventuale e discrezionale intervento (limitato, peraltro, solo a questa fase), nonché dalla possibile reclamabilità dell'ordinanza innanzi alla Corte di Appello, possa realizzarsi all'interno del giudizio arbitrale.

Nell'esperienza americana sia la *Rule 23* delle *Federal Rules of Civil Procedure* che le *Supplementary Rules for Class Arbitration* emanate dall'*American Arbitration Association* prevedono una fase preliminare di ammissibilità della *class arbitration* che si conclude nelle *Supplementary Rules* con una *clause determination award*.

Nel nostro ordinamento, invece, al momento – per quanto mi consta – sono due le interpretazioni proposte.

Secondo una prima esegesi¹²¹, la possibilità di deferire il giudizio di classe in arbitrato è ammissibile solo qualora il pubblico ministero decida di non esperire l'intervento. In caso contrario, il procedimento deve essere scisso: la fase di ammissibilità deve necessariamente svolgersi innanzi al giudice ordinario, quella successiva, che non è contemplata la presenza del pubblico ministero, può essere esperita innanzi agli arbitri.

Secondo, invece, una diversa interpretazione¹²², le parti possono decidere di rinunciare al giudizio di ammissibilità, con la conseguenza che ad essere deferito al giudizio degli arbitri «non è esattamente l'azione di classe secondo il compiuto ed integrale paradigma dell'art. 140-*bis* cod. cons., ma [...] un'azione di classe ed una tutela di classe rimodellate, per sottrazione della fase di ammissibilità». Viene precisato che il lodo che definisce la *class arbitration* non può dispiegare un effetto preclusivo nei confronti delle ulteriori azioni di classe, anche perché il provvedimento arbitrale non è di per sé idoneo a produrre effetti *ultra partes*¹²³, né è concepibile davanti agli

¹²¹ GABOARDI, *Arbitrato e azione di classe*, cit., pp. 1009-1010.

¹²² BRIGUGLIO, *Class Arbitration in Italia*, cit., pp. 228 ss.

¹²³ Tale assunto, come già precisato in precedenza, non è condivisibile. Come rileva correttamente la dottrina (DONZELLI, *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, cit., p. 336), «i limiti oggettivi dell'effetto consumativo, non dovranno essere valutati solo sulla base del contenuto della pronuncia di merito passata in giudicato che chiude il giudizio di classe, ma anche sul contenuto dell'ordinanza

arbitri la riunione di altre azioni di classe non fondate su apposita volontà compromissoria.

Entrambe le interpretazioni, benché degne di pregio, tuttavia, non si soffermano ad indagare un aspetto fondamentale, cioè l'oggetto del giudizio di ammissibilità.

Prima di intraprendere questa indagine, ritengo opportuno precisare che la presenza del pubblico ministero in questa fase preliminare non costituisce un ostacolo alla cognizione degli arbitri. Peraltro, l'art. 140-bis c.c. non attribuisce al pubblico ministero la qualifica di litisconsorte necessario: esso, una volta ricevuta la notificazione dell'atto introduttivo, non ha l'obbligo di intervenire nel giudizio¹²⁴. Ne segue che la sua presenza nel processo non altera la natura del diritto che rimane, pertanto, disponibile (*rectius* arbitrabile).

Il vero nodo esegetico si pone con riguardo all'oggetto del giudizio di ammissibilità: in altri termini è necessario chiedersi quale sia il contenuto dell'ordinanza che chiude questa fase¹²⁵. Benché numerosi commentatori abbiano negato il suo contenuto decisorio,

che definisce i caratteri dei diritti omogenei tutelati dall'azione». Ne deduce che riguardo ai consumatori che hanno aderito, la sentenza collettiva produrrà effetto preclusivo, consumando sia il potere di azione individuale che quello di classe; riguardo ai consumatori che avrebbero potuto aderire ma non lo hanno fatto, è precluso solo il potere di azione di classe; viceversa nei riguardi dei «consumatori aderenti poi esclusi e riguardo ai consumatori che, sulla base del contenuto dell'ordinanza di ammissibilità, non hanno aderito, il potere di azione di classe, sempre che ne ricorrano i presupposti, rimane fermo, oltre ovviamente al loro potere di azione» (parla di potere consumativo dell'azione anche CONSOLO, ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140 bis*, cit., p. 299). Semmai giocano un ruolo di primaria importanza le effettive modalità attuative della pubblicità dell'azione, le uniche che garantiscono la correttezza delle adesioni.

¹²⁴ Tanto che una dottrina (A.D. DE SANTIS, *La tutela giurisdizionale collettiva*, cit., pp. 684 ss.) ritiene che il pubblico ministero rivesta il ruolo di interveniente facoltativo. Sarà, in verità, improbabile il suo intervento, come osserva GIUSSANI, *Azione di classe e tutela antitrust: profili processuali*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2011, p. 391; *contra* DONZELLI, *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, cit., p. 145.

¹²⁵ Sul punto, prima della sentenza citata nella nota che segue, CARRATTA, *L'azione collettiva risarcitoria e restitutoria*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, pp. 732 ss.; GIUSSANI, *L'azione di classe: aspetti processuali*, cit., pp. 348 ss.; A.D. DE SANTIS, *La tutela giurisdizionale collettiva*, cit., pp. 714 ss.; CONSOLO, ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140 bis*, cit., pp. 191 ss.

non si deve dimenticare che l'art. 140-bis c.p.c. prevede la non proponibilità di azioni successive scaduto il termine per proporre le adesioni. Si tratta di una questione ampiamente dibattuta dagli interpreti e su cui recentemente si sono espresse anche le sezioni unite della Suprema Corte¹²⁶, che hanno escluso la possibilità del ricorso in cassazione¹²⁷ avverso l'ordinanza, emessa in sede di reclamo, che dichiara inammissibile l'azione di classe, stante l'incapacità del provvedimento in esame di statuire sul merito del diritto dedotto in giudizio. I giudici, infatti, ritengono che oggetto della fase di ammissibilità sia un diritto prettamente processuale, cioè quello di potersi avvalere delle forme della tutela collettiva risarcitoria¹²⁸.

Ne segue che, mancando un diritto soggettivo in contesa, questa fase preliminare non può essere deferita al giudizio di arbitri. Questi ultimi possono pronunciarsi solo nella fase successiva al giudizio di ammissibilità.

¹²⁶ Cass., sez. un., 1° febbraio 2017, n. 2610, in *Defure*, che aderisce nella sostanza a Cass., 14 giugno 2012, n. 9772, in *Riv. dir. proc.*, 2013, con nota adesiva di BOCCAGNA; Cass., 24 aprile 2015, n. 8433, in *Contratti*, 2015, con nota di SCHIRRIPIA. Per una ricostruzione delle varie posizioni, DONZELLI, *Sul ricorso straordinario in cassazione avverso l'ordinanza d'inammissibilità dell'azione di classe*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, pp. 412 ss.

¹²⁷ Come già sostenevano prima, CONSOLO, ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140 bis*, cit., pp. 191 ss.; DONZELLI, *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, cit., p. 121; PAGNI, *L'azione di classe del nuovo art. 140 bis: le situazioni soggettive tutelate, l'introduzione del giudizio e l'ammissibilità della domanda*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, pp. 370 ss.; BOVE, *Profili processuali dell'azione di classe*, in *Il giusto proc. civ.*, 2010, pp. 1015 ss.; in senso difforme, GALLETTO, *L'azione di (seconda) classe (considerazioni sul novellato art. 140 bis codice del consumo)*, in *Nuova giur. civ.*, 2009, II, pp. 539 ss.

¹²⁸ Si è rilevato che l'ordinanza di inammissibilità possa avere contenuto decisivo nel caso di manifesta infondatezza, qualora il giudice accerti l'inesistenza dei fatti posti a fondamento della domanda, ovvero l'insussistenza dell'effetto giuridico che da quei fatti l'attore afferma conseguire (sul punto, A.D. DE SANTIS, *La tutela giurisdizionale collettiva*, cit., p. 717, secondo cui la verifica dell'insussistenza del requisito di manifesta infondatezza implica di per sé un accertamento positivo della fondatezza della domanda). Tuttavia altri interpreti negano che questa statuizione integri gli estremi di una decisione su diritti soggettivi sostanziali (CONSOLO, *Come cambia, rilevando oramai a tutti e in pieno il volto, l'art. 140 bis e la class action consumeristica*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1302; PAGNI, *L'azione di classe del nuovo art. 140 bis: le situazioni soggettive tutelate, l'introduzione del giudizio e l'ammissibilità della domanda*, cit., p. 372).

7. Sintesi

È ora di tirare le fila di quanto detto.

Ho cercato di dimostrare l'assunto da cui ero partita, e cioè che il problema della compromettibilità dei diritti dei consumatori deve essere distinto da quello della valida formazione del consenso alla giustizia arbitrale.

Nonostante le apparenti limitazioni che sembrano derivare dalla giurisprudenza comunitaria, non devono nutrirsi dubbi sulla possibilità di ricondurre le menzionate posizioni giuridiche soggettive nell'alveo dell'ordine pubblico arbitrale: la disciplina inderogabile relativa alla valida formazione del consenso nella stipula della convenzione arbitrale non è posta a presidio di interessi generali, ma è volta a riequilibrare la disparità ontologica delle parti del rapporto sinallagmatico. Giocoforza non devono neppure nutrirsi dubbi in merito all'ammissibilità dell'azione arbitrale.

Ciò posto diviene cruciale individuare i corretti meccanismi entro cui si deve manifestare la volontà compromissoria: la loro individuazione si ripercuote sulle modalità attraverso cui l'azione arbitrale può operare.

Alla luce della disciplina positiva, la consapevolezza della scelta diventa elemento discriminante per l'individuazione del "diritto processuale arbitrale" da applicare.

Ho, quindi, dedotto che, qualora vi sia una scelta consapevole, l'azione arbitrale può esplicarsi in modo libero; questo, però, non toglie che le parti possano decidere di introdurre specifici meccanismi di protezione, ricorrendo all'uso dell'arbitrato amministrato. Peraltro, si tratta di una pratica suggerita anche dalla direttiva 2013/11/Ue che individua i criteri generali che devono caratterizzare le procedure *Adr*.

Al contempo, ho ritenuto possibile anche il ricorso alla clausola compromissoria. Nello specifico, ho evidenziato come l'esigenza di una decisione ponderata trovi puntuale attuazione nella c.d. "clausola compromissoria unilaterale", meccanismo, ampiamente utilizzato oltre confine, compatibile con i principi del nostro ordinamento.

Ugualmente, malgrado un diverso *trend* europeo, ho reputato ammissibile l'utilizzo della tradizionale clausola compromissoria,

qualora essa richiami un arbitrato amministrato regolato secondo i principi enunciati nella direttiva 2013/11/Ue. Solo in questo modo il fittizio limite dell'incompromettibilità dei diritti in gioco, insito nella necessità di tutela derivante dalle norme sostanziali, può essere superato.

Infine, la mia attenzione si è soffermata sulla *class arbitration*. Se la compromettibilità dei diritti che sono posti alla loro base non può essere messa in discussione, l'operatività concreta dell'arbitrato è esclusa nella fase preliminare del giudizio per l'impossibilità di individuare un vero e proprio diritto soggettivo oggetto del giudizio.

CAPITOLO III

ARBITRATO E DIRITTI DEI LAVORATORI

1. *Premessa*

I diritti dei lavoratori costituiscono un ottimo banco di prova per misurare la bontà della tesi enunciata, poiché il concetto di norma inderogabile, su cui si fonda l'essenza dell'ordine pubblico di protezione, «segna la nascita e caratterizza il patrimonio genetico» di tali posizioni giuridiche soggettive¹.

In questo caso, è lo stesso legislatore che, dopo una totale chiusura al mondo arbitrale², enuncia progressivamente la sua ammissibilità, sino all'attuale formazione dell'art. 806, comma 2°, c.p.c., che sancisce la compromettibilità delle controversie di cui all'art. 409 c.p.c. solo qualora sia contemplata una preventiva autorizzazione da parte della legge oppure dai contratti o accordi collettivi

¹ CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, in *Inderogabilità delle norme e disponibilità dei diritti*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Modena, 18-19 aprile 2008, Milano, 2009, p. 7. BALLESTRERO, in AA.Vv., *Autonomia individuale e rapporto di lavoro*, Atti delle giornate di studio Aidlass, Udine, 10-11-12 maggio 1991, Milano, 1994, p. 90, osserva che «Il diritto del lavoro non può, senza abrogare sé stesso, affermare l'uguaglianza delle parti del contratto, ripristinare uno spazio contrattuale non condizionato da norme inderogabili».

² Per la disamina dell'evoluzione storica CECHELLA, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, Milano, 1990, pp. 105 ss. e anche a CORSINI, *L'arbitrato nelle controversie individuali di lavoro*, *Riv. arb.*, 2003, p. 22. Per il più recente panorama normativo si rinvia ai successivi paragrafi.

di lavoro. In sostanza, lo stesso dettato normativo scioglie qualsiasi dubbio a favore dell'ammissibilità dell'azione arbitrale, imponendo che la scelta per il processo privato sia preceduta da una manifestazione di volontà generale, espressa dal legislatore o dalla contrattazione collettiva.

Al contempo, permane, oggi come ieri, il divieto di arbitrato con riguardo alle controversie di previdenza e assistenza: l'art. 147 disp. att. c.p.c. stabilisce che «nelle controversie in materia di previdenza e assistenza obbligatoria, sono privi di qualsiasi efficacia vincolante, sostanziale o processuale, gli arbitrati rituali, gli arbitrati irrituali [...]»³.

Da questo scenario è necessario partire per sciogliere i dubbi esegetici che la disciplina positiva pone, precisando che la mia attenzione si concentrerà soprattutto sulle controversie individuali di lavoro, anche se nelle pagine finali si procederà a una breve disamina di quelle collettive.

2. *I confini dell'azione arbitrale*

Nonostante il legislatore definisca formalmente i limiti all'arbitrabilità in materia di lavoro⁴, la corretta interpretazione dell'art. 409 c.p.c., richiamato dall'art. 806 c.p.c., impone un'esegesi più attenta. Il perimetro arbitrale è delimitato utilizzando il criterio della competenza del giudice del lavoro, che, come è noto, è stato generalmente riconosciuto non solo con riguardo alle liti che abbiano

³ Benché, alla luce dell'esegesi abbracciata nelle pagine successive e di quanto ho già detto in merito alla disciplina degli alimenti, ritenga che esse siano pienamente arbitrabili. Sul punto appaiono utili anche le affermazioni di VOZA, *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, Bari, 2007, pp. 57-58.

⁴ Alla luce del dettato normativo non è più in dubbio la compromettibilità delle controversie concernenti i rapporti di lavoro subordinato, anche se non inerenti all'esercizio dell'impresa, quelli in materia di agenzia, di tipica parasubordinazione, ivi compreso il procacciamento d'affari, qualora «il relativo rapporto, a norma dell'art. 409, n. 3, c.p.c., presenti le caratteristiche del coordinamento, della continuità e della prevalente personalità della prestazione». Sul punto, ZUCCONI GALLI FONSECA, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro: bilancio e prospettive di riforma*, in *Riv. arb.*, 2008, pp. 460 ss.).

ad oggetto immediato il rapporto in questione, in quanto si chiede l'accertamento dell'esistenza, della qualificazione o della cessazione del rapporto, oppure la sua costituzione, ma anche in relazione a quelle che abbiano ad oggetto un diritto che scaturisce dal rapporto di lavoro e trova in esso la sua *causa petendi*.

In questo ultimo caso diviene fondamentale verificare se anche il diritto che trova la sua origine nel rapporto di lavoro sia arbitrabile, poiché non ritengo, alla luce dell'esegesi accolta in queste pagine, che il generale richiamo all'art. 409 c.p.c. renda arbitrabili diritti che non possono esserlo⁵.

Per comprendere gli effettivi confini dell'azione arbitrale è necessario compiere un passo indietro.

Per lungo tempo il diritto del lavoro è stato considerato un terreno escluso alla disponibilità delle parti: la peculiarità che contraddistingueva i principi laburistici induceva, almeno una parte della dottrina tradizionale, a ricondurli nella c.d. legislazione sociale e in definitiva nel diritto pubblico⁶. Tale assunto trovava conferma nella cogenza che caratterizzava questa regolamentazione⁷, spesso, accompagnata da specifiche sanzioni penali o amministrative⁸.

Come correttamente pone in luce un interprete, la legislazione in materia di lavoro sembrava rappresentare «una sorta di cuneo capace di mettere in crisi la tradizionale distinzione tra diritto pubblico/diritto privato» nei termini consacrati dalla Rivoluzione fran-

⁵ Come rileva anche RUFFINI, MANZO, sub art. 806 c.p.c., in BENEDETTELLI, CONSOLO, RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Commentario breve al diritto dell'arbitrato*, Milano, 2017, p. 28. Talvolta si pongono dei problemi di estensione soggettiva della convenzione arbitrale, come nel caso di controversia tra gli eredi e il datore di lavoro del *de cuius*, ma come ho già detto, il profilo della compromettibilità del diritto deve essere tenuto separato da quello della legittimazione a compromettere.

⁶ Sul punto, in modo diffuso, VOZA, *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, cit., p. 14, secondo cui la prima normativa in materia di lavoro, risalente agli inizi del 1900, era una legislazione per i poveri, dettata esclusivamente per ragioni di pubblica sicurezza. Sul punto anche a BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, 1915, *passim*.

⁷ VOZA, *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, cit., p. 16.

⁸ GIUGNI, *Diritto del lavoro (voce per una enciclopedia)*, in *Dir. lav. e rel. ind.*, 1989, p. 252; GHERA, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, ivi, 1979, p. 322; MAZZONI, voce *Diritto del lavoro e diritto sindacale*, in *Enc. dir.*, XII, Roma, 1964, p. 1069.

cese e, quindi, dalla lotta contro le indebite ingerenze del Sovrano nella sfera di libertà dell'individuo»⁹. Infatti, malgrado le evidenti finalità di pubblico interesse che la normativa persegue, essa si inseriva all'interno di una relazione strettamente privatistica¹⁰.

Il difficile connubio tra le due sfere emergeva in modo preponderante nella disciplina sull'impiego privato del 1924, che contribuì, in modo decisivo, a confondere il piano dell'inderogabilità della normativa con quello dell'indisponibilità dei diritti, anche al di fuori del suo specifico campo di applicazione¹¹, poiché venne letta, almeno da una parte della dottrina, come la riprova dell'espandersi della norma cogente al di fuori del profilo regolativo del rapporto di lavoro¹². Si iniziò a porre la questione dell'ammissibilità della dismissione dei diritti individuali attribuiti al lavoratore da norme imperative e si provò a dilatare la nullità dei patti in deroga alla legge, fino a includervi anche i negozi dispositivi.

Nonostante ciò, ampia parte della letteratura e in seguito anche la giurisprudenza evidenziava che la normativa inderogabile in materia di lavoro non avesse come finalità di rendere indisponibili i diritti dei lavoratori per ragioni di un superiore interesse generale, ma essa fosse solo indirizzata alla difesa del lavoratore, quale soggetto debole¹³. Nella stessa interpretazione delle Corti, ove si fece strada la nota teoria della «presunzione legale, non di incapacità naturale o giuridica, bensì di una minorata libertà del consenso del lavoratore»¹⁴, si sviluppò la convinzione che potessero essere considerati invalidi soltanto quegli atti che fossero intervenuti nel

⁹ VOZA, *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, cit., p. 17, citando Marchetti.

¹⁰ REDENTI, *Massimario della giurisprudenza dei probiviri*, Roma, 1906, p. 9, n. 28.

¹¹ Cass., 17 marzo 1938, in *Dir. lav.*, 1938, II, p. 396; Cass., 25 gennaio 1939, in *Mass. Giur. lav.*, 1939, p. 169; *contra*, Cass., 19 luglio 1937, *ivi*, 1938, p. 36; Trib. Milano, 24 marzo 1931, in *Dir. lav.*, 1932, II, p. 141.

¹² Per una disamina NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro*, Milano, 2009, pp. 261 ss.

¹³ NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro*, cit., pp. 262 ss.

¹⁴ Espressamente Cass., 11 gennaio 1939, in *Dir. lav.*, 1939, II, p. 146; ma, sul punto, DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli, 1976, p. 302.

corso del rapporto e non quelli attuati una volta che lo stesso fosse cessato¹⁵.

In questo scenario si inserisce la disciplina dell'art. 2113 c.c., che, da una parte, sancisce l'invalidità, ma non la nullità, delle rinunce e delle transazioni aventi a oggetto diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili, limitando la possibilità della loro impugnazione e, dall'altra parte, considera ammissibili solo le rinunce e le transazioni assistite¹⁶.

La normativa *de qua*, unitamente a dire il vero ad altre previsioni positive¹⁷, costituisce la riprova del corretto inquadramento del diritto dei lavoratori all'interno dell'ordine pubblico di protezione¹⁸: la soggezione «“istituzionalizzata” del lavoratore subordinato ai poteri unilaterali del datore di lavoro insisti nella struttura stessa del rapporto e codificati dall'ordinamento»¹⁹ necessita una disciplina di favore per il lavoratore²⁰, ma non esclude la sua libertà contrattuale²¹.

¹⁵ Poiché in quel caso il lavoratore riacquista «la sua indipendenza e la libera volontà del consenso e di determinazione» (Cass., 13 gennaio 1934, in *Foro it.*, 1935, I, c. 494; Cass., 9 giugno 1931, in *Foro it.*, 1931, c. 1418; Cass., 25 novembre 1932, in *Rep. Foro it.*, 1932, voce *Impiego privato*, n. 685). In senso contrario GRECO, *Il contratto di lavoro*, Torino, 1939, pp. 459 e 460, rilevava che «in base al principio protettivo, tutti i diritti attribuiti al lavoratore verso il datore, da particolari norme di diritto soggettivo (o comunque a queste assimilabili: norme collettive), sono da considerarsi indisponibili e perciò irrinunciabili, ove dalla norma stessa non risulti il contrario».

¹⁶ OSSERVA MARESCA, *La prescrizione dei crediti di lavoro*, Milano, 1983, pp. 38 ss. che «ci si deve arrendere all'evidenza di una categoria *intermedia* di diritti che non possono ricondursi né tra quelli pienamente disponibili né tra gli altri assolutamente indisponibili»; l'intransigibilità e l'irrinunciabilità *ex art.* 2113 c.c. «sono un *minus* rispetto all'indisponibilità». Oggi è espressamente previsto la non applicabilità della norma alle conciliazioni previste dagli artt. 412^{ter} e 412^{quater} c.p.c.

¹⁷ Tra cui un ruolo non secondario gioca lo stesso Statuto dei lavoratori e ancora prima la contrattazione collettiva, in grado di migliorare sempre la disciplina legale. Sul punto CESTER, *La norma inderogabile*, cit., p. 22.

¹⁸ NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro*, cit., p. 264.

¹⁹ DE LUCA TAMAJO, *Il problema dell'inderogabilità delle regole a tutela del lavoro: passato e presente*, in *Dir. lav. e relaz. ind.*, 2013, p. 723.

²⁰ Come pongono in luce, GHERA, GARILLI, GAROFALO, *Diritto del lavoro*, Torino, 2017, pp. 334 ss.

²¹ Per siffatta ragione la dottrina (BORGHESI, *Conciliazione, norme inderogabili e diritti indisponibili*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, pp. 121-122) afferma che «[...] nel nostro sistema giuslavoristico [...] l'area della indisponibilità assoluta sembrerebbe ristretta, se non ridotta a un mero simbolo, mentre i diritti dei lavora-

Questa interpretazione è condivisa anche dal giudice delle leggi: la Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità dell'art. 2113 c.c. per asserita violazione dell'art. 36 della Costituzione²², ha precisato che «la norma non comporta un'assoluta indisponibilità, e come non esclude la prescrittibilità del diritto, così non impedisce al legislatore di disciplinare le forme e i modi di esercizio del potere di impugnazione degli atti di disposizione eventualmente compiuti dal lavoratore, sotto pena di decadenza»²³. Come è stato osservato²⁴, benché «la prescrizione *sia* un modo di estinzione del diritto soggettivo, mentre la disposizione *sia* un modo di esercizio del diritto per volontà del titolare, l'effetto estintivo della prescrizione, essendo riconducibile all'inerzia del titolare per il tempo previsto dalla legge, può essere considerato sostanzialmente equivalente all'effetto dismissivo proprio della rinuncia e della transazione [...]».

Trova, dunque, conferma l'idea che la norma inderogabile, fonte dei diritti dei lavoratori, è volta solo a bilanciare lo squilibrio contrattuale²⁵ delle parti del sinallagma contrattuale, al fine di consen-

tori sembrerebbero immersi in una diffusa indisponibilità relativa, che è il riflesso dell'inderogabilità (anche essa diffusa) delle norme di legge e di contratto collettivo che disciplinano la materia laboristica».

²² In questa direzione devono essere lette tutte le norme inserite all'interno della nostra Costituzione.

²³ Corte cost., 20 marzo 1974, n. 77, in www.cortecostituzionale.it. Tale principio è stato ribadito da altre successive pronunce, tra le quali quella che ha escluso l'applicabilità dell'art. 1419, comma 1°, c.c. nell'ambito del diritto del lavoro (Corte cost., 11 maggio 1992, n. 210, *ivi*, anche se successivamente ritorna sui suoi passi, ma non disconosce comunque la ricostruzione compiuta). I giudici delle leggi osservano che la regola dettata dall'art. 1419, comma 1°, c.c. è in contrasto con l'interesse della norma imperativa che è la protezione del contraente debole.

²⁴ GHERA, *Diritto del lavoro*, Bari, 2002, p. 443. A dire il vero la prescrittibilità del diritto trova applicazione non solo con riguardo ai diritti di natura retributiva (Corte cost., 10 giugno 1966, n. 63, in www.cortecostituzionale.it., che, senza affermare l'indisponibilità del diritto alla retribuzione, benché operi una distinzione tra diritto alla retribuzione e diritto di credito, afferma che lo stesso sia irrinunciabile durante la vigenza del rapporto di lavoro), ma anche con riguardo, per esempio, al diritto alla qualifica superiore, all'anzianità di servizio (CIUCCIOVINO, *La prescrizione dei diritti nel rapporto di lavoro*, in SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Milano, 2014, pp. 1572 ss.).

²⁵ ALBANESE, *La norma inderogabile nel diritto civile e nel diritto del lavoro tra efficacia del mercato e tutela della persona*, in *Riv. giur. lav. e rel. ind.*, 2008, pp. 167 ss.; RAISER, *Il compito del diritto privato*, trad. it. Graziadei, Milano, 1990, p. 57.

tire la realizzazione di quella che è stata chiamata la c.d. «giustizia contrattuale»²⁶. La dottrina²⁷ osserva che in ambito lavoristico si assiste a una «[...] disponibilità condizionata dalla presenza di determinati limiti o requisiti, imposti a garanzia dell'interesse del (singolo) prestatore alla conservazione dei trattamenti minimi previsti dalla legge o dai contratti collettivi».

In altri termini, la tutela costituzionale dei diritti dei lavoratori «non è di per sé incompatibile» con una disciplina che consente la loro disponibilità²⁸.

L'approdo ermeneutico cui si è giunti non è, però, in grado di dissipare tutti i dubbi in merito alla natura dei diritti dei lavoratori, in ragione della loro eterogeneità.

Questa incertezza ha evidenti ricadute ai fini dell'ammissibilità dell'azione arbitrale.

Come si è affermato nella parte introduttiva, il corretto ambito di applicazione dell'azione arbitrale deve essere determinato avendo come riferimento il concetto di ordine pubblico arbitrale, all'interno del quale rientrano, oltre a quei diritti non dominati da alcun interesse generale, anche quelli in cui l'interesse generale che è alla base della posizione giuridica soggettiva non è talmente forte

²⁶ Secondo la definizione di Albanese (ALBANESE, *La norma inderogabile*, cit., p. 178), la norma inderogabile non spiega i suoi effetti oltre il piano della sua funzione normativa, che si esaurisce nell'assegnare diritti al suo destinatario. Quest'ultimo non può evitare di divenire titolare dei diritti attribuiti dalla legge o dal contratto collettivo, ma la norma inderogabile non impedisce che il destinatario, una volta che ne sia divenuto titolare, possa validamente disporre. In questo senso: SANTORO PASSARELLI, *Sulla invalidità delle rinunce e delle transazioni del prestatore di lavoro*, in *Saggi di diritto civile*, II, Napoli, 1961, pp. 1125 ss.; PROSPERETTI, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, Milano, 1955, p. 186; GIUGNI, *I limiti legali dell'arbitrato nelle controversie di lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 1958, I, pp. 65 ss.; GRANDI, *L'arbitrato irrituale nel diritto del lavoro*, Milano, 1963, p. 376; DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, cit., pp. 236 ss., il quale abbraccia il noto dualismo tra diritti derivanti da norme inderogabili (cc.dd. primari) e diritti derivanti da violazione di norme inderogabili (cc.dd. secondari).

²⁷ GHERA, GARILLI, GAROFALO, *Diritto del lavoro*, cit., p. 335.

²⁸ Così FERRARO, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Padova, 1981, p. 234, anche se parla di «limitata» disponibilità. A mio avviso questa restrizione rileva non tanto da un punto di vista quantitativo ma qualitativo.

da impedire²⁹ che il suo titolare scelga la via del processo privato rispetto a quello statuale. Tra questi, come più volte ribadito, si collocano i diritti rientranti nell'ordine pubblico (sostanziale) di protezione.

Ora, in materia di lavoro, questa possibilità è esclusa solo con riguardo a quelle posizioni giuridiche soggettive nelle quali «la persona del lavoratore venga in considerazione nel suo modo di essere essenziale, tale che l'ordinamento non può permettere che non si realizzi senza con ciò rinnegare sé stesso»³⁰. In simili casi la disciplina legale non svolge la funzione di tutelare il lavoratore *tout court*, bensì la persona-lavoratore³¹.

Dovendo dare contenuto a tale assunto, ritengo che, anche alla luce dell'elaborazione europea³², sia possibile parlare d'inaffidabilità dell'azione arbitrale solo con riguardo a quelle controversie che abbiano ad oggetto la tutela del diritto alla salute del lavoratore e quelle relative alla non discriminazione. Come osserva la dottrina, il diritto alla salute (e alla sicurezza, che ne costituisce un'espressione) rappresentano le «precondizioni indispensabili affinché il “contratto” fra le parti possa svolgersi secondo la funzione prevista dall'ordinamento». Per quanto concerne, invece, il diritto alla non discriminazione³³, esso

²⁹ ALBANESE, *La norma inderogabile*, cit., p. 175.

³⁰ Così CESTER, *La norma inderogabile*, cit., p. 97, il quale individua tre categorie di norme: quelle a presidio di interesse superiori, quelle che si pongono la finalità di sopperire alla debolezza contrattuale del lavoratore e, infine, quelle volte a dettare condizioni uniformi. Una simile tripartizione, almeno alla luce della concezione qui accolta, costituisce una superfetazione, poiché le norme volte a dettare condizioni uniformi perseguono comunque l'obiettivo di riequilibrare la debolezza contrattuale del lavoratore.

³¹ Ovvero i problemi connessi alla persona fisica e morale del lavoratore, come affermano GHERA, GARILLI, GAROFALO, *Diritto del lavoro*, cit., pp. 156 ss.

³² Come ricostruisce SCIARRA, *Norme imperative nazionali ed europee: le finalità del diritto del lavoro*, in *Giorn. Dir. rel. ind.*, 2006, p. 43, che richiama la distinzione in precedenza vista tra *ordre public* e *ordre public social*, discorrendo dei diritti dei lavoratori con particolare riguardo al diritto alla salute e alla non discriminazione. Sul punto anche PROIA, *Lavoro e Costituzione europea*, in *ADL*, 2004, pp. 519 ss.

³³ Qualora questa venga dedotta dal contratto, come nel caso della libertà di manifestazione del pensiero nelle organizzazioni di tendenza, gli arbitri potranno conoscere del diritto *incidenter tantum*, ai sensi dell'art. 819 c.p.c.

deve essere riconosciuto alla persona in quanto tale, indipendentemente dalla sua qualifica di lavoratore³⁴.

Diversamente, non ritengo che il diritto alla retribuzione possa essere escluso dal giudizio arbitrale, nonostante si affermi che la corresponsione di una retribuzione proporzionata e sufficiente costituisca il mezzo per garantire la libertà e la dignità del cittadino lavoratore e della propria famiglia³⁵.

Un attento studioso riteneva che il diritto alla minima retribuzione sufficiente fosse espressione di un diritto³⁶ della personalità, indisponibile, istituito a favore del lavoratore indipendentemente dal rapporto di lavoro³⁷.

Come è noto, questa posizione si è attenuata nel pensiero di un altro interprete³⁸, che ha proposto di distinguere i destinatari dei diversi obblighi derivanti dall'art. 36 Cost.: per la retribuzione proporzionata il dovere graverebbe sul datore di lavoro, per quella sufficiente sullo Stato. Una simile soluzione consente di distinguere due diverse posizioni giuridiche soggettive del lavoratore, e cioè un diritto relativo alla retribuzione proporzionata e un diritto assoluto alla retribuzione sufficiente.

³⁴ CESTER, *La norma inderogabile*, cit., pp. 97 e 98. In questo senso si pone la Direttiva 2000/43/Ce del 29 giugno, la quale è stata affiancata, in materia di lavoro, dalle direttive 2000/78/Ce del 27 novembre 2000 e 2002/73/Ce. Le prime due direttive sono state recepite con i d.lgs. 9 luglio 2003, n. 125 e 126, mentre la terza con il d.lgs. 30 maggio 2005, n. 145.

³⁵ MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Riv. giur. lav.*, 1954, pp. 177 ss. afferma che il diritto alla minima retribuzione costituisce una «specificazione del diritto alla vita, comprensivamente inteso come rivolto al rispetto dell'integrale esistenza fisico-psichica»; PERONE, voce *Retribuzione*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, pp. 34 ss.

³⁶ Discorrono di diritto anche ROMA, *La funzione della retribuzione*, Bari, 1997, pp. 60 ss.; BELLOMO, *Retribuzione sufficiente e autonoma collettiva*, Torino, 2002, pp. 74 ss.

³⁷ PUGLIATTI, *Ancora sulla minima retribuzione sufficiente ai lavoratori*, ripubblicato in *Scritti giuridici*, III, Milano, 2011, p. 77; e ancora, tra i tanti, MORTARI, *Il lavoro nella Costituzione*, cit., pp. 148 ss.; LEGA, *Il salario minimo e l'art. 36 della Costituzione*, in *Dir. lav.*, 1952, II, p. 288, che lo assimila al diritto alla libertà; GHEZZI, ROMAGNOLI, *Il rapporto di lavoro*, Bologna, 1995, p. 238; dubbioso, invece, PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966, p. 71.

³⁸ HERNANDEZ, *I principi costituzionali in tema di retribuzioni*, in *Dir. lav.*, 1997, I, pp. 154 ss.

Invero, la prima tesi citata non ha incontrato la successiva condivisione della giurisprudenza e della dottrina: è opinione, oramai diffusa, che la retribuzione costituisca un diritto di credito, con la conseguenza, tra l'altro, della sua prescrittibilità³⁹, benché caratterizzato da una spiccata rilevanza sociale⁴⁰.

Per tale ragione, reputo che il problema dell'arbitrabilità del diritto alla retribuzione vada affrontato negli stessi termini di quello alimentare, vista la loro ontologica identità, trattandosi entrambi di diritti di credito connotati da una valenza «assistenziale». Ne segue che, una volta riconosciuta l'arbitrabilità del primo⁴¹, a maggiore ragione si deve concludere per la compromettibilità del secondo.

Le conclusioni accolte in merito ai confini dell'azione arbitrale necessitano di alcune precisazioni.

Si è detto che mentre tutti i diritti conciliabili sono al contempo arbitrabili, non è vero il contrario. Ho sostenuto anche che il diritto alla discriminazione non possa essere oggetto di giudizio arbitrale. Tuttavia, proprio con riguardo a questa posizione giuridica soggettiva⁴² il legislatore consente il ricorso alla conciliazione/mediazione⁴³. Sembrerebbe, quindi, smentita la conclusione a cui si è approdati nella parte generale della presente trattazione.

³⁹ Ma più in generale caratterizzato da un'indisponibilità relativa, come, per esempio, dimostra la parziale pignorabilità dei crediti di lavoro e in più generale la previsione dell'art. 2113 c.c. Sul punto, ZOLI, voce *Retribuzione (impiego privato)*, in *Dig. it., disc. priv.*, XII, Torino, 1996, pp. 437 ss.; MARESCA, *La prescrizione dei crediti di lavoro*, cit., p. 48; PERA, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, in SCHLESINGER (diretto da), *Commentario del codice civile*, Milano, 1990, p. 38.

⁴⁰ Come osserva R. SCOGNAMIGLIO, *Sull'applicabilità dell'art. 36 della Costituzione in tema di retribuzione del lavoratore*, in *Scritti giuridici*, II, Padova, pp. 1035 ss.; per una analisi generale della dottrina e della giurisprudenza si rimanda FERLUNGA, *Il diritto alla «minima retribuzione sufficiente» e la interpretazione di Salvatore Pugliatti*, in *Il dir. mercato lav.*, 2015, pp. 56 ss.

⁴¹ Cfr. par. 3.2, cap. I, parte seconda.

⁴² Ed ora anche in materia sanitaria: sul punto si rimanda a RAGNI, *La mediazione nel sistema sanitario regionale alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, pp. 565 ss.

⁴³ D.lgs. 9 luglio 2003, nn. 215 e 216, che prevedono entrambi, agli artt. 4, la possibilità di accedere alle procedure di conciliazioni prima di promuovere un giudizio per il riconoscimento della sussistenza di una discriminazione in materia di razza, origine etnica, religione, convinzioni personali, *handicap*, età e orientamento sessuale. Lo stesso è previsto dall'art. 36 del d.lgs. n. 198 del 2006, in materia di parità tra uomo e donna.

Le cose non stanno in questo modo. Se si indaga la *ratio* sottesa alla previsione del ricorso agli strumenti conciliativi in materia di diritto alla discriminazione emerge che essi sono finalizzati a garantire una mera deflazione del contenzioso⁴⁴. Infatti, nel caso di specie l'utilizzo della conciliazione svolge «la funzione di prevenire comportamenti illeciti o comunque inopportuni: non già quella di porre termine a una controversia»⁴⁵. La bontà dell'assunto trova conferma nella disciplina della negoziazione assistita, il cui ambito di applicazione non contempera le dispute in materia di lavoro.

Inoltre, è opportuno rilevare che il Testo Unico sugli infortuni (d.p.r. 30 giugno 1965, n. 1124) all'art. 114, benché prescriva la possibilità di concludere transazioni in merito al *quantum* dell'indennità dovuta al lavoratore infortunato, subordina la loro validità all'omologa del tribunale del luogo in cui sono state concluse. Non si tratta di un vaglio meramente formale come già osservava attenta dottrina⁴⁶, bensì di un vero controllo sostanziale, che conferma l'indisponibilità (*rectius* inarbitrabilità) del relativo diritto⁴⁷.

In conclusione: le posizioni giuridiche dei lavoratori, in linea generale, possono essere ricondotte all'interno dell'ordine pubblico

⁴⁴ Sul punto anche BORGHESI, *Conciliazione, norme inderogabili*, cit., pp. 121 ss.

⁴⁵ LUISO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, p. 1206; NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro*, cit., p. 358, secondo cui, come regola generale, la conciliabilità delle controversie dipende dalla natura della causa. L'eventuale conciliazione che abbia ad oggetto diritti assolutamente indisponibili sarebbe sempre nulla, indipendentemente dalla sede in cui si sia conclusa. Interessanti sono anche le osservazioni di TULLINI, *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, in *Inderogabilità delle norme e disponibilità dei diritti*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, cit., pp. 115 ss.

⁴⁶ CARNELUTTI, *Giudizio arbitrale in tema di infortuni sul lavoro*, in *Studi di diritto processuale civile*, I, Padova, 1925, p. 89, dove analizza una serie di pronunce concernenti l'ammissibilità di una clausola compromissoria all'interno delle transazioni concluse.

⁴⁷ Al contempo l'art. 87 (e anche l'art. 89, che espressamente lo richiama) prevede il ricorso al giudizio arbitrale quando l'infortunato si rifiuti di sottoporsi alle cure mediche che l'istituto assicuratore ritenga necessarie. In verità, malgrado la nomenclatura non mi pare che si tratti di un vero e proprio arbitrato, bensì di una attività peritale, caratterizzata pure da forte tecnicismo. In questo caso è «sottratto al giudice ordinario un giudizio, che egli non pronunzia se non in apparenza, mentre in verità è pronunziato dal perito medico» (CARNELUTTI, *Giudizio arbitrale*, cit., p. 90).

di protezione⁴⁸ e, quindi, inglobate in quello arbitrale, poiché si deve parlare d'inammissibilità dell'azione arbitrale solo con riguardo a quei diritti in cui viene in gioco la stessa essenza dell'uomo, poiché si tratta di "beni" inseparabilmente congiunti al soggetto, che non consentono, oltre ad alcuna forma di disponibilità negoziale, neppure il ricorso al giudizio privato.

Tale punto di arrivo permette anche di affermare che i limiti individuati dall'art. 806 c.p.c. costituiscono delle condizioni di validità dell'arbitrato e non di ammissibilità (*rectius* arbitrabilità⁴⁹). Questo vuole dire che non devono sussistere dubbi in merito all'ammissibilità dell'azione arbitrale⁵⁰, benché essa sia

⁴⁸ Sul punto ampiamente LOQUIN, *Arbitrage, Conventions d'arbitrage, Conditions du fond, Litige arbitral*, in *JurisClasseur procédure civile*, n. 1024, Parigi, 2016, n. 108, che pone in evidenza la sfiducia del legislatore verso l'arbitrato, alla luce dello squilibrio contrattuale che caratterizza le parti. Infatti, in Francia, pur non sussistendo un generale divieto di arbitrato in materia di lavoro, la giurisprudenza esclude il ricorso alla tutela arbitrale nella vigenza del rapporto di lavoro, riconducendo tutte le controversie al *Conseils de prud'hommes*. È, invece, ammessa la stipula del compromesso quando il contratto di lavoro non è più in vigore (*ex multis*: CA Paris, 4 juin 1992, in *Rev. arb.* 1993, pp. 449 ss.).

⁴⁹ BORGHESI, *Arbitrato per le controversie di lavoro*, in CARPI (a cura di), *Arbitrati speciali*, Bologna, 2016, p. 13; SALVANESCHI, *Arbitrato*, in CHIARLONI (a cura di), *Commentario al codice di procedura civile*, Bologna, 2014, p. 52; LICCI, *sub art. 806*, in COMOGGIO *et al.* (diretto da) *Commentario del codice di procedura civile*, VII, 4, Torino, 2014, p. 61.

⁵⁰ VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2015, p. 187; BOVE, *Arbitrato nelle controversie di lavoro*, in *Riv. arb.*, 2006, pp. 880 ss., che osserva che è impensabile che la contrattazione collettiva possa superare lo scoglio della inarbitrabilità; ZUCCONI GALLI FONSECA, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, cit., pp. 464-465; LA CHINA, *L'arbitrato*, Milano, 2011, p. 48, che parla di arbitrabilità attenuata. Anche gli ordinamenti stranieri ammettono il ricorso allo strumento arbitrale in materia di lavoro, nonostante le ampie cautele previste. Per esempio in Germania, l'art. 101 *ArbGG* esclude l'applicabilità delle norme «ordinarie» dell'arbitrato, dettando una disciplina specifica al riguardo. A tale proposito si afferma che il lodo ha la stessa efficacia, tra le parti, di una sentenza del tribunale. Tuttavia, l'arbitrabilità delle controversie individuali di lavoro è fortemente limitata a favore della giurisdizione statale: è possibile fare ricorso all'arbitrato solo per le liti riguardanti gli artisti in genere e gli attori (per una ampia disamina si rimanda a KOCHER, *Arbitrato e conciliazione nel diritto del lavoro tedesco*, in *Gior. dir. lav. e rel. ind.*, 2000, pp. 466 ss.). Un ampio utilizzo dell'arbitrato si registra oltreoceano, specialmente in materia di non discriminazione (STONE, *Mandatory arbitration of individual employment rights: the yellow dog contract of the 1990s*, in *Denver University Law Review*, 1996, p. 1017; HAYDOCK, HENDERSON, *Arbitration and judicial civil justice*:

“vincolata”⁵¹: infatti la protezione che le norme sostanziali predisporgono per la tutela del lavoratore impone l’adozione di un peculiare “diritto processuale arbitrale”, i cui criteri costitutivi sono già delineati dall’art. 806 c.p.c., nel momento in cui esso subordina il ricorso al giudizio privato solo alla presenza di una previsione della contrattazione collettiva⁵² o della legge.

In questo modo la volontà di scelta del lavoratore è fortemente limitata, poiché l’assenza di questi elementi esclude il dispiegarsi di un valido accertamento.

Questa disciplina si pone in armonia con le esigenze di tutela insite nell’ordine pubblico di protezione, il cui operare è già stato precisato scorrendo del contenzioso familiare e di quello di consumo.

In entrambe le fattispecie in precedenza esaminate, si è verificato che il punto nodale della salvaguardia della posizione del contraente debole è costituito dall’esigenza di garantire la consapevolezza verso la scelta arbitrale.

Anche con riguardo alle controversie in ambito di lavoro si assiste alla medesima necessità, che, a differenza dell’esperienza familiare e quella del consumo, trova puntuale disciplina da parte del legislatore interno. Tuttavia, quest’ultimo non si accontenta di scegliere quando il lavoratore possa avvalersi della giustizia privata, ma delinea in modo specifico le modalità processuali. Questo modo di procedere

an american historical review and a proposal for a private/arbitral and public/judicial partneship, in *Pepperdine Dispute Resolution Journal*, 2002, pp. 165 ss.; per uno sguardo più recente: HYDE, *Labor arbitration of discrimination claim after 14 penn Plaza v. Pyett: letting discrimination defendants decides whether plaintiffs may sue them*, in *Ohio state journal of dispute resolution*, 2010, pp. 975 ss., consultabile in *LexisNexis Academic*, che evidenzia come l’arbitrato sia divenuto il sostituto del contenzioso giudiziale nelle controversie individuali di lavoro).

⁵¹ Interessanti sono le parole di COUTURIER, *La confirmation des actes nuls, LGDJ*, 1972, pp. 255 ss., che parla di «*protection renforcée*». L’assunto trova conferma anche nella disciplina dell’arbitrato da lite pendente, ove il legislatore tiene chiaramente separata l’ipotesi di esclusione derivante dai diritti indisponibili e quella relativa alle liti di lavoro. Quest’ultima esclusione viene meno qualora si tratti di diritti che trovino nel contratto collettivo di lavoro la loro fonte esclusiva.

⁵² Naturalmente non sarà necessario che i contratti collettivi contengano una vera e propria «clausola compromissoria collettiva». Si tratta di una questione, in verità, in passato dibattuta, HERNANDEZ, *Il problema dell’arbitrato e la disciplina dell’arbitrato di lavoro*, Padova, 1990, p. 178; CECHELLA, *L’arbitrato nelle controversie di lavoro*, cit., p. 296.

costituisce il segnale del fatto che, come è stato osservato, la normativa sostanziale, la cui efficacia si riverbera in quella del processo arbitrale⁵³, si preoccupa non solo di avere la certezza che il lavoratore effettivamente decida, ma anche di accompagnarlo, come fa durante la vigenza del rapporto di lavoro, per tutto il processo arbitrale.

Qualora le parti decidano di avvalersi della giustizia privata in assenza dei presupposti indicati e si giunga alla pronuncia del lodo, tale vizio potrà essere fatto valere mediante l'impugnazione per nullità, ma non attraverso un'autonoma *actio nullitatis*. Tale conclusione non è scalfità dalla recente pronuncia della Corte di Cassazione⁵⁴ che, in un caso di impugnativa di lodo irrituale, ha sancito il rilievo d'ufficio della nullità del contratto (*rectius* lodo irrituale) da parte del giudice. In questo caso ritengo estensibili le osservazioni già formulate in materia di consumo.

3. *Due aspetti problematici: le controversie di lavoro presso le pubbliche amministrazioni e quelle relative alle cooperative di produzione e lavoro*

Le controversie di lavoro presso le pubbliche amministrazioni e quelle riguardanti le cooperative di produzione e lavoro meritano un'analisi specifica.

Tali fattispecie, benché profondamente diverse tra loro, ammettono una trattazione unitaria in ragione del fatto che in entrambi i casi si innestano ulteriori profili, rispetto a quello concernente l'arbitrabilità del diritto, che pongono in dubbio il ricorso alla tutela arbitrale o comunque ne rendono incerta l'attuazione.

Per quanto concerne il primo profilo dico subito che oggi, alla luce anche delle previsioni contenute nella legge del 4 novembre

⁵³ ZOPPOLI, *Il declino della inderogabilità*, in *Diritto Mercati Lavoro*, 2013, pp. 65-66, ove scorrendo della disciplina del contratto di lavoro osserva che «il problema del lavoratore dipendente non è tanto l'effettiva volontà o la carenza informativa al momento della stipula del contratto, quanto la condizione durante lo svolgimento del rapporto "giorno per giorno"»; ma sul punto anche DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, cit., pp. 54-55, rileva che tale squilibrio trae origine nella scarsità del bene oggetto del rapporto, ossia il posto di lavoro.

⁵⁴ Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26243, in *DeJure*.

2010, n. 183⁵⁵, è confermata l'ammissibilità dell'azione arbitrale con riguardo alle liti di lavoro presso le pubbliche amministrazioni di cui al d.lgs n. 165 del 2001. Tale conclusione deve essere affermata a prescindere dal problema se l'arbitro possa pronunciarsi previo annullamento dell'atto amministrativo; in altri termini il ricorso allo strumento arbitrale non può essere limitato o escluso dalla c.d. pregiudizialità amministrativa⁵⁶.

Come ho già più volte affermato, la Corte costituzionale⁵⁷, partendo dalla funzione sostitutiva dell'arbitrato rispetto alla giurisdizione pubblica, ha evidenziato che la giustizia arbitrale mutua da

⁵⁵ La bontà dell'assunto trova conferma nella stessa l. 183 del 2010, che ritiene applicabili gli artt. 412 ss. c.p.c. alle controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione di cui all'art. 63, comma 1°, d.l. n. 165 del 2001. In verità si trattava di un assunto che trovava enunciazione anche prima, sul punto ampiamente BORGHESI, *La giurisdizione del pubblico impiego privatizzato*, Padova, 2002, pp. 13 e 262 ss.; ID., *Arbitrato per le controversie di lavoro*, cit., p. 9, evidenzia che dopo che la giurisdizione è stata trasferita dal giudice amministrativo a quello ordinario per le controversie relative ai rapporti di lavoro con le pubbliche amministrazioni elencate dall'art. 1 del Testo Unico sul pubblico impiego, il divieto di arbitrato deve ritenersi vigente solo in casi limitati, quali il rapporto di lavoro con le amministrazioni non privatizzate di cui all'art. 3 o le controversie relative alle procedure concorsuali per l'assunzione di cui all'art. 63, comma 4° del Testo Unico. Tuttavia, il ricorso all'arbitrato con riguardo a queste fattispecie non può essere escluso, alla luce dell'art. 12 del codice del processo amministrativo, che ammette il ricorso all'arbitrato rituale e di diritto. Per una visione d'insieme nel periodo antecedente, CECHELLA, *La riforma dell'arbitrato nelle controversie di lavoro privato e pubblico*, in *Mass. giur. lav.*, 1999, pp. 182 ss.

⁵⁶ Secondo alcuni essa non si configura (AMADEI, *L'arbitrato nel diritto amministrativo (problemi aperti e recenti pronunce)*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, pp. 860 ss.), mentre, secondo altri, devono essere riconosciuti all'arbitro gli stessi poteri del giudice (VERDE, *Arbitrato e pubblica amministrazioni*, in *Riv. arb.*, 2001, p. 419; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Controversie arbitrabili*, in CARPI (a cura di) *Arbitrato*, cit., pp. 108 ss.; in senso difforme: VILLATA, *Controversie di pubblico impiego, arbitrato e disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 806; BORGHESI, *L'arbitrato ai tempi del "collegato lavoro"*, in *www.judicium.it*, par. 4, che, però, ritiene che gli arbitri abbiano il potere di compiere detta valutazione *incidenter tantum*; ID., *Arbitrato per le controversie di lavoro*, cit., pp. 25-26, dove osserva che è il potere di annullamento che non può essere delegato e non quello di dissaplicare l'atto).

⁵⁷ Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, in *Riv. arb.*, 2014, pp. 81 ss., con note di BOVE, *et al.*; poco dopo conferma l'assunto anche Cass., sez. un., ord., 25 ottobre 2013, n. 24153, in *Corr. giur.*, 2014, p. 84, con nota di VERDE; in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, p. 743, con nota di ZUCCONI GALLI FONSECA; in *Riv. dir. proc.*, 2014, pp. 1 ss., con nota di PUNZI.

quest'ultima «alcuni meccanismi al fine di pervenire a un risultato di efficacia sostanzialmente analoga a quella del *dictum* del giudice statale».

Corollario di tale assunto, in assenza di una precisa posizione al riguardo⁵⁸, è quello di riconoscere agli arbitri gli stessi poteri dei giudici statuali, tra cui la facoltà di sindacare l'atto amministrativo⁵⁹.

⁵⁸ Così come avviene in materia, per esempio, di misure cautelari.

⁵⁹ L'occasione è propizia per dissipare qualsiasi dubbio in merito all'ammissibilità della azione arbitrale nelle controversie relative alla pubblica amministrazione. Innanzitutto è necessario tenere distinto il problema dell'arbitrabilità dei diritti da quello riguardante gli interessi legittimi. In relazione ai primi, è lo stesso legislatore che, all'art. 12 del codice del processo amministrativo (d.lgs. n. 104 del 2010), stabilisce che le liti aventi ad oggetto diritti soggettivi devoluti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo possono essere affidate ad arbitri, purché l'arbitrato sia «rituale, di diritto, ai sensi degli artt. 806 ss. c.p.c.» (anche la giurisprudenza, come è noto, già da lungo tempo aveva posto un importante tassello in questa direzione, Cass., sez. un., 3 agosto 2000, n. 527, in *Corr. giur.*, 2001, pp. 51 ss., con postilla di CONSOLO e nota di RUFFINI e MARINELLI; in *Riv. dir. proc.*, 2001, pp. 254 ss., con nota di E.F. RICCI, nonché in *Riv. arb.*, 2001, p. 699, con nota di FAZZALARI). Nulla è, invece, detto in relazione agli interessi legittimi. Nonostante il contrario avviso della giurisprudenza (per una visione d'insieme RUFFINI, MANZO, sub art. 806 c.p.c., cit., p. 41; di recente, Cass., 31 gennaio 2014, n. 2126, in *DeJure*, commentata in senso critico da NICOLI ALDINI, *Arbitrato e situazioni giuridiche di diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, pp. 342 ss., che sostanzialmente conferma quando già affermato da Cass., sez. un., 30 novembre 2006, n. 25508, in *DeJure*), alla luce dell'interpretazione accolta del concetto di arbitrabilità, non si vedono ragioni per escludere il ricorso all'arbitrato. Come ha dimostrato attenta dottrina, è possibile includere gli interessi legittimi nella generale definizione di diritti in senso lato (così SCOCA, *La capacità della pubblica amministrazione di compromettere in arbitri*, in *Arbitrato e p.a.*, Milano, 1991, pp. 106 ss.; altra parte della dottrina, invece, pur ritenendo che l'interesse legittimo sia diverso dal diritto soggettivo, reputa che entrambi siano partecipi della logica della spettanza, sul punto GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1957, pp. 33 ss. Da qui la nota distinzione tra interessi legittimi oppositivi e interessi legittimi pretensivi. I primi consistono nella pretesa del privato alla conservazione di un bene della vita, i secondi rappresentano la pretesa al conseguimento di una determinata utilità). Ne segue che anche per gli interessi legittimi diviene preminente verificare la concreta arbitrabilità, e cioè la possibilità del loro accertamento ad opera del processo privato. Quest'analisi impone di verificare se sia possibile qualificare come disponibile il potere amministrativo. Anche in questo caso assume un ruolo preminente l'impossibilità di distinguere tra un'indisponibilità in concreto e una in astratto: in altri termini, se è innegabile che il potere amministrativo sia in astratto indisponibile (*rectius* incompromettibile), esso muta talvolta in sede di suo esercizio, come la disciplina positiva com-

Peraltro, oggi⁶⁰, il codice del processo amministrativo dissipa ogni dubbio, stabilendo, da una parte, l'ammissibilità di un'autonoma domanda risarcitoria, indipendentemente dall'impugnativa dell'atto, e dall'altra, sottoponendo la domanda al rigido termine decadenziale di centoventi giorni. In questo caso i danni sono limitati a quelli che non si sarebbero potuti evitare facendo ricorso ad altri strumenti di tutela⁶¹.

prova (mi riferisco, in particolare, agli artt. 11 e 15 l. n. 241 del 1990; art. 34 T.U. sugli enti locali). Questo effetto deriva, come ha osservato una parte degli interpreti (VERDE, in VERDE (a cura di), *Diritto dell'arbitrato*, Torino, 2005, pp. 41 ss.), dal fatto che in alcuni casi l'interesse pubblico è «già stato tutto prevalutato»: in simili situazioni non essendo esclusa l'autonomia negoziale, non possono sorgere dubbi in merito alla compromettibilità (in un simile direzione anche PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, III, Padova, 2012, p. 542, sottolinea che «l'interesse legittimo si trova in una posizione di alterità rispetto all'interesse pubblico: certamente è possibile che interesse legittimo e interesse pubblico coincidano, ed anzi ciò avviene nella fisiologia delle cose, ma l'interesse legittimo è pur sempre una posizione di vantaggio riferita a interessi personali del titolare, che può liberamente rinunciarvi senza che l'interesse pubblico ne risenta»; NELA, *Controversie arbitrabili*, in CHIARLONI (a cura di), *Recenti riforma del processo civile*, II, Bologna, 2007, pp. 1606 ss., che ritiene che la modifica dell'art. 806 c.p.c., successiva alla legge n. 205 del 2000, aprirebbe la strada all'arbitrabilità di oggetti disponibili diversi dai diritti).

⁶⁰ Prima di questa presa di posizione, il panorama giurisprudenziale era contrassegnato d'ampia incertezza: si erano susseguite contrastanti pronunce del Consiglio di Stato e della Corte di cassazione. Mentre il primo riteneva necessaria l'impugnativa dell'atto innanzi al tribunale amministrativo regionale, non ritenendo ammissibile alcuna valutazione del giudice ordinario (*ex multis*: Cons. Stato, 26 marzo 2003, n. 4, in *Foro it.*, 2003, III, c. 433, con nota di TRAVI; Cons. Stato, 9 febbraio 2004, n. 429, in *Foro amm.*, 2004, p. 474; Tar Sicilia, 11 gennaio – 16 aprile 2007, n. 651, in *Guida al dir.*, 2007, n. 20, p. 97, con nota di CARUSO), la seconda, invece, era di opposta posizione, riconoscendo il potere del giudice ordinario di valutare incidentalmente l'atto (Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, in *DeJure*; Cass., 23 gennaio 2006, n. 1207, in *Dir. e giust.*, n. 10, 2006, p. 79, con nota di PROIETTI; ma in successive pronunce si ribadisce che è di competenza del giudice amministrativo la tutela risarcitoria a prescindere dall'impugnazione dell'atto amministrativo, Cass., 16 ottobre 2006, n. 22219, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Concorso a pubblico impiego*, n. 65; Cass., 13 giugno 2006, n. 13659, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, pp. 1259 ss.; Cass., 15 giugno 2006, n. 13911, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1073, in *Foro amm.*, 2006, c. 1359, con nota di FERRERO, RISSO, in *Riv. giur. edilizia*, 2006, p. 880, con nota di SANDULLI, MARI).

⁶¹ In questo contesto non rileva in alcun modo la disciplina dei contratti pubblici, che si riferisce al settore dei lavori pubblici, coinvolgenti soggetti privati in forma di collaborazione autonoma, e cioè mediante appalti. In verità anche questo settore, fortemente dominato dall'interesse pubblico, ammette il ricorso all'arbi-

Altro genere di problema coinvolge, invece, le controversie tra socio e cooperativa di produzione e lavoro.

In questo caso sorgono difficoltà interpretative, in ragione del doppio ruolo rivestito dal socio, che assume ad un tempo anche la veste di prestatore di lavoro. La questione che in questo caso si pone è quella di verificare se le controversie riguardanti le prestazioni lavorative possano ritenersi inerenti al rapporto sociale. Una volta sciolto questo nodo è possibile individuare i presupposti di operatività dello strumento arbitrale.

A tale proposito, l'art. 5 della legge 3 aprile 2001, n. 142, prevedeva un doppio binario: l'arbitrato di diritto comune si applicava quando la lite aveva ad oggetto il rapporto associativo, mentre ove fosse in discussione il rapporto di lavoro con la cooperativa, trovavano applicazione gli artt. 416-ter e -quater c.p.c. È intervenuta la legge delega di riforma del mercato del lavoro, che all'art. 9, legge del 14 febbraio 2003, n. 30⁶² ha eliminato qualunque riferimento all'arbitrato e ha stabilito da una parte, che il rapporto di lavoro si estingue con il recesso o l'esclusione del socio e dall'altra, che le controversie concernenti la prestazione mutualistica sono di competenza del giudice ordinario.

trato: l'art. 209, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, stabilisce che è possibile la cognizione di arbitri con riguardo alle controversie concernenti i diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici, purché vi sia la previa autorizzazione dell'organo di autogoverno dell'amministrazione aggiudicatrice, a pena di nullità della clausola compromissoria (per una disamina dell'arbitrato in materia di contratti pubblici, fra gli altri, LOMBARDINI, *Il nuovo arbitrato nei contratti pubblici, obbligatoriamente amministrato dalla Camera arbitrale: rivoluzione copernicana o restaurazione?* in *Riv. arb.*, 2016, pp. 715 ss.; ODORISIO, *Arbitrato, decreto crescita e legge anticorruzione*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, pp. 937 ss.).

⁶² Norma che ha riscritto il precedente art. 5, comma 2°, legge n. del 3 aprile 2001 n. 142. Si è parlato di una vera e propria "controriforma": CESTER, *La nuova disciplina del socio lavoratore di cooperativa: una controriforma? Alcune osservazioni sull'art. 9 della l. 14 febbraio 2003, n. 30*, in *Le cooperative e il socio lavoratore*, Torino, 2004, pp. 1 ss.; GAROFALO, *Gli emendamenti alla disciplina del socio lavoratore di cooperativa contenuti nel d.d.l. 848B*, in *Lav. giur.*, 2003, pp. 7 ss.; BUONCRISTIANI, *Esclusione o licenziamento del socio lavoratore di cooperativa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, pp. 1342 ss.; IENGO, *Le cooperative di lavoro e consumo*, in BONFANTE (a cura di), *La società cooperativa*, Padova, 2014, pp. 551 ss.

L'attuale contesto normativo, come ho già avuto modo di illustrare in altra sede⁶³, impone di qualificare preventivamente la natura del rapporto che si instaura tra socio-lavoratore e cooperativa⁶⁴. Infatti, la mancanza di chiarezza in merito alla sua qualificazione sostanziale si ripercuote in un dettato normativo processuale non affatto preciso⁶⁵.

A mio avviso, è innegabile che l'attuale quadro normativo, anche alla luce della riforma delle società cooperative avvenuta con d.lgs. del 17 gennaio 2003 n. 6, abbia accentuato il collegamento dei due rapporti, dipendendo la sorte di quello lavorativo dalle vicende e dalle regole proprie di quello sociale⁶⁶. Tuttavia, non ritengo che la legge abbia eroso l'autonomia del rapporto di lavoro: esso, in seguito alla legge n. 30 del 2003, pur non potendosi qualificare

⁶³ Mi permetto di rinviare a *Brevi note sulla compromettibilità delle controversie tra socio e cooperativa di produzione e lavoro; art. 40 c.p.c. e connessione tra giudizio arbitrale e giudizio ordinario*, in *Riv. arb.*, 2015, pp. 366 ss.

⁶⁴ RANIERI, *Prestazione del socio lavoratore: problemi di qualificazione*, in *Dir. merc. lav.*, 2010, pp. 103 ss.

⁶⁵ Così già poneva in evidenza M. BIAGI, *Cooperative e rapporti di lavoro*, Milano, 1983, p. 361; nel medesimo modo, anche MELIANDO, *Il lavoro nelle cooperative: tempo di svolte*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, p. 58; VINCIGI, *Sulla devoluzione ad arbitri delle controversie fra socio e cooperativa*, in *Giust. civ.*, 2004, p. 520.

⁶⁶ A sostegno di tale interpretazione si pone anche l'art. 5, comma 2°, nella parte in cui prevede che il «rapporto di lavoro si estingue con il recesso o l'esclusione del socio». Conseguentemente, ove la cooperativa disponga, sulla base delle disposizioni codicistiche o statutarie, l'esclusione del socio, il provvedimento estingue *ipso iure* anche il rapporto di lavoro, senza necessità di un autonomo atto di licenziamento. Questa previsione va poi coordinata con quella contenuta all'art. 2, comma 1°, legge 142 del 2001, in base alla quale non è applicabile l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, ogniquale volta col rapporto di lavoro venga a cessare anche quello associativo. A prescindere dalle critiche che tale previsione ha suscitato, la dottrina è concorde nel ritenere che la disciplina del momento estintivo costituisca la dimostrazione dello stretto legame che unisce i due rapporti (BARBIERI, *Il lavoro nelle cooperative*, in CURZIO (a cura di), *Lavori e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Bari, 2004, p. 360). In questa direzione si pone anche la circolare ministeriale n. 10 del 2004, secondo la quale con «tale modifica viene ulteriormente confermata la preminenza del rapporto associativo su quello di lavoro», nonché «fugato ogni possibile dubbio sul fatto che il rapporto di lavoro sia strumentale al vincolo di natura associativa» (come evidenzia DONDI, *La disciplina della posizione del socio di cooperativa dopo la c.d. legge Biagi*, in *Arg. dir. lav.*, 2004, p. 66).

più come indipendente, si affianca⁶⁷ sempre e comunque a quello associativo⁶⁸.

Ciò posto, è possibile qualificare il legame esistente tra i menzionati rapporti in termini di un collegamento negoziale funzionale⁶⁹: reputo, in altre parole, di rinvenire un legame di accessorietà, *rectius* un nesso funzionale di interdipendenza, in ragione del quale il contratto di società costituisce presupposto ineliminabile per il sorgere stesso nonché per la regolamentazione del rapporto di lavoro del socio-lavoratore. Si tratta, salva diversa previsione statutaria alla luce dell'art. 2533 c.c., di un collegamento unidirezionale: la costituzione e la vigenza del rapporto di lavoro del socio sarebbe condizionato, per espressa volontà legislativa, dalla sussistenza del rapporto sociale ma non viceversa. Infatti, le vicende che investono il contratto accessorio (quello di lavoro) non si ripercuotono su quello principale (quello sociale), a meno che, come osserva la dottrina⁷⁰, non si «concretizzino delle circostanze fattuali giuridicamente rilevanti anche secondo la disciplina legale e statutaria applicabile a quest'ultimo»⁷¹.

Gioco forza, il collegamento negoziale condiziona il potere di giudicare degli arbitri e, quindi, l'ambito di operatività del patto compromissorio contenuto in un eventuale statuto cooperativo.⁷²

⁶⁷ Come sostiene anche Cass., sez. un., 20 novembre 2017, n. 27436, in *DeJure*.

⁶⁸ DALMOTTO, *L'arbitrato nelle società*, Bologna, 2013, p. 126.

⁶⁹ RATTI, *Mutualità e scambio nella prestazione di lavoro del socio di cooperativa*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, p. 742; *contra*, BUONCRISTIANI, *Esclusione o licenziamento del socio*, cit., pp. 1338 ss.

⁷⁰ PALLIDINI, *Il rapporto di lavoro del socio di cooperativa dopo le riforme del 2003*, in *Riv. giur. lav.*, 2004, 207.

⁷¹ Sul punto, però, si veda Cass., sez. un., 20 novembre 2017, n. 27436, cit. La dottrina, tuttavia, rileva che scopo della cooperativa è quello di assicurare continuità di occupazione e migliori condizioni economiche, sociali e professionali, nonché una adeguata remunerazione del capitale di rischio. Ne segue che non avrebbe alcuna giustificazione la permanenza del socio non più lavoratore nella cooperativa; sul punto, BUONCRISTIANI, *Esclusione o licenziamento del socio*, cit., pp. 1137 ss.

⁷² In questo ambito rischia di riproporsi un tema di più ampio respiro relativo al rapporto tra clausola compromissoria e contratti collegati. Si cfr. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Collegamento negoziale e arbitrato*, in AA.Vv., *I collegamenti negoziali e le forme di tutela*, Milano, 2007, pp. 59 ss.; LUISO, *Pluralità di clausole compromissorie e unicità del processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2007, pp. 601 ss.

Ne segue che anche le controversie di lavoro possono essere devolute ad arbitri, purché la clausola statutaria richiami un arbitrato previsto dalla legge o sia autorizzato dalla contrattazione collettiva⁷³.

4. Il “diritto processuale arbitrale”: la varietà dei modelli

Come si è ricordato, è lo stesso legislatore che codifica le condizioni di validità dell'azione arbitrale: infatti, il lavoratore non è libero nella scelta della giustizia privata, poiché il vaglio a favore di quest'ultima viene compiuto a priori dalla legge o dalla contrattazione collettiva.

Oltre a tale precauzione, il legislatore circonda il processo arbitrale, sin dal momento della scelta individuale del lavoratore, di ulteriori cautele: dunque, a differenza di quanto visto nei capitoli precedenti, la consapevolezza della scelta non costituisce lo spartiacque per verificare gli ulteriori criteri che connotano il “diritto processuale arbitrale”.

Prima di verificare la tecnica legislativa prescelta, appare utile, alla luce di un quadro normativo particolarmente complesso, riordinare brevemente «le fonti degli arbitrati in materia di lavoro»⁷⁴.

Come è noto, si tratta di un contesto ampiamente modificato dal legislatore, da ultimo mediante la legge del 4 novembre del 2010 n. 183⁷⁵, anticipata dalla nuova formulazione della disciplina

⁷³ Qualora l'azione arbitrale sia ammissibile anche in materia di lavoro, si porrà un problema di coordinamento tra i due procedimenti arbitrali diversi al fine di individuare un unico foro arbitrale. Sul punto rinvio nuovamente a *Brevi note sulla compromettibilità delle controversie tra socio e cooperativa di produzione e lavoro*, cit., pp. 378 ss.

⁷⁴ Espressione presa a prestito da CAPPONI, *Le fonti degli arbitrati in materia di lavoro*, in *Mass. Giur. lav.*, 2010, p. 57.

⁷⁵ BORGHESI, *L'arbitrato ai tempi del «collegato lavoro»*, in www.judicium.it; ID., *Le nuove frontiere dell'arbitrato del lavoro secondo il disegno di legge n. 1441 quater*, in *Lav. e dir.*, 2009, pp. 13 ss.; ID., *Arbitrato per le controversie di lavoro*, cit., pp. 24 ss.; BOVE, *Adr nel collegato lavoro (Prime riflessioni sull'art. 31 della legge 4 novembre 2010, n. 183)*, in www.judicium.it; ID., *Conciliazione e arbitrato nel collegato lavoro*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, pp. 125 ss.; DELLA PIETRA, *Un primo sguardo all'arbitrato nel collegato lavoro*; in www.judicium.it; CANALE, *Arbitrato e «collegato lavoro»*, ivi; PUNZI, *L'arbitrato per la soluzione delle contro-*

dell'arbitrato «tradizionale» che, già dal 2006, legittima a pieno titolo l'arbitrato rituale in materia di lavoro⁷⁶. Malgrado questa innovazione, ancora oggi l'arbitrato irrituale resta il meccanismo prescelto dal legislatore in questo settore.

A tale proposito esiste una disciplina specifica: l'art. 5 della legge dell'11 agosto 1973, n. 533, pur contenendo una regola peculiare rispetto a quella enunciata dall'attuale art. 806 c.p.c., aggiunge che nell'ipotesi di previsione nei contratti collettivi, la scelta deve avvenire «senza pregiudizio della facoltà delle parti di adire l'autorità giudiziaria». Ne segue che l'eventuale clausola compromissoria stipulata rimane meramente facoltativa, potendo le parti disattenderla nel momento in cui sorge la lite. È evidente l'esigenza di protezione perseguita dal legislatore.

Accanto a questo modello, come già ho enunciato, il legislatore del 2010 introduce delle forme speciali, la cui fonte in parte si rinviene nella legge e, in parte, nella contrattazione collettiva.

Per quanto concerne l'arbitrato sindacale il legislatore l'ha notevolmente “liberalizzato” rispetto alla disciplina previgente⁷⁷: la contrattazione collettiva, come ha il potere di autorizzare il ricorso alla procedura arbitrale, così è autonoma nell'individuare le norme processuali⁷⁸. In tal caso, in assenza di una precisa presa di posizione da parte del legislatore, è consentita l'adozione di entrambe

versie di lavoro, in *Riv. dir. proc.*, 2011, pp. 1 ss.; DONZELLI, *La risoluzione arbitrale delle controversie di lavoro*, in CINELLI, FERRARO (a cura di), *Il contenzioso del lavoro*, Torino, 2011, pp. 106 ss.; BOCCAGNA, *L'impugnazione del lodo arbitrale*, ivi, pp. 148 ss.; LICCI, *L'arbitrato*, in SASSANI, TISCINI (a cura di), *I profili processuali del collegato lavoro*, Roma, 2011, pp. 57 ss.; BERTOLDI, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro dalla duplice riforma del 1998 alla L. 4 novembre 2010, n. 183*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, pp. 834 ss.; C. ARRIGONI, *Gli arbitrati delineati dal «collegato lavoro» e prime attuazioni*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, pp. 885 ss.; MURONI, *La nuova disciplina della conciliazione e dell'arbitrato nelle controversie di lavoro*, in *Corr. giur.*, 2011, pp. 269 ss.; TRIPODI, *I modelli di arbitrato*, in *Il processo del lavoro quarant'anni dopo. Bilanci e prospettive*, Napoli, 2015, pp. 303 ss.; TRISORIO LIUZZI, *L'arbitrato*, in AA.VV., *Processo del lavoro*, Milano, 2017, pp. 601 ss.

⁷⁶ Questa conclusione trova conferma nell'art. 829 c.p.c. che stabilisce la nullità del relativo lodo, per violazione della legge relativa al merito, nonché per contrarietà a contratti e accordi collettivi.

⁷⁷ BORGHESI, *L'arbitrato nei tempi del «collegato lavoro»*, cit., par. 1.

⁷⁸ Per la disciplina previgente si rimanda a BORGHESI, *Arbitrato per le controversie di lavoro*, cit., pp. 1 ss.

le forme di arbitrato, e cioè la modalità rituale o quella irrituale⁷⁹. Tuttavia, come si avrà modo di vedere, anche in questo caso la contrattazione collettiva è attenta a delineare specifiche norme procedurali. Accanto a tale modello, il legislatore individua due forme di arbitrati da legge: quello previsto dall'art. 412 c.p.c., affidato alla commissione di cui all'art. 410 c.p.c., in continuità con la procedura conciliativa⁸⁰ e il modello delineato dall'art. 412-*quater* c.p.c., il cui esperimento è affidato ad appositi collegi di conciliazione e arbitrato. Entrambi i modelli si connotano per il fatto di concludersi con l'emanazione di un lodo che, benché qualificato come irrituale, è caratterizzato dalla possibilità di divenire esecutivo.

Il terzo modello è quello contemplato dall'art. 31, comma 12°, che attribuisce agli organi di certificazione istituiti dal d.lgs. n. 276 del 2003, il potere di creare camere arbitrali per gestire arbitrati qualificati espressamente come irrituali, in materia di lavoro pubblico e privato. Anche detta procedura sfocia nel c.d. lodo ibrido⁸¹, alla luce del diretto richiamo al comma 3° dell'art. 412 c.p.c.⁸².

Il legislatore, a differenza dei modelli precedenti, non individua alcuna disciplina, che verrà tratteggiata dai regolamenti delle camere arbitrali istituite dagli organi di certificazione, presso il quale detto modello è destinato a svolgersi⁸³.

⁷⁹ Secondo una parte della dottrina sarebbe anche ammesso il riferimento alle forme degli artt. 412 e 412-*quater* c.p.c. (BOVE, *Adr nel collegato lavoro (prime riflessioni sull'art. 31 della legge 4 novembre 2010, n. 183)*, cit., par. 5; in senso difforme: BORGHESI, *Gli arbitrati in materia di lavoro*, in VALLEBONA (a cura di), *Il diritto processuale del lavoro*, Padova, 2011, p. 685).

⁸⁰ Sui vantaggi e i limiti di una simile previsioni BORGHESI, *L'arbitrato ai tempi del «collegato lavoro»*, cit., par. 1.

⁸¹ Sul punto solleva perplessità BORGHESI, *Arbitrato per le controversie di lavoro*, cit., p. 50.

⁸² Come evidenzia la dottrina (BOVE, *Adr nel collegato lavoro*, cit., par. 5, nota 27) la scelta arbitrale potrà avvenire sia in forza di un'apposita convenzione di arbitrato stipulata a controversia insorta, ovvero di un accordo maturato nel corso o al fallito esito della conciliazione verificatesi innanzi agli stessi organi di certificazione, stante il rinvio agli artt. 410 e 412 c.p.c., oppure in forza di una clausola compromissoria individuale ai sensi dell'art. 31, commi 10° e 11°, l. n. 183 del 2010.

⁸³ Si tratta di un arbitrato necessariamente amministrato, come osserva BORGHESI, *Arbitrato per le controversie di lavoro*, cit., p. 50.

Accanto a queste fattispecie introdotte dal legislatore del 2010, permangono gli altri arbitrati previsti dalla legge, e cioè quello in materia di sanzioni disciplinari, quello relativo ai licenziamenti individuali per le imprese minori. Ad essi si deve aggiungere la disciplina contenuta nell'art. 1, d.l. n. 132 del 2014, che ammette il c.d. arbitrato da lite pendente solo se la controversia verte «su diritti che abbiano nel contratto collettivo di lavoro la propria fonte esclusiva, quando il contratto stesso abbia previsto e disciplinato la soluzione arbitrale».

5. *L'azione arbitrale "vincolata" nel collegato lavoro: la conferma (parziale) dei criteri a suo tempo delineati*

Analizzando nella sua complessità la disciplina del collegato lavoro – tralasciando, al momento l'esperienza sindacale⁸⁴ – è possibile constatare che i principi caratterizzanti il c.d. "diritto processuale arbitrale", individuati nella prima parte dell'opera, trovano, sostanzialmente, attuazione – anche se non sempre in modo coerente – in questo settore. Talvolta l'ansia di regolamentare ogni aspetto della procedura arbitrale si traduce in disposizioni incoerenti con i principi che dominano la giustizia arbitrale.

Innanzitutto la consapevolezza della scelta per la giustizia arbitrale non solo è garantita mediante la preventiva autorizzazione richiesta dall'art. 806 c.p.c., ma anche attraverso un evidente *disfavor* nei confronti della tradizionale clausola compromissoria⁸⁵: vengono introdotti peculiari meccanismi per la manifestazione della volontà

⁸⁴ E anche quella degli organi di certificazione, a cui possono essere estese le osservazioni che nel proseguo verranno svolte con riguardo all'arbitrato di fonte sindacale.

⁸⁵ Così come si verifica nell'ordinamento austriaco che ammette la stipula della convenzione arbitrale solo a lite insorta (§ 9, comma 2° della legge sulla giurisdizione in materia di lavoro e sicurezza sociale (*Arbeits – und Sozialgerichtsgesetz*). Inoltre, la convenzione arbitrale deve trovarsi in un atto separato e il lavoratore deve ricevere un avvertimento scritto prima di porvi la firma (§ 618 c.p.c.). Sul punto ASCHAUER, *Il nuovo diritto dell'arbitrato austriaco*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 245.

arbitrale a lite insorta⁸⁶, mentre la possibilità di accedere alla giustizia privata prima del sorgere della lite, oltre ad essere esclusa in determinati casi⁸⁷, è subordinata al meccanismo della certificazione⁸⁸. Naturalmente, alla luce dell'esegezi accolta, la violazione di questi limiti determina solo la nullità del lodo e non influisce sui confini dell'arbitrabilità del diritto⁸⁹.

Viene disciplinata la composizione dell'organo giudicante⁹⁰ o quantomeno la modalità della sua nomina⁹¹, è delineata una specifica regolamentazione del lodo arbitrale e della sua impugnazione, discostandosi dal modello "puro" dell'arbitrato irrituale, a cui, però,

⁸⁶ Escludendo, però, la modalità tradizionale di manifestazione del consenso a lite insorta, e cioè il compromesso. Infatti l'art. 412 c.p.c. prevede che la scelta a favore dell'arbitrato possa avvenire in una qualunque fase del tentativo di conciliazione ovvero dopo il suo infruttuoso esperimento; diversamente l'art. 412-*quater* c.p.c. consente che l'opzione sia realizzata *per facta concludentia*.

⁸⁷ Essa deve essere pattuita dopo la conclusione del periodo di prova se previsto, oppure non prima di trenta giorni dalla data di stipulazione del contratto e non può riguardare controversie relative alla risoluzione del rapporto di lavoro. Cfr. CESTER, *La clausola compromissoria*, in MISCIONE, GAROFALO (a cura di), *Il collegato lavoro 2010: commentario alle leggi n. 183/2010*, Milano, 2011, pp. 241 ss.; VALLEBONA, *Una buona svolta nel diritto del lavoro: la legge 183 del 2010*, in *Mass. giur. lav.*, 2010, pp. 210 ss.

⁸⁸ Sulla cui efficacia solleva dubbi BORGHESI, *Arbitrato per le controversie di lavoro*, cit., p. 29.

⁸⁹ Così come pone in luce BOVE, *Conciliazione e arbitrato nel collegato lavoro*, cit., p. 140.

⁹⁰ In particolare l'art. 412 c.p.c. attribuisce alla stessa commissione che ha tentato la conciliazione la possibilità di giudicare in arbitrato. Ritengo che tale commissione non potrà essere formata dalle medesime persone fisiche chiamate a svolgere il ruolo di conciliatore, come già rileva ZUCCONI GALLI FONSECA, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, cit., p. 471; TRIPODI, *I modelli di arbitrato*, in TISCINI (a cura di), *Il processo del lavoro quarant'anni dopo*, Napoli, 2015, p. 307. In senso difforme, BORGHESI, *Arbitrato per le controversie di lavoro*, cit., p. 35; BERTOLDI, *L'arbitrato in materia di lavoro (paradossi e problemi irrisolti)*, in PUNZI (a cura di), *Disegno sistematico sull'arbitrato*, III, Padova, 2012, p. 138.

⁹¹ Secondo alcuni, ai fini della imparzialità dell'organo giudicante, non sarebbe molto opportuna la previsione, sancita dall'art. 412-*quater* c.p.c., che consente al collegio di essere composto da «un rappresentante di ciascuna delle parti». Sul punto BORGHESI, *Autotutela, giurisdizione, deflazione del contenzioso*, in *Lav. e dir.*, 2014, p. 307. Si confronti anche quanto sostenuto da Luiso, che rileva che quando la decisione della controversia è deferita a un collegio, l'imparzialità va valutata globalmente (LUISO, *Diritto processuale civile*, V, Milano, 2017, p. 153).

la norma fa rinvio, secondo una tradizione oramai consolidata nel tempo.

Carente appare la disciplina della fase istruttoria e quella dei costi.

In relazione al primo profilo entrambi i modelli non prevedono alcun potere istruttorio d'ufficio dell'arbitro, che, invece, costituisce una peculiarità propria del giudizio innanzi al giudice.

Al contempo, appena regolamentato è l'aspetto dei costi: solo l'art. 412-*quater* c.p.c. si preoccupa di trovare una modalità attraverso cui garantire un effettivo sostegno al lavoratore, prescrivendo un limite di valore delle spese e prevedendo solo la possibilità (e non l'obbligo!) per i contratti collettivi nazionali di categoria di istituire un fondo per i rimborsi delle spese sostenute per gli arbitri.

Alquanto discutibile e potenzialmente in grado di minare il principio di equidistanza e imparzialità⁹² degli arbitri è la previsione della corresponsione diretta del compenso all'arbitro della parte che l'ha nominato.

Inoltre, entrambi i modelli sembrano presentare, a un primo sguardo, delle stonature rispetto all'ipotesi di lavoro enucleata con riguardo ai diritti caratterizzati da un'azione arbitrale "vincolata".

Mi riferisco alla qualificazione della natura irrituale dell'arbitrato e alla possibilità di accedere al metro equitativo per il giudizio.

Allineandosi alla tradizione legislativa⁹³, anche la normativa del «collegato lavoro» abbraccia il modello dell'arbitrato irrituale, verso il quale, tuttavia, alla resa dei conti, nutre una sostanziale diffidenza, tanto da integrarlo o mutarlo rispetto alle linee tratteggiate dalla disciplina dell'art. 808-*ter* c.p.c.

In entrambi i modelli codificati è prevista la possibilità che il lodo divenga esecutivo, derogando al divieto di applicazione dell'art.

⁹² Come afferma giustamente anche, per esempio, BORGHESI, *Arbitrato per le controversie di lavoro*, cit., p. 33.

⁹³ Come osservano gli interpreti (DONZELLI, *La risoluzione arbitrale delle controversie di lavoro*, cit., p. 110, secondo cui «la fuga dal diritto vigente serviva per dare diritti a chi non li aveva»; BORGHESI, *L'arbitrato*, in *Il processo del lavoro e della previdenza*, cit., p. 26) la persistenza del legislatore di qualificare come irrituale l'arbitrato è figlia della stessa tradizione che ha caratterizzato la materia in esame.

825 c.p.c., espressamente enunciato dall'art. 808-ter c.p.c. Inoltre, la libertà procedimentale è fortemente limitata: numerose sono le prescrizioni e i limiti introdotti all'interno del giudizio arbitrale, in controtendenza rispetto al modello irrituale.

L'esistenza di queste contaminazioni costituisce conferma della ricostruzione esegetica offerta: l'esigenza di garantire l'equilibrio sostanziale delle parti spinge il legislatore a derogare al modello del tradizionale arbitrato irrituale⁹⁴, introducendo, specialmente con riguardo alla disciplina delineata dall'art. 412-*quater* c.p.c., un modello simile a quello rituale. Anche se il legislatore richiama la «determinazione contrattuale» quale mezzo di regolamentazione dell'accertamento compiuto dagli arbitri, non è possibile ricondurre i modelli *de quibus* alla disciplina dell'arbitrato irrituale, poiché il lodo, disciplinato dagli artt. 412 e 412-*quater* c.p.c., rappresenta un *unicum*⁹⁵. Per tale ragione, aderendo a quanto sostenuto da parte degli interpreti⁹⁶, ritengo corretto discorrere di un *tertium genus* con riferimento a queste fattispecie.

Ciò determina che eventuali lacune insite nelle discipline tratteggiate devono essere colmate tenendo conto del fine generale insito nella loro normativa processuale, ovvero garantire l'equilibrio sostanziale delle parti⁹⁷. Oltre alla naturale applicazione del principio

⁹⁴ BORGHESI, *L'arbitrato ai tempi del «collegato lavoro»*, cit. par. 3.

⁹⁵ Si discosta dalla bipartizione che connota l'arbitrato irrituale rispetto a quello rituale. Infatti la giurisprudenza è solita affermare che il *distinguo* tra le due fattispecie vada ricercato nella natura della decisione finale (*ex multis*: Cass., 11 novembre 2015, n. 23629, in *DeJure*).

⁹⁶ CAPPONI, *Le fonti degli arbitrati*, cit., p. 364 (anche se aveva già enunciato tale concetto in *L'arbitrato in materia di lavoro dopo la riforma del 1998*, in VERDE (a cura di), *Diritto dell'arbitrato*, cit., p. 582), ove parla di «distinzione con tendenziale assimilazione» tra le due figure di arbitrato, definendo fortemente ambigua la figura dell'arbitrato in materia di lavoro. Nello stesso senso, nel sistema previgente, nella sostanza simile a quello attuale, BORGHESI, *L'arbitrato del lavoro dopo la riforma*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2006, p. 825.

⁹⁷ Anche volendo inquadrare detti modelli all'interno dell'arbitrato irrituale, le conclusioni non mutano. Allineandomi al pensiero di parte della dottrina (LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., p. 144), ritengo che la disciplina dell'arbitrato irrituale debba essere integrata con le norme compatibili dettate dall'arbitrato rituale, salva diversa volontà delle parti. Sul punto anche BIAVATI, *Arbitrato irrituale*, in *Arbitrato*, cit., p. 204, che ritiene che possano essere estese le norme dell'arbitrato rituale sul procedimento, escludendo, invece, che ciò possa verificarsi con riguardo a quelle

del contraddittorio anche all'interno di questi istituti, nel silenzio della legge non vedo ragioni per negare, per esempio, l'ammissibilità per gli arbitri di esercitare eventuali poteri istruttori d'ufficio, che costituiscono, come ricordato in precedenza⁹⁸, un'espressione del potere dispositivo proprio delle parti.

A fronte di queste lacune, invece, ampia attenzione è attribuita al rispetto della legge sostanziale: grazie all'espresso richiamo alla disciplina dell'art. 808-ter c.p.c., il lodo, oltre ad essere impugnabile nei casi contemplati, può essere oggetto di riesame qualora si configuri un vizio negoziale. Anche volendo escludere i motivi di annullamento, come ritengono parte degli interpreti, il lodo resta pur sempre impugnabile per violazione di norme imperative⁹⁹.

che suppongono un aiuto giudiziario all'arbitrato ovvero che regolano i rapporti tra arbitrato e processuale statale; valorizza questa distinzione anche SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., pp. 154 ss.; in senso difforme, però, BOVE, *La giustizia privata*, Padova, 2015, p. 275). Per l'esame generale di detta questione si rimanda a PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II, cit., pp. 620 ss.

⁹⁸ Si rimanda ai riferimenti già contenuti nei capp. I e II, seconda parte.

⁹⁹ Il problema o meno della tassativa dei motivi elencati dall'art. 808-ter c.p.c. è stato da sempre al centro di una ampia diatriba (non ritengono estensibili i casi di annullamento negoziali, *ex multis*: BIAVATI, *Arbitrato irrituale*, cit., p. 207, fatta salva, però, una lettura estensiva dei singoli motivi, che consente di attaccare il lodo mediante un'autonoma domanda di nullità o inesistenza; SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituali*, in *Riv. arb.*, 2007, pp. 29 ss.; F. GALGANO, *Il lodo irrituale vale, dunque, come sentenza*, in *Contr. impr.*, 2006, p. 303; BORGHESI, *L'arbitrato di lavoro dopo la riforma*, cit., p. 829; F. DANOVÌ, *Arbitrato rituale e irrituale: la qualificazione è finalmente più chiara (nella perdurante indeterminatezza dei confini)*, in *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, p. 328; GIORGETTI, *Profili espansivi nell'impugnazione del lodo libero*, ivi, p. 412; IZZO, *L'arbitrato*, in DALFINO (a cura di), *La nuova giustizia del lavoro*, Bari, 2011, p. 481), anche se recentemente, in una nota pronuncia (Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26243, in www.questionegiustizia.it, ricordata da ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrato dello sport: una better alternative*, in www.rivistadirittosportivo.coni.it, par. 6) sembrerebbe abbracciare la tesi qui paventata. È difficile sostenere che, data la natura del lodo irrituale, la via delle impugnative contrattuali vada negata *in toto*. Si osserva giustamente che, stante l'individuazione di cinque motivi di annullamento all'interno dell'art. 808-ter c.p.c. e l'assenza di una espressa deroga alla disciplina sulla nullità del contratto (deroga imposta dall'art. 1418 c.c.), anche il lodo irrituale potrà essere dichiarato nullo per tutti i motivi previsti dalla legge ed in specie per violazione di norme imperative (ammettono l'impugnativa per nullità: BIAVATI, *Arbitrato irrituale*, cit., pp. 207-208; VERDE, *Arbitrato irrituale*, in *Riv. arb.*, 2005, pp. 674 ss.; TOTA, *Appunti sul nuovo arbitrato irrituale*, ivi, 2007, p. 567; ZULBERTI, *Profili dell'impugnazione dei lodi irrituali nel quadro della l. n. 183/10*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1033; BOVE, *La giu-*

Nonostante il silenzio sul punto, reputo, alla luce delle osservazioni sopra enunciate, che anche detti provvedimenti arbitrali possano essere impugnati per violazione dei contratti o accordi collettivi: argomentare in senso contrario vorrebbe dire snaturare l'essenza dell'autonomia riconosciuta dal legislatore alla contrattazione collettiva.

Altro punto in formale asintonia rispetto alla esegesi offerta è la facoltà per i contendenti di accedere alla pronuncia secondo equità.

L'apparente *favor* verso questa modalità di decisione viene, però, significativamente temperato dall'obbligo per gli arbitri di attenersi «ai principi generali dell'ordinamento» e ai «principi regolatori della materia»¹⁰⁰, anche derivanti da obblighi comunitari». Anzi, come osservano gli interpreti¹⁰¹, tali limitazioni hanno prodotto l'effetto di avere assoggettato il lodo equitativo a un controllo ancora più invasivo di quello di diritto, sancendo, in ultima analisi, una sostanziale compatibilità tra giudizio equitativo e quello reso secondo diritto¹⁰².

stizia privata, cit., pp. 270 ss., dubitativo, ma che ammette l'impugnazione per dolo dell'arbitrato ai sensi dell'art. 1349, comma 2°, c.c.). Viceversa, per quanto riguarda l'invalidità per annullamento, l'elenco contenuto nell'art. 808-ter dovrà ritenersi esaustivo, senza possibilità di ricorrere all'artt. 1425 ss. c.c.

¹⁰⁰ Introdotta in secondo battuta dopo l'intervento dell'allora Presidente della Repubblica, come pone in luce BORGHESI, *L'arbitrato ai tempi del «collegato lavoro»*, cit., par. 8.

¹⁰¹ BORGHESI, *L'arbitrato ai tempi del «collegato lavoro»*, cit., par. 8. L'A. rileva, inoltre, che non è affatto vero che il lodo equitativo irrituale sia una pronuncia sostanzialmente inattaccabile, poiché «è infatti pacifico in dottrina e in giurisprudenza che l'arbitrato irrituale non possa disapplicare le norme inderogabili, le quali costituiscono un limite al potere di decidere secondo equità. E se si considera che nel diritto del lavoro le norme inderogabili non sono l'eccezione, ma la regola, è giocoforza concludere in linea di principio, che, l'area di insindacabilità-inoppugnabilità del lodo, anche di equità, dovrebbe essere ristretta al giudizio di fatto e quello relativo all'applicazione di norme inderogabili [...]». Ne segue che il lodo in questione possa essere sottratto all'impugnazione per violazione di norme inderogabili non tanto perché pronunciato secondo equità, ma in quanto inoppugnabile *ex art.* 2113, comma 4°, c.c. «con l'ulteriore conseguenza che, anche sotto questo profilo, una differenza tra il regime impugnatorio del lodo di equità e di quello di diritto, non esiste». BORGHESI, *Autotutela, giurisdizione, deflazione del contenzioso*, in *Lav. e dir.*, 2014, p. 302; ID., *Arbitrato per le controversie di lavoro*, cit. pp. 39-40, ove cerca una lettura correttiva della disposizione.

¹⁰² Incompatibilità, invece, assodata per una parte della giurisprudenza. Da ultimo, Trib. Bologna, 17 aprile 2008, in *Riv. arb.*, 2010, pp. 121 ss., con nota di CAMPIONE.

5.1. *Segue: ... e nell'arbitrato sindacale: alcuni esempi*

Come si è già enunciato il legislatore del «collegato lavoro» ha liberalizzato l'arbitrato di fonte sindacale¹⁰³: infatti, a parere del legislatore, la tutela differenziata richiesta dalle norme sostanziali può trovare corretta attuazione anche mediante l'opera diretta delle organizzazioni sindacali.

La scelta di valorizzare l'autonomia collettiva non solo in sede di gestione del contenzioso ma anche in quello di progettazione delle regole concrete di applicazione, rispondente, come rileva la dottrina¹⁰⁴, «ad un'esigenza promozionale dei modelli di autoregolamentazione dei gruppi – molto “cara” al diritto del lavoro», è generalmente connotata dalla condivisione di quegli stessi principi già visti nell'arbitrato da legge.

In questa direzione si muova il CCNL del commercio per i dipendenti delle aziende del terziario, della distribuzione e dei servizi del 6 aprile 2011 e oggetto di rinnovo nel 2015.

L'art. 38 introduce la possibilità per le parti di accedere a una procedura arbitrale, amministrata dalle Associazioni territoriali, aderenti alle organizzazioni stipulanti, che, benché qualificata come irrituale, è fortemente procedimentalizzata e caratterizzata dal fatto che il lodo possa divenire esecutivo ai sensi dell'art. 412-*quater* c.p.c. Si tratta di un arbitrato che si innesta nel preventivo tentativo di conciliazione e che attribuisce alle parti la facoltà di adire l'autorità giudiziaria, come prevede l'art. 5, legge 11 agosto 1973, n. 533.

Vengono individuate le modalità di scambio degli atti introduttivi¹⁰⁵, stabilendo, come ulteriore garanzia ai fini della effettiva volon-

¹⁰³ Per quanto riguarda il modello precedente si rimanda a BORGHESI, *Bilanci e prospettive per l'arbitrato e la conciliazione previsti dai contratti collettivi, in Lavoro nella Pubbl. amm.*, 2003, pp. 1057 ss.

¹⁰⁴ PIZZOFERRATO, *Giustizia privata del lavoro (conciliazione e arbitrato)*, in F. GALGANO (diretto da), *Tratt. di dir. comm. e dir. pubbl. dell'economia*, Padova, 2003, p. 121, tali osservazioni erano svolte sotto il previgente sistema e ancora più valide appaiono nell'attuale contesto normativo; MAGNANI, *Conciliazione e arbitrato in Italia alla luce dei recenti interventi legislativi*, in LOY (a cura di), *La nuova disciplina della conciliazione e dell'arbitrato*, Padova, 2000, p. 14.

¹⁰⁵ Si prevede che «L'istanza della parte, avente medesimo oggetto e contenuto dell'eventuale precedente tentativo di conciliazione e contenente tutti gli elementi

tà compromissoria, la possibilità per entrambe le parti di rinunciare al procedimento arbitrale¹⁰⁶.

È disciplinata la formazione del Collegio, composto da tre membri, uno dei quali designato dall'organizzazione imprenditoriale della Confcommercio territorialmente competente, un altro nominato da quella sindacale territoriale Filcams, Fisascat e Uiltucs a cui il lavoratore sia iscritto o conferisca mandato, un terzo con funzioni di Presidente, scelto di comune accordo dai predetti organismi territoriali. Mentre nella nomina del terzo arbitro è garantita la realizzazione piena dell'imparzialità, stabilendo che esso possa essere scelto di comune accordo dalle parti, oppure in caso di disaccordo sorteggiato tra i nominativi compresi in una apposita lista o, in sua mancanza, dal Presidente del tribunale competente per territorio, discutibile appare la scelta di ammettere la possibilità che i due membri designati in rappresentanza di ciascuna delle parti possano coincidere con coloro che hanno esperito la conciliazione nell'interesse delle parti¹⁰⁷.

La norma prosegue con la disciplina articolata della fase istruttoria e dei poteri assegnati agli arbitri, ai quali, grazie a una previsione di chiusura, sono attribuiti ampie facoltà di indagine¹⁰⁸.

Infine è previsto che il lodo debba essere pronunciato entro quarantacinque giorni, con la possibilità di una proroga fino a un

utili a definire le richieste, sia presentata, attraverso l'organizzazione cui la parte stessa aderisce e/o conferisce mandato, alla Segreteria del Collegio di arbitrato e contemporaneamente all'altra parte. L'istanza sottoscritta dalla parte promotrice sarà inoltrata, a mezzo raccomandata a/r o raccomandata a mano, entro 30 giorni successivi alla conclusione del tentativo obbligatorio di conciliazione. L'altra parte è tenuta a manifestare la propria eventuale adesione al Collegio arbitrale entro il termine di 15 giorni dal ricevimento dell'istanza, con facoltà di presentare contestualmente o fino alla prima udienza uno scritto difensivo».

¹⁰⁶ In questo senso anche BORGHESI, *Arbitrato per le controversie di lavoro*, cit., p. 49.

¹⁰⁷ Come già poneva in luce C. ARRIGONI, *Gli arbitrati delineati dal «collegato lavoro»*, cit., p. 911.

¹⁰⁸ Si prevede che il Presidente del Collegio, ricevuta l'istanza, provveda a fissare entro 15 giorni la data di convocazione del Collegio, il quale ha facoltà di procedere ad una fase istruttoria secondo modalità che potranno prevedere: a) l'interrogatorio libero delle parti e di eventuali testi; b) l'autorizzazione al deposito di documenti, memorie e repliche a cura delle parti o dei procuratori di queste; c) eventuali ulteriori elementi istruttori.

massimo di ulteriori 15 giorni e che i compensi degli arbitri siano determinati in misura fissa.

Una disciplina simile è anche introdotta dal CCNL per i quadri direttivi e per il personale delle aree professionali dipendenti dalle imprese creditizie, finanziarie e strumentali del 19 gennaio 2012. L'art. 11 introduce una procedura arbitrale fortemente proceduralizzata in cui viene previsto che, qualora sorga la necessità per gli arbitri di emettere una pronuncia sull'eventuale efficacia, validità o interpretazione di una clausola di un contratto o accordo collettivo nazionale, le parti debbano dare il loro consenso alla pronuncia e dichiarare di conformarsi ad essa¹⁰⁹.

A differenza di quella precedente non è direttamente qualificata la natura dell'arbitrato, anche se è previsto che il lodo venga impugnato ai sensi dell'art. 808-ter c.p.c. e che la sua impugnazione sia regolamentata nei tempi e nei modi di quella dell'art. 412 c.p.c.

Interessante è l'obbligo imposto agli arbitri di effettuare una vera e propria *discolure*.

Per quanto riguarda le spese di lite è previsto solo che esse siano sostenute dalla parte soccombente.

Ancora una volta questi esempi dimostrano come se, da una parte, si assista ad un'apparente predilezione per il modello dell'arbitrato irrituale, dall'altra le regole processuali applicate testimoniano l'esigenza di una concreta proceduralizzazione che trasforma questi modelli in meccanismi più vicini a quelli dell'arbitrato rituale¹¹⁰.

6. *L'arbitrabilità delle controversie di lavoro sportivo*

Tra le liti di lavoro assumono ampia rilevanza quelle relative al mondo sportivo. In questo caso, oltre alle questioni che sono già

¹⁰⁹ Qualora le parti non lo consentano è espressamente previsto che il procedimento arbitrale si estingua.

¹¹⁰ In altri casi, come si riferisca con riguardo al contratto collettivo nazionale tra Fedarcom e Lifa, da una parte, e Fesisca Confisial e Consal Fisals per il triennio economico normativo del 1 luglio 2016-30 giugno 2019, la disciplina arbitrale è una pedissequa riproposizione dell'art. 412 c.p.c., salvo alcune specifiche modifiche, come per esempio la devoluzione alle parti delle modalità di svolgimento dell'istruttoria.

state poste in luce, ne sorgono ulteriori in ragione della peculiarità di questo ordinamento. Quest'ultimo, come è noto, è dotato di autonomia organizzativa, autarchia e autodichia¹¹¹: tale sistema è caratterizzato dal c.d. "vincolo di giustizia"¹¹², che impone a chi vi fa parte di accettare e di rispettare i provvedimenti emessi dagli organi federali nonché di adire, per le controversie insorte tra gli affiliati, inerenti all'attività sportiva, esclusivamente gli organi federali.

Fuori da tale ambito espressamente circoscritto dall'art. 2 del d.l. 19 agosto 2003 n. 220, convertito nella l. 17 ottobre 2003, n. 280 (come modificato dal d.lgs. n. 104 del 2010), è contemplata la competenza del giudice ordinario: esso conserva la propria giurisdizione con riguardo ai «rapporti patrimoniali tra società, associazioni e atleti», mentre per ogni altra controversia «avente ad oggetto atti del Comitato olimpico nazionale italiano e delle federazioni sportive» è prevista la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, una volta, però, esauriti i rimedi della giustizia sportiva (art. 3). Tali disposizioni trovano oggi conferma nell'art. 4 dell'innovato codice della giustizia sportiva, emanato con Delibera Coni del 15 luglio 2014.

Tra le controversie di natura patrimoniale un ruolo centrale è rivestito da quelle in materia di lavoro, la cui arbitrabilità è espressamente riconosciuta, già da tempo, dall'art. 4, comma 5°, della l. 23 marzo 1981, n. 91¹¹³, richiamato dall'art. 3, d.l. 220 del 2003. Tale norma prescrive la possibilità di inserire all'interno del contratto individuale di lavoro una clausola compromissoria¹¹⁴, che contenga la nomina degli arbitri o stabilisca il loro numero e le modalità della relativa nomina. A tale collegio è attribuito il compito di risolvere le

¹¹¹ Per una ampia disamina SPADAFORA, *Diritto del lavoro sportivo*, Torino, 2012, pp. 5 ss., che, come ritiene la maggioranza degli interpreti, esclude che sussista un rapporto di indifferenza tra ordinamento sportivo e quello statale.

¹¹² LUIO, *La giustizia sportiva*, Milano, 1975, pp. 42 ss.

¹¹³ Con questa legge, tra l'altro, viene definitivamente riconosciuto (art. 3) che «la prestazione a titolo oneroso dell'atleta costituisce oggetto di contratto di lavoro subordinato».

¹¹⁴ Naturalmente potranno essere devolute al giudizio di arbitri le controversie nascenti dal contratto: per esempio, il recupero di emolumenti non pagati; il rimborso delle spese mediche a seguito degli infortuni, l'irrogazione delle multe o la riduzione dei compensi a seguito di infrazioni disciplinari da parte del tesserato, ecc.

controversie concernenti «l'attuazione del contratto e insorte fra la società sportiva e lo sportivo».

Si tratta di una disposizione coerente rispetto alla disciplina generale dell'art. 806 c.p.c., che impone, come più volte ricordato, la possibilità di accedere alla giustizia privata solo in presenza di una previsione di legge o della contrattazione collettiva.

Nell'ordinamento sportivo, a differenza di quello interno, la legittimità dell'arbitrato in materia di lavoro è stata sempre riconosciuta grazie alla previsione *de qua*¹¹⁵, attribuendo alla contrattazione collettiva, come generalmente accade¹¹⁶, il compito di regolare i profili attinenti alla costituzione dell'organo decidente e allo svolgimento del procedimento¹¹⁷.

Prima della riscrittura dell'art. 806 c.p.c. da parte del legislatore del 2006, una parte della dottrina evidenziava come, in ambito sportivo, l'opzione per la giustizia arbitrale mediante la sottoscrizione di una clausola compromissoria costituisse «una vistosa deroga al disfavore del legislatore italiano verso la possibilità di sottrarre preventivamente la controversia di lavoro al giudice statale»¹¹⁸. Tale differenza veniva giustificata in ragione della natura fiduciaria del rapporto di lavoro sportivo e della mancanza di squilibrio nei rapporti di forza tra le parti¹¹⁹.

¹¹⁵ Ampliamente VESCOVI, *La clausola compromissoria nei contratti di lavoro sportivo*, in VACCÀ (a cura di), *Giustizia sportiva e arbitrato*, Milano, 2006, pp. 102 ss.

¹¹⁶ Tra tutti si ricorda l'esperienza maturata nel settore calcistico. Sul punto: VIGORITI, *I nuovi regolamenti arbitrali per la definizione delle controversie di lavoro nel calcio*, in ALPA, VIGORITI (a cura di), *Arbitrati*, Milano, 2013, pp. 1465 ss.; RASIA, *Clausola compromissoria e controversie individuali nel sistema sportivo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, pp. 641 ss. Stesso criterio è seguito nell'accordo collettivo per i giocatori di pallacanestro, come ricorda SPADAFORA, *Diritto del lavoro sportivo*, cit., p. 272.

¹¹⁷ Per la sorte di dette clausole qualora venga modificata o cessi la disciplina processuale applicabile stabilita dalla contrattazione collettiva, si rimanda a RASIA, *Clausola compromissoria*, cit., p. 647. Quest'ultimo ritiene applicabile l'art. 832 c.p.c. nel caso di modifica della disciplina processuale mentre nel caso di scadenza del contratto collettivo senza rinnovo immediato troverà applicazione la disciplina dell'art. 412-*quater* c.p.c.

¹¹⁸ In questo senso SANDULLI, *Il giusto processo sportivo: il sistema di giustizia sportiva della Federcalcio*, Milano, 2015, p. 349.

¹¹⁹ SPADAFORA, *Diritto del lavoro sportivo*, cit., p. 263; SANDULLI, *Il giusto processo sportivo*, cit., p. 350.

Tale assunto stride con la realtà: a mio parere, la comprensione dell'ordinamento sportivo impone di tenere in dovuta attenzione le sue peculiarità. Valorizzando l'autonomia che lo connota, la menzionata previsione si giustifica nell'esigenza di consentire alle parti di avvalersi di collegi arbitrali all'uopo costituiti, senza dover portare la propria controversia innanzi a un giudice dello Stato¹²⁰.

Peraltro, la bontà della esegesi offerta trova conforto indiretto in un recente caso affrontato dai giudici tedeschi¹²¹.

Il *Landesgericht* di Monaco di Baviera ha sancito la nullità di una clausola compromissoria a mezzo della quale la ricorrente aveva accettato il ricorso all'arbitrato per le controversie nascenti nella sua attività agonistica. Secondo i giudici, l'atleta si trovava nell'impossibilità di negoziare la clausola, in ragione dello squilibrio strutturale derivante dalla posizione monopolistica delle federazioni. Tale assunto ha trovato conferma in grado di appello¹²², dove è stato anche rilevato che la scelta obbligata per gli atleti di aderire alle federazioni internazionali integra gli estremi dell'abuso di potere del mercato e, quindi, ponga in dubbio la terzietà degli arbitri nominati. Con la sentenza del 7 giugno 2016, il *Bundesgerichtshof* ribalta la prospettiva dei giudici di merito, negando, da una parte, che sussista un abuso di posizione dominante e, dall'altra, che si ponga un problema di imparzialità nella composizione dell'organo giudicante, poiché il

¹²⁰ Peraltro contraddicendosi, a mio avviso, con quanto prima sostenuto, lo rileva anche SPADAFORA, *Diritto del lavoro sportivo*, cit., p. 263. In modo chiaro è posto in evidenza, invece, da RASIA, *Arbitrato sportivo*, in *Arbitrati speciali*, cit., p. 555, secondo cui detto arbitrato ha il compito di evitare la conflittualità tra i due ordinamenti.

¹²¹ *Landgericht Muenchen*, I, 26 febbraio 2014, n. 37 O 28331/12, in *Dir. comm. internaz.*, 2014, pp. 542 ss., con nota di ROMANO. Il caso riguardava una squalifica per *doping* di una nota pattinatrice tedesca. L'atleta ha appellato il menzionato provvedimento innanzi al TAS, che ha dimesso l'appello e confermato la squalificata. Essa adiva, poi, il *Landgericht* di Monaco formulando una richiesta di risarcimento danni contro le federazioni nazionale e internazionale. Quest'ultimo, come già detto, ha rilevato la nullità della clausola compromissoria per «squilibrio strutturale» tra le parti. Tale pronuncia rileva anche nel nostro ordinamento alla luce del fatto che l'ordinamento sportivo italiano non è altro che una articolazione dell'ordinamento sportivo internazionale.

¹²² OLM München, 15 gennaio 2015, Az. U 1110/14.

regolamento arbitrale Cas è idoneo a salvaguardare gli interessi degli atleti¹²³.

A prescindere dal caso di specie esaminato che esula da una controversia di lavoro, è rilevante il principio fatto proprio dalle tre pronunce, ovvero il riconoscimento di uno squilibrio strutturale tra le parti contrattuali. È innegabile che l'atleta, qualora voglia praticare uno sport a livello agonistico, debba farlo aderendo alle regole di giustizia già delineate dalla federazione di riferimento¹²⁴, ivi compresa la possibilità di ricorrere alla giustizia arbitrale¹²⁵.

Ne segue che con riguardo alle controversie sportive è necessario parlare di "azione arbitrale vincolata": la legge legittima il ricorso allo strumento arbitrale, mentre l'adozione di uno specifico "diritto processuale arbitrale" consente la realizzazione di un "giusto processo arbitrale"¹²⁶.

¹²³ Per un'ampia analisi critica della pronuncia si rimanda a ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrato dello sport: l'attesa decisione della Corte suprema tedesca nel caso Pechstein*, in *Riv. arb.*, 2017, pp. 152 ss., che pone in evidenza come la pattinatrice abbia già fatto ricorso alla Corte costituzionale federale tedesca e attenda di conoscere il pronunciamento della Corte europea dei diritti dell'uomo.

¹²⁴ Si è parlato (LUISO, *Diritto processuale arbitrale*, V, cit., pp. 150 e 151) di «arbitrato dei gruppi», finalizzato ad assicurare il rispetto delle regole interne del gruppo. Si tratta di un arbitrato in cui «il momento consensuale è costituito solo dall'adesione del gruppo, mentre il resto (anche la decisione delle controversie) non ha più le caratteristiche dell'arbitrato *ad hoc* o di quello amministrato, in quanto, se vi sono organi interni incaricati della decisione delle controversie, essi non vengono più nominati di volta in volta dagli interessati ma sono costituiti una volta per tutte secondo le regole interne».

¹²⁵ Si tratta, in verità, di un discorso di più ampio respiro, che interessa tutte le controversie che coinvolgono gli atleti. Sul punto ZUCCONI GALLI FONSECA, *Quel che resta dell'arbitrato sportivo (dopo il nuovo codice della giustizia sportiva 2014)*, in *Riv. dir. sport.*, 2015, pp. 67 ss.; parzialmente critico: ROMANO, *Nullità di clausole compromissorie negli arbitrati sportivi per squilibrio strutturale tra i contraenti*, cit., pp. 545 ss., che benché, da una parte, sottolinei che sia incontestabile uno squilibrio strutturale tra le parti, dall'altra evidenzia che l'ordinamento non richiede affatto una situazione di parità tra i contraenti «ogni qual volta costoro debbano addivenire ad un accordo [...]».

¹²⁶ Il problema dell'arbitrato nell'ordinamento sportivo meriterebbe una trattazione specifica, poiché, benché in questa sede la mia attenzione si concentri sui profili laboristici del contenzioso sportivo, è innegabile che, più in generale, sia possibile inquadrare la normativa sportiva all'interno dell'ordine pubblico di protezione. Come dimostrano numerose pronunce della Corte arbitrale per lo sport di Losanna sussiste una situazione di squilibrio sostanziale delle parti, che,

Gli interpreti, però, discutono sulla natura dell'arbitrato contemplato dall'art. 4, comma 5°, l. n. 91 del 1981. La maggior parte della letteratura¹²⁷ reputa che esso abbia natura irrituale, in virtù della cornice storica entro cui vide la luce, nonché per ragioni di maggiore celerità e stabilità proprie del lodo irrituale. Tale posizione non è condivisibile¹²⁸.

Se è innegabile che il momento storico dell'entrata in vigore della legge deponga a favore della tesi dell'arbitrato irrituale, gli ulteriori elementi adottati non sono, invece, dirimenti.

Innanzitutto è apodittico affermare che l'arbitrato irrituale sia più celere solo perché appare libero da vincoli legali di natura procedurale. In primo luogo, gli interpreti sono concordi nel ritenere che la maggior parte delle norme relative all'arbitrato rituale sia applicabile all'arbitrato irrituale; in secondo luogo, come già osserva

come si è già visto nel settore della famiglia, del consumo e del lavoro, non esclude il ricorso allo strumento arbitrale, ma impone che l'azione operi all'interno di regole predefinite. Fra queste la modalità di esplicazione del consenso assume un ruolo decisivo. Sul punto si rimanda a DUVAL, VAN ROMPUY, *The compatibility of force Cas arbitration with Eu competition law: Pechstein reloaded*, in <http://www.ssrn.com/en/>, par. 2.1.1.; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrato dello sport*, cit., parr. 3 ss.

¹²⁷ VIDIRI, *Arbitrato irrituale, federazioni sportive nazionali e d.lgs. 23 luglio 1999, n. 142*, in *Riv. dir. sport.*, 2000, pp. 668 ss.; PERSICHELLI, *Le materie arbitrabili all'interno delle competenze della giurisprudenza sportiva*, in *Riv. dir. sport.*, 1996, pp. 713 ss.; CECHELLA, *L'arbitrato del lavoro sportivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, pp. 982 ss.; in giurisprudenza a titolo esemplificativo, Cass., 4 aprile 2002, n. 4841, in *Giust. civ.*, 2002, pp. 1212 ss.; Cass., 6 aprile 1990, n. 2889, in *Riv. arb.*, 1991, p. 270, con nota di LUISO; Cass., sez. un., 1° dicembre 2009, n. 25253, in *Mass. Giust. civ.*, 2009, p. 1625; Cass., 19 agosto 2013, n. 19182, in *Riv. dir. proc.*, 2014, pp. 766 ss., con nota di SANDULLI, che ritiene si applichi l'art. 412-*quater* c.p.c., nella parte in cui stabilisce la impugnativa del lodo, da definirsi come irrituale, davanti al tribunale in un unico grado). Ancora oggi, parte degli interpreti: SPADAFORA, *Diritto del lavoro sportivo*, cit., p. 271, e i riferimenti in essa contenuti; Cass., sez. un., 1° dicembre 2009, n. 25253, in *Mass. Giust. civ.*, 2012, p. 1652; in senso difforme: PUNZI, *Le clausole compromissorie nell'ordinamento sportivo*, in *Riv. dir. sport.*, 1987, p. 253; D'HARMANT FRANCOIS, *Note sulla disciplina giuridica del rapporto di lavoro sportivo*, in *Mass. giur. lav.*, 1981, p. 858; recentemente, BIAVATI, *L'arbitrato nelle controversie sportive*, in *Rass. dir. ed econ. sport.*, 2012, p. 570, che partendo dall'analisi di varie fonti ritiene di natura rituale l'arbitrato nelle controversie patrimoniali e di lavoro nello sport professionistico. In senso contrario, invece, conclude con riguardo a quello dilettantistico.

¹²⁸ Critico è anche RASIA, *Arbitrato sportivo*, cit., pp. 556 ss.

una parte della dottrina¹²⁹, il lodo irrituale non è più stabile di quello rituale.

Anche volendo escludere i motivi di annullamento, come ritiene la maggior parte della dottrina, il lodo irrituale è pur sempre impugnabile per violazione della norma imperativa, che come si è visto nel corso della prima parte, rappresenta una categoria più ampia di quella dell'ordine pubblico. Inoltre, in base a una recente pronuncia della Suprema Corte¹³⁰, il lodo irrituale è soggetto a un controllo officioso più ampio, poiché il giudice ha il potere di sollevare d'ufficio un motivo di nullità non dedotto dalle parti.

A mio avviso, stante il silenzio normativo, ritengo che la l. n. 91 del 1981 consenta entrambi gli arbitrati¹³¹. Innanzitutto, per chiara volontà legislativa, la scelta per l'arbitrato irrituale deve essere compiuta in modo espresso; inoltre, oggi, non sussistono più i limiti enunciati nel previgente art. 808 c.p.c., norma invocata dalla letteratura¹³² per concludere a favore della natura irrituale dell'arbitrato di lavoro sportivo.

Tali conclusioni non valgono con riguardo ai rapporti di lavoro non espressamente ricompresi nella legge n. 91 del 1981, ma a loro volta inerenti all'art. 409 c.p.c. In tal caso, oltre ad operare i consueti presupposti di ammissibilità dell'azione arbitrale, trovano attuazione gli artt. 412, 412-ter e -quater c.p.c.¹³³

Insomma, nonostante l'impossibilità di individuare *a priori* un preciso modello di riferimento, anche in questo caso i principi che presiedono il "diritto processuale arbitrale" devono essere rispettati¹³⁴.

¹²⁹ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrato dello sport*, cit., par. 6.

¹³⁰ Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26243, cit.

¹³¹ Peraltro non sarà mai necessaria l'autorizzazione sindacale all'arbitrato, ma sarà sufficiente che la convenzione venga posta nel contratto individuale per permettere alle parti il perseguimento della via privata e, di conseguenza, per fare dichiarare l'inammissibilità della domanda eventualmente proposta innanzi al giudice.

¹³² Sul punto SPADAFORA, *Diritto del lavoro sportivo*, cit., p. 270.

¹³³ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Quel che resta dell'arbitrato sportivo (dopo il nuovo CGS 2014)*, cit., p. 59.

¹³⁴ Si rimanda a quanto già esposto in precedenza. Si sottolinea solamente che alla luce del dettato legislativo sembrerebbe non ammissibile un arbitro unico, ma nei testi dei regolamenti arbitrali, come ad esempio quello AIC/LNPA, è prevista la possibilità di sostituire ai collegi un arbitro unico, qualora le parti siano d'accordo.

In particolare grande importanza deve essere data alla manifestazione del consenso, specialmente qualora la stipulazione del contratto individuale di lavoro si perfezioni mediante la sottoscrizione di un “modulo *standard*” predisposto, come avviene, per esempio, nel settore del calcio¹³⁵. In un simile caso, le esigenze protezionistiche caratterizzanti l’ambito laburistico si intrecciano con quelle del contenzioso consumeristico. Ne segue che la prova della bontà della manifestazione del consenso non risiede solo nella mera presenza di una doppia sottoscrizione¹³⁶ del patto compromissorio, bensì impone la necessità di avvalersi di un arbitrato amministrato, che garantisca l’applicazione del “diritto processuale arbitrale”. Questa è la strada in parte seguita nel settore calcistico, dove vige¹³⁷ un modello semi-amministrato di natura irrituale ibrida¹³⁸: il lodo può essere dichiarato esecutivo dal giudice ordinario, una volta esaurite le eventuali possibilità di impugnazione¹³⁹.

Altro requisito imprescindibile è la garanzia dell’imparzialità dell’organo giudicante, che nel caso di collegio arbitrale si traduce nell’equidistanza degli arbitri. In questa direzione si pone il regolamento di Serie B e anche della Lega Pro. Il primo lascia le parti libere di scegliere i due arbitri del collegio attingendo agli albi degli avvocati o ai magistrati in pensione. Il terzo giudicante è nominato dagli arbitri scelti dalle parti, facendo ricorso ad un elenco predisposto dalla Lega e dall’Aic; in difetto di accordo, si procede al sorteggio. Il secondo, invece, prevede che gli arbitri di parte vengano indi-

¹³⁵ RASIA, *Clausola compromissoria e controversie individuali nel sistema sportivo*, cit., pp. 647 ss.

¹³⁶ Anche se parte della giurisprudenza la reputa sufficiente: Cass., 9 aprile 1993, n. 4351, in *Riv. dir. sport.*, 1993, pp. 484 ss.; Cass., 1° agosto 2003, n. 11751, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, pp. 7-8.

¹³⁷ Ogni categoria prevede un proprio regolamento arbitrale, anche se le differenze sono relativamente minime e cadono in similarità, come evidenzia VIGORITI, *I nuovi regolamenti arbitrali per la definizione delle controversie del lavoro nel calcio*, cit., p. 1471; SPERDUTI, *I regolamenti dei collegi arbitrali nel calcio*, in *Riv. dir. econ. sport.*, 2012, pp. 129 ss.

¹³⁸ Come osserva RASIA, *Arbitrato sportivo*, cit., p. 566, che evidenzia la presenza di tre accordi collettivi distinti in base ai campionati.

¹³⁹ Cass., 19 agosto 2013, n. 19182, cit. Ogni singolo regolamento definisce in modo dettagliato le regole della procedura, delineando una specifica disciplina della fase introduttiva, istruttoria e deliberativa, ove è escluso, tra l’altro, il giudizio secondo equità. Ampiamente sul punto RASIA, *Arbitrato sportivo*, cit., pp. 566 ss.

viduati in appositi elenchi precostituiti, mentre il presidente venga designato fra i soggetti inseriti in un apposito elenco.

Infine, l'arbitrato prevede costi calmierati: sono contemplate spese di vertenza di entità minima e gli onorari variano a seconda dell'oggetto della lite e dei vari regolamenti.

7. *L'arbitrabilità delle controversie collettive di lavoro*

Un discorso a parte merita l'arbitrabilità delle controversie collettive.

Si tratta di un profilo poco analizzato dalla letteratura sia recente che passata¹⁴⁰.

Tale mancanza potrebbe essere giustificata, come rilevano gli interpreti, dal fatto che le parti collettive hanno sempre mostrato una certa diffidenza nei confronti dello strumento arbitrale, nella convinzione che rivolgersi a un soggetto terzo, come l'arbitro, equivalga ad «abbandonare volontariamente la propria autonomia collettiva, con costi irreparabili, nel lungo periodo, dal punto di vista della legittimazione»¹⁴¹.

Tale preoccupazione ha favorito il diffondersi di strumenti diversi, volti sia alla mediazione dei conflitti che all'amministrazione del contratto collettivo¹⁴².

Inoltre, specialmente nel passato, si poneva la questione della legittimazione e dell'interesse ad agire delle associazioni sindacali per la tutela dei contenuti normativi dei contratti collettivi, anche in ragione della non riconosciuta personalità giuridica di tali soggetti¹⁴³.

¹⁴⁰ GIUGNI, *L'evoluzione della contrattazione collettiva nella industria siderurgica e mineraria*, Milano, 1964, p. 60. Un esempio in tal senso si ha negli anni Ottanta del secolo scorso tramite il Protocollo IRI del 1985 e del 1986 e quello ENI e ASAP del 1989 e nel settore dei servizi pubblici locali prima dell'emanazione della legge del 11 giugno 1990, n. 146. Sul punto SANTONI, *Arbitrato e controversie collettive di lavoro*, in *Sull'arbitrato*, cit., pp. 812-813.

¹⁴¹ NOGLER, *I profili processuali dell'interpretazione del contratto collettivo*, in *Gior. dir. lav. e rel. ind.*, 1998, p. 769.

¹⁴² NOGLER, *L'amministrazione del contratto collettivo*, in CARINCI (a cura di), *Diritto del lavoro*, Torino, 2007, pp. 474 ss.

¹⁴³ Per una ampia ed esaustiva analisi si rimanda a CECHELLA, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, cit., pp. 600 ss.

Siffatte questioni sono oggi, in parte¹⁴⁴, superate: non è più posta in discussione, in capo all'associazione sindacale, la legittimazione ad agire sul piano processuale¹⁴⁵ e, quindi, la titolarità di una propria azione, avente ad oggetto il rapporto collettivo e diretta ad ottenere una tutela accertativa, costitutiva e di condanna. È stato anche risolto il problema dell'estensione soggettiva della pronuncia emessa nei confronti dell'associazione sindacale, la quale, grazie al nesso di pregiudizialità-dipendenza dei rapporti, si riflette anche sui singoli affiliati¹⁴⁶.

Se non si pone più il problema dell'esistenza di un'autonoma azione giurisdizionale in capo al sindacato, diviene, invece, cruciale definire il concetto di controversia collettiva¹⁴⁷ per potere concludere sull'ammissibilità dell'esperimento dell'azione arbitrale.

Si tende a distinguere¹⁴⁸, all'interno delle controversie collettive, i conflitti economici sugli interessi, riguardanti profili relativi al rinnovo dei contratti, dai conflitti sui diritti, relativi a vere e proprie controversie giuridiche, sorte ad esempio in caso di violazione di una disposizione del contratto collettivo oppure intorno ad una sua questione applicativa¹⁴⁹.

¹⁴⁴ Si discute, ancora, sulla titolarità del diritto di sciopero. Sul punto: CARINCI, *Il diritto di sciopero: la nouvelle vague all'assalto della titolarità individuale*, in *Gior. dir. lav.*, 2009, pp. 423 ss.; più permissivo ZOPPOLI, *La titolarità sindacale del diritto di sciopero*, Napoli, 2006.

¹⁴⁵ CECHELLA, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, cit., pp. 607 ss.

¹⁴⁶ LUISO, *Irretroattività degli effetti riflessi*, in *Riv. dir. proc.*, 1987, p. 318; GHEZZI, *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali*, Milano, 1963, p. 345; ROMAGNOLI, *Le associazioni sindacali nel processo civile*, Milano, 1969, pp. 84-85; SASSANI, *Clausole normative di contratto collettivo e azione del sindacato*, in *Giust. civ.*, 1984, I, p. 1863; *contra*, BORGHESI, *Contratto collettivo e processo*, Bologna, 1980, p. 131

¹⁴⁷ Come osserva SANTONI, *Arbitrato e controversie collettive di lavoro*, cit., p. 810.

¹⁴⁸ Utile ausilio per comprendere la distinzione deriva dalla linea di confine tracciata da Carnelutti tra arbitrato e arbitraggio (CARNELUTTI, *Arbitrato estero*, in *Studi di diritto processuale*, I, Padova, 1925, pp. 3 ss.).

¹⁴⁹ In questo caso, però, i diritti che possono essere tutelati sono unicamente quelli propri dell'associazione sindacale, derivanti dalla parte obbligatoria del contratto collettivo e non quelli relativi alla c.d. parte normativa. Questi ultimi, come rileva la dottrina (BORGHESI, *Contratto collettivo e processo*, cit., p. 128) sono di titolarità del singolo lavoratore.

Tale distinguo non è sempre netto: talvolta il conflitto su diritti tende a trasformarsi in conflitto sugli interessi¹⁵⁰, poiché le dispute di carattere interpretativo sulle clausole di un contratto collettivo divengono occasione per formulare una nuova regola. Ciò accade, come è osservato dalla dottrina¹⁵¹, quando la funzione di giudizio è attribuita agli stessi soggetti cui compete la definizione della regola collettiva, come nel caso delle commissioni paritetiche. Quando si configurara una simile situazione è inappropriato parlare di arbitrato, poiché manca l'esistenza di un procedimento guidato da un soggetto terzo e imparziale.

L'impossibilità di delineare un vero e proprio confine tra i due aspetti è evidente nel Testo Unico sulla rappresentanza firmato da Confindustria, Cigl, Cisl e Uil il 10 gennaio 2014¹⁵², modificato tra-

¹⁵⁰ CECHELLA, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, cit., p. 615; *contra* CORAZZA, *Il nuovo conflitto collettivo*, Milano, 2012, pp. 37 ss.

¹⁵¹ CORAZZA, *Il nuovo conflitto collettivo*, cit., p. 38.

¹⁵² Esso colma una lacuna del nostro ordinamento lasciata aperta dalla mancata attuazione dell'art. 39 Cost. La disciplina citata enuncia, nella sua prima parte, la «misura e certificazione della rappresentanza ai fini della contrattazione collettiva nazionale di categoria» e, nella seconda, la «regolamentazione della rappresentanza in azienda» e, nella terza, la «titolarità ed efficacia della contrattazione collettiva nazionale di categoria». È, altresì, prevista una quarta parte di carattere sanzionatorio, ove sono incluse procedure di conciliazione e arbitrato. Queste ultime operano su un duplice piano, uno legato alla fase di transizione e uno connesso alla messa a regime del sistema. Il fine della procedura arbitrale è quello di decidere su «eventuali comportamenti non conformi agli accordi». Viene, quindi, previsto l'obbligo in capo alle organizzazioni di categoria, appartenenti a una delle confederazioni firmatarie dell'accordo, di richiedere alle proprie confederazioni la costituzione di un collegio di conciliazione e di arbitrato composto, pariteticamente, da un rappresentante delle organizzazioni sindacali confederali interessate e da altrettanti rappresentanti della Confindustria, nonché da un ulteriore membro, che riveste la carica di Presidente, individuato di comune accordo o a sorteggio fra esperti indicati in una apposita lista. La decisione del collegio deve pervenire entro dieci giorni e deve contenere le misure volte a sanzionare l'inadempimento degli obblighi assunti con l'accordo. Una volta terminata la fase di transizione, viene prevista la istituzionalizzazione di dette procedure, poiché il Testo Unico istituisce una Commissione interconfederale permanente con lo scopo di monitorarle. Ampliamente sul punto, BORGHESI, *Autotutela, giurisdizione, deflazione del contenzioso*, in *Lav. e dir.*, 2014, pp. 302 ss., che pone in evidenza che si tratta proprio di una clausola compromissoria che si propone di vincolare le parti ad «una procedura arbitrale da svolgersi a livello interconfederale» e che sembrerebbe di natura rituale. Tuttavia, tale convenzione pone un problema di efficacia soggettiva, poiché la sottoscrizione della convenzione di arbitrato è di competenza delle confederazioni, mentre la legittimazione ad agire sembrerebbe attribuita alle «organizzazioni di categoria».

mite accordo delle menzionate sigle in data 4 luglio 2017, che si limita a richiamare il ricorso all'arbitrato in relazione ai comportamenti «non conformi agli accordi», senza specificare i contenuti della non conformità¹⁵³.

Tale contaminazione, invece, non si verifica nell'ordinamento americano¹⁵⁴, dove lo sviluppo del sistema arbitrale in materia di lavoro deve il suo germoglio proprio nel contesto collettivo¹⁵⁵. Oltreoceano si distingue tra «arbitrato su diritti», riconosciuto anche dalla Suprema Corte come procedimento sostitutivo del conflitto e «arbitrato sugli interessi», che riguarda controversie legate al rinnovo della contrattazione collettiva. Quest'ultimo rimane sostanzialmente non regolato¹⁵⁶. Si tratta di una ripartizione abbracciata anche nell'ordinamento tedesco¹⁵⁷ e in quello inglese¹⁵⁸ e che può rivelarsi

¹⁵³ CORAZZA, *Il conflitto collettivo nel Testo Unico sulla rappresentanza: prime note*, in *Dir. rel. ind.*, 2014, p. 16, ma anche p. 11, ove la stessa autrice parla di conflitti sui diritti.

¹⁵⁴ Come ricorda CORAZZA, *Il nuovo conflitto collettivo*, cit., p. 183.

¹⁵⁵ Il *Labor Arbitration* ha una storia antica: esso appare sulla scena delle relazioni industriali americane all'inizio del secolo scorso, anche se nelle sue prime manifestazioni assomigliava ad una forma ulteriore di negoziazione piuttosto che ad uno strumento in grado di risolvere il problema dell'*enforcement* del contratto collettivo. Il suo vero sviluppo si realizza nel periodo della Seconda guerra mondiale: è da qui che trae origine il *Labor management Relations Act (LMRA)* del 1947, che al § 301 riconosce la competenza delle giurisdizioni federali sulle controversie relative alle clausole derivanti dal contratto collettivo, sviluppando un meccanismo di sindacato giurisdizionale che ha favorito lo sviluppo dell'arbitrato. La tappa finale di questa evoluzione si deve ai celebri casi discussi dalla Suprema Corte nel 1960, i cc.dd. *Steelworkers Trilogy* (per una esaustiva disamina si rimanda a STONE, *The Steelworkers Trilogy and the evolution of labor arbitration*, 2004, consultabile in <http://ssrn.com/abstract=631343>; BOLOGNA, *La contrattazione collettiva negli Stati Uniti dal Wagner Act ai nostri giorni*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, pp. 441 ss.).

¹⁵⁶ Come pone in evidenza GOULD, *A prime on American Labor Law*, Cambridge, 1993. Egli osserva che la diffusione riguarda specialmente l'arbitrato sui termini del contratto, che si traduce in un'attività interpretativa del contratto collettivo. Egli precisa, tuttavia, che le procedure arbitrali che intervengono sui conflitti riguardanti gli interessi si ritrovano tutt'al più nell'ambito dello sciopero nei servizi pubblici essenziali.

¹⁵⁷ Sul punto KOCHER, *Arbitrato e conciliazione nel diritto del lavoro tedesco*, cit., pp. 487 ss., che ricorda come l'arbitrato trovi effettiva attuazione solo nel contesto collettivo, grazie all'espressa enunciazione contenuta nel §101 ArbGG.

¹⁵⁸ GOODMAN, *La conciliazione collettiva e l'arbitrato in Gran Bretagna. L'esperienza ACAS*, in *Dir. lav. e rel. ind.*, 2010, pp. 491 ss.

utile ai fini della mia indagine¹⁵⁹, perché, come è stato osservato¹⁶⁰, questa distinzione serve per comprendere quali diritti creati dall'attività del sindacato, mediante il contratto collettivo, possono considerarsi posizioni giuridiche soggettive piene nel quadro dell'ordinamento statuale. Inoltre, l'applicazione dell'arbitrato ai meri conflitti di interessi¹⁶¹ rischia di determinare un'indebita «manomissione dello stesso diritto di sciopero»¹⁶². Non a caso, nell'esperienza inglese, l'arbitrato concernente le controversie relative agli interessi non si pone come primario obiettivo la determinazione della ragione o del torto¹⁶³, bensì di favorire l'accordo delle parti.

Avvalendomi della menzionata distinzione ritengo che l'azione arbitrale sia ammissibile solo con riguardo alle controversie su diritti, a meno che non sussista una contaminazione inscindibile tra i due profili, che porta, a rigore di logica, a disconoscere la stessa esistenza dell'interesse¹⁶⁴. Quando ciò si verifica l'azione arbitrale è ammissibile.

Alla luce di queste osservazioni, non vi sono ragioni per escludere la compromettibilità delle controversie collettive, anche even-

¹⁵⁹ Come già osservava GIUGNI, *L'evoluzione della contrattazione collettiva nelle industrie siderurgica e mineraria*, cit., p. 60.

¹⁶⁰ Così rileva KAHN-FREUD, ricordato da CORAZZA, *Il nuovo conflitto collettivo*, cit., p. 37.

¹⁶¹ CASALE, *L'arbitrato nelle controversie di diritto del lavoro*, cit., p. 134, che ritiene meglio adattabile lo strumento conciliativo a siffatte controversie.

¹⁶² GIUGNI, *L'evoluzione della contrattazione collettiva*, cit., p. 60. Non a caso la letteratura tende a disconoscere alla Commissione di garanzia e sciopero il potere di svolgere un ruolo arbitrale durante lo svolgimento dei conflitti sindacali. Al contempo è pur vero che l'art. 13, lett. b), l. n. 146 del 1990 attribuisce alla Commissione la possibilità di emanare un «lodo sul merito della controversia». Si tratta di un lodo improprio, poiché svolge una mera funzione integrativa della volontà negoziale e non risolve la lite. Sul punto SANTONI, *Arbitrato e controversie collettive di lavoro*, cit., pp. 816 ss., in particolare p. 817, che, invece, ritiene che sia possibile qualificare come giudizio arbitrale quello enunciato alla lett. a). Non credo che tale impostazione possa essere accolta. Malgrado sia attribuita alla Commissione la possibilità, esperita senza successo una fase preliminare volta alla ricerca di un accordo tra le parti, di emanare la provvisoria regolamentazione per superare uno stallo negoziale, non è possibile parlare di vero e proprio arbitrato, secondo l'interpretazione accolta nella prima parte del presente lavoro. Manca infatti l'esistenza di un procedimento svolto nel contraddittorio tra le parti.

¹⁶³ GOODMAN, *La conciliazione collettiva*, cit., pp. 509-510.

¹⁶⁴ Sul punto GRANDI, *Arbitrato nelle controversie di lavoro*, cit., par. 13.

tualmente quelle aventi a oggetto interessi, purché detto interesse si incarni in una posizione giuridica soggettiva, elemento imprescindibile per l'operare dell'azione arbitrale. Quest'ultima sarà sostanzialmente "libera"¹⁶⁵, non ponendosi in tale contesto alcuna esigenza di riequilibrare il potere contrattuale delle parti¹⁶⁶.

8. *Sintesi e conclusioni: l'ansia di regolamentazione disorienta il lavoratore*

L'art. 806 c.p.c. (e anche l'art. 5, l. 533 del 1973) sancisce l'arbitrabilità delle controversie di lavoro, qualora sia presente una preventiva autorizzazione da parte della legge o dai contratti o accordi collettivi.

Si è dimostrato che rimangono escluse dalla sua applicazione solamente quelle posizioni giuridiche soggettive finalizzate a tutelare la persona-lavoratore.

Esclusi siffatti diritti, che ho potuto delimitare grazie anche all'elaborazione europea, non vi sono ostacoli, alla luce della disciplina sostanziale, ad includere il diritto del lavoro all'interno dell'ordine pubblico di protezione e, quindi, in quello arbitrale. L'interesse tutelato dalle norme inderogabili non risponde a quello generale della collettività, bensì è diretto alla tutela del lavoratore, soggetto debole del rapporto contrattuale. La legge gli impedisce solo di disporre validamente dei propri diritti attraverso accordi che, pur voluti, possano rivelarsi pregiudizievoli della propria posizione giuridica soggettiva.

¹⁶⁵ Nella legislazione spagnola, però, si prevede che la procedura sia avviata su richiesta delle parti; l'inattività di entrambe o solo la resistenza di una di esse è sufficiente a escludere il ricorso alla procedura arbitrale. Sul punto VILLALÓN, *Testo e contesto della riforma spagnola della contrattazione collettiva del 2011*, in *Dir. lav. e rel. ind.*, 2011, p. 252.

¹⁶⁶ Come evidenzia GRODIN, *Labor arbitration: past, present, and future: on the interface between labor and employment law*, 1998, reperibile in *LexisNexis Academic*. Tuttavia, BORGHESI, *Autotutela, giurisdizione, deflazione del contenzioso*, cit., p. 307, osserva che nella realtà la parità delle armi non esiste, poiché raramente nelle controversie si vedono schierate le Confederazioni sindacali unitamente considerate e Confindustria.

Raggiunto questo risultato, in forza della ricostruzione generale proposta, ho dedotto che la protezione che le norme di diritto sostanziale predispongono per la tutela del diritto si ripercuote sulle modalità attuative del processo arbitrale. Esso può essere ammesso solo in forza di una previsione della contrattazione collettiva o della legge. Questi elementi integrano il “diritto processuale arbitrale” che deve trovare applicazione.

In tale modo la volontà di scelta del lavoratore è fortemente limitata, poiché l'assenza dei requisiti *de quibus* esclude il dispiegarsi di un valido accertamento: il lodo eventualmente emesso in loro assenza sarà invalido.

Il legislatore, però, non si accontenta di decidere le modalità di manifestazione del consenso alla scelta arbitrale, ma delinea, almeno negli arbitrati da legge, una stringente normativa.

In questo settore, per espressa volontà del legislatore, trova parziale deroga il principio enucleato nei precedenti capitoli: la scelta consapevole o comunque vincolata ai dettati normativi non costituisce lo spartiacque per verificare gli ulteriori criteri che connotano il “diritto processuale arbitrale”. Tale peculiarità caratterizza anche l'arbitrato sindacale e, pur nel rispetto dei propri elementi distintivi, quello sportivo.

Appare evidente, dunque, nella disciplina arbitrale un'ansia di regolamentazione, che, in verità, trova già attuazione nella normativa di stampo sostanziale. Se è vero, come credo, che sussista una stretta inerenza tra l'azione arbitrale e il diritto, è naturale che la minuziosa disciplina sostanziale si riverberi nelle modalità procedurali dell'accertamento della posizione giuridica soggettiva.

Tuttavia, la menzionata preoccupazione non si traduce sempre in una disciplina organica ed esauriente, come dimostra la normativa relativa al pagamento degli onorari degli arbitri e soprattutto la qualificazione attribuita al provvedimento arbitrale.

Inoltre, è innegabile che la molteplicità dei modelli possa disorientare il lavoratore e, dunque, costituire un limite al ricorso alla giustizia privata.

Sarebbe più coerente e razionale con le esigenze di protezione insite nella natura dei diritti dei lavoratori abbracciare un unico tipo di arbitrato, in particolare quello rituale, lasciando, semmai, all'au-

tonomia collettiva¹⁶⁷ il potere di introdurre aggiustamenti e modifiche.

È, infatti, destituita di ogni fondamento l'idea che l'arbitrato rituale non sia in grado di offrire una flessibilità regolamentativa pari a quello irrituale. Come osserva una parte della dottrina «le norme sul procedimento, per larga parte derogabili, lasciano ampio spazio di manovra specie se interpretate con “argomenti orientati alle conseguenze”»¹⁶⁸, che, nel caso in esame, devono tenere conto delle esigenze di protezione del lavoratore, suggellate¹⁶⁹ anche all'interno della Carta costituzionale.

¹⁶⁷ La dottrina osserva (ROMAGNOLI, *Giuristi del lavoro*, Roma, 2009, p. 33) che «è assolutamente pacifico che, almeno da quando esistono i sindacati e i contratti collettivi, la fonte regolativa primaria del rapporto risiede nella volontà delle parti».

¹⁶⁸ ZUCCONI GALLI FONSECA, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, cit., p. 481. In questa direzione si muove anche il lavoro condotto dalla Commissione presieduta da Guido Alpa, sul punto AA.Vv., *Un progetto di riforma delle Adr*, Napoli, 2017.

¹⁶⁹ BIAVATI, *L'arbitrato nelle controversie sportive*, cit., pp. 574-575, parlando dell'arbitrato del lavoro sportivo, ma si tratta di una affermazione facilmente estensibile all'arbitrato del lavoro “tradizionale”.

CAPITOLO IV

ARBITRATO E CONTROVERSIE ENDOSOCIETARIE

1. *La peculiarità del fenomeno organizzativo-societario. Le esegesi in materia di arbitrabilità dei diritti*

La bontà della tesi enunciata trova terreno fertile in ambito societario, microcosmo, ove entrano in gioco una molteplicità di diritti, bisognosi di protezione paritaria.

Se da una parte è difficile scindere il diritto del singolo socio¹ da quello che fa capo alla società², dall'altra, come osserva la dottrina, gli stessi canoni sanciti per l'amministrazione dell'organismo societario sono essenzialmente dettati a presidio degli interessi dei creditori sociali e, più in generale, dei terzi³.

Tale peculiarità ha condizionato l'interpretazione in materia di arbitrabilità dei diritti, conducendo la giurisprudenza a ritenere passibili di arbitrato solo le controversie che riguardino gli interessi dei soci⁴;

¹ DE FERRA, *Clausole arbitrali nel diritto delle società*, in *Riv. arb.*, 1995, p. 191.

² BUONOCORE, *Le situazioni soggettive dell'azionista*, Napoli, 1960, *passim*, che considera come indisponibile da parte della maggioranza unicamente lo *status* di socio; PELLIZZI, *Sui poteri indisponibili della maggioranza assembleare*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, pp. 136 ss.

³ BUONOCORE, *Le situazioni soggettive dell'azionista*, cit., p. 25; MARASÀ, *Le società. Le società in generale*, in IUDICA, ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2000, p. 23.

⁴ *Ex multis*, Cass., 30 ottobre 2012, n. 18671, in *Giur. it.*, 2013, pp. 1355 ss.; Trib. Novara, 20 aprile 2010, in *Società*, 2010, pp. 909 ss.; Trib. Prato, 19 marzo

escludendo, viceversa, quelle che coinvolgono le posizioni giuridiche soggettive della società e dei terzi. In sostanza, la superindividualità costituisce per i giudici un ostacolo per l'effettivo operare dell'azione arbitrale⁵.

Tuttavia, come è stato più volte ribadito dagli interpreti, è alquanto arduo, se non impossibile, individuare liti che, all'interno del contesto societario, non siano caratterizzate da un respiro superindividuale⁶. La stessa controversia in materia di diritto agli utili ne è una palese dimostrazione: pur trattandosi secondo i più di un vero e proprio diritto soggettivo del singolo socio, l'utile è in grado di garantire la tutela di un interesse superindividuale, poiché l'annullamento della relativa delibera ha efficacia nei confronti degli altri soci⁷.

In questo scenario si inserisce il d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 5, che introduce per la prima volta in ambito societario, un vero e proprio «arbitrato da legge»⁸. La complessa disciplina delineata⁹, unita all'ina-

2009, in *Riv. arb.*, 2009, pp. 323 ss.; Trib. Lucca, 11 gennaio 2005, in *Giur. mer.*, 2005, pp. 2662 ss.; Trib. Milano, ord., 4 ottobre 2005, in *Giur. comm.*, 2006, II, pp. 1128 ss.; Trib. Napoli, 30 settembre 2005, in *Corr. mer.*, 2005, pp. 1138 ss.

⁵ Tale lettura si pone in evidente antitesi rispetto al favore oramai affermato dal legislatore nei confronti dell'arbitrato come adeguato strumento per la tutela del gruppo, al punto da condizionare il riconoscimento di alcuni consorzi all'inserimento di clausole arbitrali nei relativi statuti (cfr. l'art. 2 del d.m. 16 dicembre 2010 che subordina il riconoscimento ministeriale dei consorzi tutela vini igt/Doc/Docg all'inserimento di clausole arbitrali nei relativi statuti). Di questa consapevolezza sembra, invece, tenere conto, Cass., 23 febbraio 2005, n. 3772, in *Società*, 2006, p. 637, con nota di SOLDATI; in *Riv. arb.*, 2006, p. 297, con nota di GROPPOLI.

⁶ TETI, *L'arbitrato nelle società*, in *Riv. arb.*, 1993, pp. 301 ss.; CAPELLI, *L'efficacia delle clausole compromissorie statutarie nelle controversie in materia di bilanci*, in *Società*, 2014, p. 348.

⁷ FRE, SBISÀ, *Società per azioni*, I, in GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1997, p. 742.

⁸ Nella precedente legislatura sono stati stilati diversi progetti di legge in materia di arbitrato societario, come ricorda puntualmente CERRATO, *Arbitrato societario: è tempo di una riforma*, in *Riv. arb.*, 2015, pp. 611 ss. Sul punto si rimanda anche al lavoro della Commissione preceduta da Guido Alpa, riassunta nel contributo di AA.VV., *Un progetto di riforma delle Adr*, Napoli, 2017, pp. 39 ss.

⁹ Le cui criticità sono evidenziate, tra gli altri, da DALMOTTO, *Per la semplificazione del quadro normativo in tema di arbitrato nelle società*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, pp. 981 ss.; MONTALENTI, *Arbitrato e impresa tra istituti consolidati e prospettive di riforma*, in *Il nuovo dir. soc.*, 2014, pp. 9 ss.; CERRATO, *La clausola per arbitrato societario in Italia: questioni (ancora) aperte*, in CERRATO, VILLANO, MONTALENTI (a cura di), *L'arbitrato societario in Spagna e in Italia. Un'analisi com-*

deguatezza della elaborazione della giurisprudenza, conduce la dottrina a ripudiare il criterio ermeneutico elaborato dalle Corti ed a delineare un concetto di arbitrabilità specifico per il contesto societario.

Secondo alcuni devono considerarsi compromettibili tutte quelle controversie in cui le parti abbiano la disponibilità dell'azione¹⁰, anche se manca quella dei diritti sottostanti; secondo altri, invece, è opportuno cogliere il concetto di arbitrabilità del diritto sul piano dell'agire corporativo¹¹, tanto che si ritiene che «ciò che è socialmente decidibile è, altresì, arbitrabile»¹².

Taluni¹³, inoltre, ritengono che l'intervento officioso dell'autorità pubblica precluda al titolare la «facoltà di compiere, attraverso

parata, in *Giur. it.*, VI, 2014, pp. 1522 ss.; GRAZIOSI, *Dall'arbitrato societario al tribunale delle imprese: a dieci anni dalla riforma del diritto societario*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, pp. 77 ss.

¹⁰ CHIARLONI, *Appunti sulle controversie deducibili in arbitrato societario e sulla natura del lodo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, p. 131; SALVANESCHI, *Arbitrato*, in CHIARLONI (a cura di), *Commentario al c.p.c.*, Bologna, 2014, pp. 9 ss., e nello specifico si rimanda anche a p. 32, ove l'a. afferma che la disponibilità che rileva in campo societario è quella della volontà collettiva.

¹¹ Traendo spunto da tale assunto vi è chi sostiene (GUIZZI, *Note minime in punto di deliberazioni assembleari, invalidità del bilancio e compromettibilità in arbitri*, in *Società*, 2011, p. 342) che sia disponibile solo quel diritto di cui la maggioranza possa disporre anche contro la volontà del suo titolare. Sul punto, però, G. AULETTA, *Deferimento ad arbitri della controversia sull'esclusione dei soci*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, pp. 1110 ss., che, disconoscendo la nozione di interesse sociale come coincidente con quello dei soci, evidenzia che vi sono diritti individuali dei soci di cui, la maggioranza non può disporre, ma che sono al contempo pienamente disponibili, *rectius* arbitrabili.

¹² Come osserva ZOPPINI, *I «diritti disponibili relativi al rapporto sociale» nel nuovo arbitrato societario*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 1181. Sulla stessa linea, CAPELLI, *La disponibilità dei diritti nelle controversie societarie*, in *Riv. dir. soc.*, 2011, pp. 670 ss.; DONATIVI, *L'arbitrato societario. Presupposti di compromettibilità*, in COSTI (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, XV, Torino, 2015, pp. 68 ss., e in part. pp. 119-120, il quale, partendo dall'assunto che la disponibilità è un concetto a «geometria variabile», ritiene che possano essere devolute al giudizio di arbitri le «situazioni giuridiche soggettive rispetto alle quali la società, e per essa il gruppo organizzato, abbia competenza a dettare regole organizzative vincolanti per tutti gli esponenti del medesimo gruppo organizzato». Egli conclude, quindi, che la nozione di «diritto indisponibile» costituisce un confine «al potere di disposizione» della società e non un limite alla compromettibilità in quanto tale.

¹³ In questa direzione si pone CERRATO, *La clausola compromissoria nelle società*, Torino, 2012, pp. 212 ss., che, nonostante la sua ferma negazione, finisce, a mio avviso, per abbracciare l'interpretazione invalsa dalla giurisprudenza sugli interessi in gioco.

la propria condotta passiva, un atto abdicativo del diritto [...], e quindi, in ultima analisi, la possibilità di ricorrere allo strumento arbitrale». Secondo questa esegesi sia l'obbligo dell'azione civile che la rilevabilità d'ufficio dei fatti estintivi, modificativi o impeditivi del diritto costituiscono indici rilevatori della non compromettibilità della lite in ambito societario.

Infine, una parte della dottrina ritiene che, in linea generale, in detto campo il criterio della disponibilità del diritto debba considerarsi superato, ad esclusione delle controversie tra soci e tra questi ultimi e la società¹⁴. Tale esegesi, in verità, trova sviluppo non solo all'interno del nostro ordinamento: anche nella esperienza spagnola, che abbraccia un modello di disciplina arbitrale simile al nostro ordinamento, si assiste alla diffusione di questa interpretazione¹⁵.

¹⁴ E.F. RICCI, *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, p. 521; *contra*, già ai tempi della legge delega, che in realtà, come noto, apriva in detta direzione: RUFFINI, *Arbitrato e disponibilità dei diritti nella legge delega per la riforma del diritto societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, pp. 145 ss.; CRISCUOLO, *L'opzione arbitrale nella legge delega per la riforma della società*, in *Riv. arb.*, 2002, p. 45, che qualifica come «abnorme» una simile previsione; FAZZALARI, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Riv. arb.* 2002, p. 444; DALMOTTO, *Riduzione dei poteri delle parti in arbitrato e regola dell'estensione della compromettibilità: le liti endosocietarie*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2016, pp. 85 ss., che ritiene superabile il limite della disponibilità, salvo i casi connotati dall'intervento del pubblico ministero. In questa direzione, a mio avviso, si può inserire anche il pensiero di CORAPI, *La provincia dell'arbitrato societario nel diritto comparato*, in *Riv. arb.*, 2017, p. 218, che pur ritenendo valido il criterio della disponibilità, afferma che tutti i rapporti patrimoniali sono arbitrabili.

¹⁵ Sul punto: VISCASILLAS, *L'arbitrato societario in Spagna: una panoramica*, in *L'arbitrato societario in Spagna e in Italia. Un'analisi comparata*, cit., pp. 1535 ss. e in giurisprudenza: *Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife*, 4 luglio 2011, in *Jur.*, 2011, 378779, ove si legge che la materia delle impugnative di delibere societarie è materia pienamente arbitrabile «*sin ningún tipo de limitación*». In senso favorevole, anche prima della novella del 2011, Tribunale Supremo spagnolo, 18 aprile 1998, n. 355, in *Riv. arb.*, 2000, p. 127, con nota di PIERRELLA. In senso opposto: OLIVENCIA RUIZ, *Artículo 11 bis. Arbitraje estatutario*, in GONZALEZ SORIA (a cura di), *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*, Cizur Menor, 2011, p. 178, che richiama la giurisprudenza contraria all'arbitrabilità delle impugnative di deliberazioni nulle per contrarietà all'ordine pubblico oppure pregiudizievoli per il terzo.

2. *L'inconferenza della tesi abbracciata dalla giurisprudenza e i limiti delle elaborazioni dottrinali. La centralità del diritto che entra in gioco nella dimensione societaria*

Se appare indiscutibile che le interpretazioni dottrinali abbiano il pregio di superare una lettura giurisprudenziale contraddittoria del dettato normativo, esse, a mio avviso, non riescono comunque a cogliere nel segno. Per comprendere l'operare dell'azione arbitrale all'interno del contesto societario è necessario essere consapevoli dell'impossibilità di ricondurre i diritti dei soci allo schema del diritto soggettivo individuale¹⁶. Al contempo non è neppure ragionevole, alla luce di una chiara previsione legislativa, delineare un concetto di arbitrabilità avulso dai limiti individuati dall'art. 806 c.p.c., come sembrerebbero indirizzarsi quelle esegesi che, oltre a ritenere superato il criterio della disponibilità, ricollegano quest'ultimo a ciò che è socialmente decidibile.

Come è noto i numerosi studi in materia di posizione giuridiche dell'azionista¹⁷ hanno evidenziato, da una parte, palesi difficoltà a individuare quali siano le situazioni che in concreto possono essere ricondotte al concetto di diritto¹⁸ e, dall'altra, hanno posto in luce che il valore collettivo del fenomeno societario è incompatibile con gli schemi concettuali tipicamente individualistici. È stato correttamente rilevato che l'utilizzo di nozioni permeate sul valore del singolo appaiono inadeguate all'interno del contesto societario. Infatti, la regola organizzativa, in quanto norma di azione, opera con riguardo ai comportamenti in essa previsti in termini diversi rispetto a quelli relativi ai rapporti intersoggettivi¹⁹.

¹⁶ ANGELICI, voce *Società per azioni e in accomandita per azioni*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, pp. 981 ss.

¹⁷ Punto di riferimento di detti studi è sicuramente BUONOCORE, *Le situazioni soggettive dell'azionista*, cit.; ma ancora prima VIGHI, *I diritti individuali degli azionisti*, Parma, 1902.

¹⁸ Ed ancora ci si è chiesti se tali diritti possano essere qualificati come diritti reali o diritti di credito, oppure se siano in grado di fondare un *tertium genus*. Sul punto ANGELICI, voce *Società per azioni e in accomandita per azioni*, cit., pp. 981 ss.; CORAPI, *Gli statuti delle società per azioni*, Milano, 1971, p. 253.

¹⁹ ANGELICI, voce *Società per azioni e in accomandita per azioni*, cit., p. 982.

La difficoltà di delineare una nozione di diritto all'interno di detto ambito è anche diretta conseguenza della fumosità del concetto di "interesse sociale", la cui qualificazione dipende, a sua volta, da quella che si reputa di accogliere di persona giuridica²⁰. Come noto, in questa materia si fronteggiano due diverse ricostruzioni²¹, che nel tempo hanno subito successive modificazioni e aggiornamenti.

Alla luce di tali sviluppi, vi sono, da un lato, le teorie che ravvisano nell'interesse sociale qualcosa di avulso rispetto a quello dei soci e, dall'altro lato, quelle che lo riconducono all'insieme degli interessi dei singoli. Quest'ultima concezione permette di porre in luce il fenomeno composito dell'interesse sociale, come insieme e ad un tempo intersecazione di interessi fra loro contrapposti²².

Indipendentemente dalla tesi che si reputa di abbracciare è indiscutibile che la situazione giuridica che trova tutela nel settore societario sia dotata di una propria peculiarità. Come meglio si vedrà discorrendo delle impugnative delle delibere assembleari, il socio agisce per un proprio interesse (*rectius*: diritto) che raramente può dirsi esclusivo, ma più spesso concorrente rispetto a quello degli altri partecipanti del gruppo²³. L'azione del socio può essere promossa sia per la salvaguardia di una propria situazione giuridica soggettiva, che per un generale interesse ad una corretta e legittima azione sociale²⁴, la cui tutela garantisce diretta protezione dei diritti

²⁰ F. GALGANO, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica (Studi per un libro sulle persone giuridiche)*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, pp. 553 ss.

²¹ Per una visione globale si cfr. COTTINO, *Contrattualismo ed istituzionalismo*, in *Riv. soc.*, 2005, pp. 693 ss.; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, III, 2, Padova, 2004, pp. 51 ss.; ASCARELLI, *L'interesse sociale dell'art. 2441 c.c.: teoria dei diritti individuali e sistema dei vizi delle delibere assembleari*, in *Riv. dir. soc.*, 1956, pp. 94 ss.; JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano, 1964; BERTACCHINI, *Oggetto sociale e interesse tutelato nelle società per azioni*, Milano, 1995.

²² Detta lettura non esclude che il singolo socio e talvolta la maggioranza e/o minoranza possano concretamente agire per la tutela delle posizioni giuridiche ad essi facenti capo. Non condivide questa impostazione Trib. Lucca, 11 gennaio 2005, in *Vita not.*, 2007, pp. 756 ss., che ritiene arbitrabili solo quei diritti di cui il socio può effettivamente disporre, indipendentemente dalla volontà dei singoli soci.

²³ Come sottolinea CARPI, *L'efficacia "ultra partes" della sentenza civile*, Milano, 1974, pp. 48 ss.

²⁴ Stesso discorso, a mio avviso, può essere esteso agli amministratori, ai sindaci e agli altri organi di controllo. Ma sul punto la dottrina è divisa. Cfr. *infra*.

dei soggetti terzi che subiscono l'influenza dell'agire corporativo. Ne consegue che qualsiasi situazione soggettiva del singolo socio si riflette sulla compagine sociale e sui terzi, ivi incluse quelle controversie che sembrerebbero essere legate alla qualifica di socio, come, per esempio, le liti relative al suo recesso o alla sua esclusione (artt. 2437 ss., 2473 e 2473-bis c.c.). La bontà di detto assunto risiede nella disciplina positiva, che si connota per un procedimento complesso diretto a tutelare in massimo grado l'integrità del patrimonio sociale e, in ultima analisi, l'interesse di tutti i soci e dei creditori alla stabilità e alla prosecuzione dell'impresa.

Affermare, quindi, che la superindividualità di un diritto esclude la sua disponibilità e, in ultima battuta, la sua arbitrabilità vuole dire disconoscere la stessa natura delle posizioni giuridiche soggettive proprie del microcosmo societario, oltre che il chiaro dettato normativo²⁵. La società, pur trovando origine nel sinallagma contrattuale, una volta costituita si emancipa da esso²⁶, come dimostrano le posizioni giuridiche che da essa scaturiscono²⁷. In altre parole, come è stato osservato²⁸, le sue origini contrattuali non valgono più, una volta nata, a definire la sua consistenza.

Giocoforza, la determinazione delle materie compromettibili non può subire indebite limitazioni a causa dell'impossibilità di delineare *tout court* un diritto di spettanza esclusiva del singolo. Al contempo, la superindividualità delle posizioni giuridiche soggettive influenza le modalità di esercizio del potere arbitrale²⁹, che, a sua

²⁵ Sul punto, Cass., 23 febbraio 2005, n. 3772, cit.

²⁶ Parla di fenomeno di gruppo G. FERRI, *Le società*, in *Trattato di diritto civile italiano*, fondato da VASSALLI, X, 3, Torino, 1987, p. 7.

²⁷ Come afferma anche BUONOCORE, *Le situazioni soggettive dell'azionista*, cit., p. 8, parlando dei diritti di spettanza al socio; F. GALGANO, *Le società in genere. Le società di persone*, in CICU, MESSINEO, MENGONI (a cura di) e continuato da SCHLESINGER, *Trattato di diritto civile e commerciale*, XXVIII, 2007, pp. 15-16.

²⁸ ANGELICI, *Le basi contrattuali della società per azioni*, in COLOMBO, PORTALE (a cura di), *Trattato delle società per azioni*, I, 1, Torino, 2004, p. 111. Ma sul punto anche CORAPI, *La provincia dell'arbitrato societario nel diritto comparato*, cit., p. 214.

²⁹ Lucide sono le parole di IRTI, *Il ritorno alle "Istituzioni di diritto civile"*, in *Giur. comm.*, 1998, II, pp. 151 ss., che evidenzia: «La tradizione dottrinarica del diritto civile [...] generatrice di concetti e schemi classificatori, si è svolta e consolidata insieme con il diritto civile, espandendosi, di volta in volta, ad altre discipline

volta, alla luce del chiaro richiamo alla «disponibilità del diritto», è condizionato dai limiti già individuati scorrendo dell'esegesi dell'art. 806 c.p.c.⁵⁰.

Alla luce di tali considerazioni è evidente che non sia possibile qualificare l'arbitrabilità attraverso il metro degli interessi⁵¹, che, come dimostrano le applicazioni giurisprudenziali, è foriero di evidenti contraddizioni. La revoca dei componenti degli organi sociali e la responsabilità di costoro per gli illeciti commessi nell'esercizio delle loro funzioni ne rappresentano, a mio avviso, una chiara dimostrazione⁵². Malgrado entrino in gioco norme poste a presidio di medesimi "interessi", la giurisprudenza considera compromettibili solo le azioni di responsabilità, in virtù della riconosciuta possibilità di transigere e di rinunciare alla relativa azione⁵³, sancita dal dettato normativo (art. 2393, comma 6°, c.c.).

Se così è, anche in ambito societario diviene fondamentale analizzare il diritto in contesa, tenendo conto che, in virtù dell'ambiente

e quasi configurando come un'officina comune a tutte le scienze giuridiche. Ma essa è rimasta quasi impenetrabile ai concetti di diritto commerciale, che provengono da un'altra tradizione e si collegano – come vedremo – a bisogni e rapporti diversi dall'economia».

⁵⁰ Così non ritengo che si possa costruire un concetto di arbitrabilità diverso, all'interno della stessa materia, a seconda del tipo di modello che trova attuazione, ovvero quello di diritto comune o speciale. Sul punto, ZOPPINI, *I «diritti disponibili relativi al rapporto sociale»*, cit., p. 1183. Un simile problema si poteva porre prima del superamento della tesi del doppio binario: sul punto, per una analisi di insieme, ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrato societario: la Cassazione respinge la tesi del "doppio binario"*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, p. 629; CERRATO, *La clausola compromissoria nelle società*, cit., pp. 15 ss.

⁵¹ BOGGIO, *Delibere assembleari e "diritti disponibili relativi al rapporto sociale"*, Milano, 2012, p. 150. Infatti la ricerca dell'interesse tutelato dalla norma appare sfuggente, come dimostrano le varie interpretazioni in tema di violazione del diritto di opzione (Cass., 23 marzo 1993, n. 3458, in *Giur. comm.*, 1994, II, p. 382, con nota di PICARDI, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, p. 10, con nota di COTTINO, in *Dir. fall.*, 1994, II, p. 478. Contraria per l'ipotesi di nullità, si rimanda a Cass., 13 gennaio 1987, n. 133, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, I, p. 746, con nota di ZANARONE; App. Milano, 29 luglio 1980, in *Giur. comm.*, 1981, II, p. 846, con nota di TANTINI).

⁵² Come già pone in luce BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri: studio di diritto italiano e comparato*, II, Torino, 1999, p. 225; BOVE, *La giustizia privata*, Milano, 2015, p. 330.

⁵³ A titolo esemplificativo, Cass., 12 settembre 2011, n. 18600, in *DeJure*, in tema di azione di revoca dell'amministratore in una società in accomandita semplice e a Cass., 18 maggio 2007, n. 11658, ivi, in tema di azione di responsabilità.

in cui si trova ad operare, esso è inevitabilmente connotato da una dimensione ultraindividuale.

Date queste premesse, nelle pagine che seguono è mia intenzione saggiare la tesi interpretativa enucleata nella parte generale attraverso l'analisi della *vexata quaestio* delle impugnative delle delibere assembleari. La definizione di tale profilo consentirà di offrire la chiave di lettura per sciogliere i dubbi interpretativi relativi alle fattispecie che non verranno affrontate direttamente.

Infine, l'indagine si soffermerà su quei diritti che non ammettono il ricorso all'azione arbitrale.

Si precisa che lo studio riguarderà soprattutto la società per azioni. Al contempo, alla luce dell'espresso divieto contenuto nell'art. 34 del d.lgs. n. 5 del 2003, la disamina non riguarderà le società che fanno ricorso al mercato di capitale di rischio a norma dell'art. 2325-bis c.c.³⁴. Seppure esso non si traduca in un limite all'arbitrabilità del diritto – come meglio dirò nel proseguo – ma incida sulle modalità di esplicazione del processo arbitrale³⁵, si ritiene utile con-

³⁴ Rientrano, invece, nell'ambito di applicazione le società commerciali di persona, mentre si debbono ritenere escluse quelle non commerciali. In questa direzione si pone il disegno di legge n. 2284 del 2016, ove è previsto che venga precisato che l'arbitrato societario possa trovare applicazioni per tutte le società che siano iscritte nel registro delle imprese (art. 1, comma 1°, sott. e).1).

³⁵ Infatti l'investitore deve essere avvicinato più propriamente a un consumatore, come osserva CHIARLONI, *Appunti sulle controversie deducibili in arbitrato societario*, cit., pp. 126-127 (in senso contrario, CORSINI, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Giur. it.*, 2003, VI, pp. 1290 ss.). Su tale aspetto, però, si rimanda anche a HANOTIAU, *L'arbitrabilité des litiges en matière de droit des sociétés*, in *Liber amicorum Reymond*, Paris, 2004, p. 99, che dà conto dell'ammissibilità nell'ordinamento americano di un arbitrato societario relativo a una società quotata in borsa; sul punto si veda anche VAN GORDER, *Boilermakers v. Chevron: are board adept arbitration bylaws valid under the Delaware general corporation law?*, consultabile in *Lexis Nexis Academy*; ma in senso contrario recentemente LIPTON, *Manufactured consent: the problem of arbitration clauses in corporate Charters and Bylaws*, reperibile in *www.ssrn.it*. Alcuni limitazione è prevista nella disciplina dell'arbitrato societario spagnolo: l'art. 11-bis *Ley* n. 30 del 2003 non introduce un divieto simile al nostro, tanto che gli interpreti ritengono che la disciplina dell'arbitrato societario trovi applicazione anche alle società per azioni quotate. Si aggiunga che in detto ordinamento, per espressa previsione legislativa, l'arbitrato societario trova applicazione solo con riguardo alle società di capitali (sul punto VISCASILLAS, *L'arbitrato societario in Spagna*, cit., p. 1536).

centrarsi sul dettato del d.lgs. n. 5 del 2003, che costituisce il punto di riferimento del contenzioso endosocietario.

3. *Le impugnative delle delibere assembleari. Uno sguardo d'insieme*

I numerosi contributi dottrinali e la vastità delle pronunce giurisprudenziali³⁶ evidenziano come il cuore del contenzioso endosocietario sia riconducibile alla problematica delle impugnative delle delibere assembleari. Se molti ordinamenti europei³⁷, e non solo, non vedono ostacoli a ritenere ammissibile l'azione arbitrale con riguardo a queste controversie, nel nostro sistema giuridico non vi sono uniformità di vedute³⁸.

³⁶ BOGGIO, *Delibere assembleari*, cit., pp. 26 ss.

³⁷ CORAPI, *La provincia dell'arbitrato societario nel diritto comparato*, cit., *passim*.

³⁸ Per una panoramica generale, VISCASILLAS, *Arbitrability of (Intra-) Corporate Disputes*, in MISTELIS, BREKOULAKIS (ed.), *Arbitrability*, Alphen aan den Rijn, 2009, pp. 279 ss. e HANOTIAU, *L'arbitrabilité des litiges en matière de droit des sociétés*, cit., p. 97. Diversamente per una specifica analisi, per quanto concerne l'ordinamento inglese, KIRRY, *Arbitrability: current trends in Europe*, in *Yearbook of comm. arb.*, 1996, p. 450, per l'ordinamento francese, si rimanda a COHEN, *Arbitrage et société*, LGDJ, 1993; DEVOLVÈ, ROUCHE, POINTON, *French arbitration law and practice*, The Hague, 2003, p. 39 e i riferimenti che in seguito si faranno nelle successive note, ove si ammette la compromettibilità anche per le ipotesi più gravi; nella stessa direzione anche l'ordinamento belga CAPRASSE, *Les sociétés et l'arbitrage*, LGDJ, 2002, pp. 135 ss., pp. 165 ss. (questo ordinamento ha ricevuto di recente una rivisitazione della disciplina arbitrale: ora è stabilito, da una parte, che ogni credito pecuniario possa essere oggetto di arbitrato e, dall'altra, che i crediti non pecuniari consentano il ricorso all'arbitrato solo qualora sia consentito anche un accordo transattivo. Sul punto si rimanda all'analisi di PIERS, DE MEULEMEESTER, *A new arbitration law for Belgium: Uncitral enters the scene*, in *Am Rev. Int'l Arb.*, 2014, pp. 63 ss., consultabile in *Lexis Nexis Academy*); sulla nullità del contratto sociale, BENOIT, MOURY, MATRAY, *L'arbitrage et les droit des sociétés*, in *Rev. arb.*, 1978, p. 6. Per quanto riguarda, invece, l'ordinamento spagnolo, richiamando quando ho già detto, si rileva che l'art. 11-bis, comma 3°, prevede che «*Los estatutos sociales podrán establecer que la impugnación de los acuerdos sociales por los socios o administradores quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros, encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una institución arbitral*». In sostanza, pur introducendo una specifica tecnica del processo arbitrale, non adotta alcuna distinzio-

Si fronteggiano, in estrema sintesi, due diverse opzioni: da un lato, alcuni autori³⁹ ritengono che la riforma societaria contemplata dal d.lgs. n. 5 del 2003 abbia dipanato la questione, in virtù degli espressi richiami alle delibere assembleari contenuti negli artt. 34 e 35 del menzionato decreto, dall'altro lato, la giurisprudenza e la dottrina maggioritaria⁴⁰ reputano che il dettato normativo non offra una precisa indicazione in merito.

In assenza di una chiara presa di posizione, la giurisprudenza accoglie la teoria che si basa sulla natura dell'interesse tutelato dalla deliberazione, affermando che solo le delibere che abbiano ad oggetto gli interessi individuali del socio sono devolvibili al giudizio di arbitri; diversamente, per quelle riguardanti gli interessi di natura

ne tra delibere nulle e annullabili. Conformamente l'art. 11-ter prevede che «*El laudo que declare la nulidad de un acuerdo inscribible habrá de inscribirse en el Registro Mercantil. El "Boletín Oficial del Registro Mercantil" publicará un extracto. En el caso de que el acuerdo impugnado estuviese inscrito en el Registro Mercantil, el laudo determinará, además, la cancelación de su inscripción, así como la de los asientos posteriores que resulten contradictorios con ella*». Un'analisi a parte merita l'ordinamento tedesco, ove, benché viga il criterio della patrimonialità per identificare le controversie arbitrabili (art. 1030 BGB), si rinviene una limitata apertura alla compromettibilità delle impugnative delle delibere assembleari. Mentre si ritengono arbitrabili le impugnative delle delibere della GmbH, non lo sono, invece, quelle della AG. In questo scenario si inserisce una pronuncia del BGH del 6 aprile 2009 (reperibile in <https://openjur.de/BGH/Rechtsprechung> e richiamata anche da CORAPI, *La provincia dell'arbitrato societario nel diritto comparato*, cit., p. 223) che ha statuito l'ammissibilità di un procedimento arbitrale in materia societaria in alternativa al giudizio ordinario solo se: 1) la devoluzione della controversia ad arbitri sia stata approvata da tutti i soci e dalla società; 2) ogni azionista e ogni componente degli organi societari sia stato informato dell'inizio del procedimento arbitrale e del suo svolgimento così da essere in grado di intervenire; 3) ogni azionista possa scegliere il proprio arbitro o comunque la nomina sia demandata a una istituzione terza e neutrale; 4) si accerti che tutte le controversie relative alla stessa delibera assembleare siano deferite allo stesso tribunale arbitrale. Per una panoramica d'insieme si rimanda a SANGIOVANNI, *L'arbitrato societario nel diritto tedesco. Una comparazione con il diritto italiano*, in *Società*, 2006, pp. 771 ss. e RAESCHER, KESSLER, *Objective arbitrability of corporate disputes – the German perspective*, in *European Business Organization Law Review*, 2002, pp. 533 ss.

³⁹ In questo senso E.F. RICCI, *Il nuovo arbitrato societario*, cit., p. 521; in parte conforme anche FAZZALARI, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, cit., p. 444, il quale però fa essenzialmente leva sul dettato dell'art. 34, comma 5°.

⁴⁰ Si rimanda alle successive note bibliografiche.

generale, dei terzi e della società intesa come ente autonomo rispetto ai soci, rimane escluso il giudizio privato⁴¹.

Avvalendosi dei menzionati criteri, i giudici hanno ritenuto pienamente compromettibili le delibere di esclusione del socio dalla compagine sociale e quelle relative alla conseguente liquidazione della quota⁴²; oppure le decisioni relative all'azione di responsabilità dell'amministratore⁴³. Al contrario sono cadute sotto le scure dell'incompromettibilità le delibere in materia di revoca dell'amministratore, quelle che prevedono lo scioglimento della società e le

⁴¹ *Ex multis*, Cass., 10 ottobre 1962, n. 2910, in *Giust. civ.*, 1963, I, pp. 29 ss., che impone di considerare l'oggetto delle singole deliberazioni; Cass., 24 maggio 1965, n. 999, in *Giust. civ.*, 1965, I, pp. 1575 ss., con nota di GIANNATTASIO; Cass., 18 febbraio 1988, n. 1739, in *Foro it.*, 1988, I, cc. 3349 ss.; Cass., 6 luglio 2000, n. 9022, in *Rep. Giust. it.*, voce «arbitrato», n. 106; Cass., 19 febbraio 2000, n. 2412, in *Giust. civ.*, 2001, I, pp. 405 ss., con nota di VIDIRI; Trib. Milano, ord., 4 ottobre 2005, in *Giur. comm.*, 2006, II, pp. 1128 ss.; Trib. Verona, 3 novembre 2006, in *Giur. mer.*, 2007, pp. 409 ss.; Trib. Velletri, ord., 15 ottobre 2007, in *Riv. dir. comm.*, 2007, II, pp. 237 ss.; Trib. Prato, 19 marzo 2009, in *Società*, 2010, pp. 195 ss., con nota di SCOGNAMIGLIO; Cass., 30 ottobre 2012, n. 18671, in *Giur. it.*, 2013, pp. 1355 ss., con nota di DALMOTTO; in *Riv. arb.*, con nota di SALVANESCHI; in *Società*, 2013, p. 692, con nota di MARZOCCO; Trib. Novara, 20 aprile 2010, in *Società*, 2010, pp. 909 ss.

⁴² *Ex multis*: Cass., 27 settembre 2013, n. 22303, in *DefJure*; Trib. Modena, 11 novembre 2005, ivi; Trib. Imperia, 27 giugno 2005, in *Società*, 2006, pp. 235 ss., ma ancora prima: Cass. 23 giugno 1945, n. 470 in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1945, II, pp. 41 ss.; Cass., 28 luglio 1951, n. 2188 in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1951, III, pp. 321 ss.; Trib. Biella, 16 novembre 1953, in *Dir. fall.*, 1954, II, pp. 534 ss.; Trib. Roma, 20 maggio 1952, in *Foro it.*, 1953, I, cc. 310 ss.; Lodo arbitrale 15 dicembre 1956, in *Giust. civ.*, 1966, I, pp. 442 ss., con nota di GIANNATTASIO; Cass., 18 dicembre 1978, n. 6053, in *Mass. Giur. it.*, 1978, p. 1415; Cass., 16 febbraio 1981, n. 953, in *Mass. Giur. it.*, 1981, pp. 257 ss.; Trib. Torino, 6 ottobre 1980, in *Giur. comm.*, 1981, II, pp. 635 ss.; Trib. Catania, 13 settembre 1999, in *Giur. comm.*, II, pp. 507 ss.; Trib. Milano, 10 novembre 1988, in *Giur. comm.*, 1990, pp. 350 ss. In senso difforme si registrano solo alcune pronunce oramai datate: App. Milano 28 novembre 1930, in *Foro lomb.*, 1931, pp. 419 ss.; App. Torino, 14 marzo 1947, in *Foro it.*, 1947, I, cc. 756 ss. e App. Milano, 27 giugno 1950, in *Foro it.*, 1951, I, cc. 1112 ss., in materia di esclusione; Trib. Como, 2 marzo 1987, in *Società*, 1987, pp. 816 ss., in materia di liquidazione.

⁴³ Come già rileva ALLORIO, *Responsabilità degli amministratori d'anonime e arbitrato*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, pp. 160 ss. Mi permetto anche di rimandare a un mio precedente contributo, in materia di azione di revoca degli amministratori, *La compromettibilità dell'azione di revoca dell'amministratore nelle s.r.l.*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, pp. 449 ss. In giurisprudenza di recente, Cass., 19 febbraio 2014, n. 3887, in *Leggi d'Italia*.

decisioni concernenti il bilancio. Tale esegesi trova le sue origini nel criterio, ampiamente sperimentato anche sotto il previgente sistema⁴⁴, tra delibere nulle ed annullabili: le prime contrarie a norme imperative poste nell'interesse generale, le seconde predisposte a vantaggio particolare dei soci⁴⁵.

Tuttavia, anche per quanto riguarda la distinzione fra nullità e annullabilità, il criterio degli interessi non garantisce approdi sicuri, poiché l'atto assembleare può riguardare diverse posizioni soggettive in via diretta o in via indiretta; al contempo, concentrarsi sui vizi delle delibere impugnate non garantisce conclusioni univoche⁴⁶, come dimostrano le stesse disposizioni normative⁴⁷.

Si prenda, ad esempio, la disciplina dell'*error in procedendo*, che attualmente trova spazio all'interno di entrambe le fattispecie nullità e annullabilità⁴⁸.

Nonostante l'art. 2379 c.c. confermi la sanzione della nullità nei casi di irregolare formazione della volontà dell'ente, la norma sembra restringere la portata della previsione solo con riguardo

⁴⁴ Richiamava il noto *distinguo* di ANDRIOLI, *Commento al c.p.c.*, IV, Napoli, 1964, p. 763.

⁴⁵ Cass., 26 ottobre 1995, n. 11151, in *Giur. comm.*, 1996, II, pp. 329 ss.; Trib. Milano, 19 novembre 2001, in *Giur. it.*, 2002, p. 1438; Trib. Piacenza, 25 maggio 1992, in *Società*, 1992, pp. 1115 ss.; Trib. Napoli, 8 marzo 2010, *ivi*, 2010, pp. 1510 ss., con nota di IZZO. Sul punto, ampiamente TETI, *L'arbitrato nelle società*, in *Riv. arb.*, 1993, p. 309. Per una analisi della giurisprudenza recente su tale aspetto, CERRATO, *La clausola compromissoria nella società*, cit., pp. 180 ss.

⁴⁶ L'assunto trova conferma in una pronuncia di merito (Trib. Biella, 15 gennaio 2005, in *www.ilcaso.it*), ove, in contrasto con il prevalente orientamento giurisprudenziale ammissivo dell'arbitrato in caso di impugnazioni di delibere assembleari annullabili, si rifiuta l'idea della compromettibilità dell'impugnativa della deliberazione attributiva dei compensi degli amministratori, poiché essa avrebbe «finalità oggettive in conflitto con gli interessi della società al contenimento dei compensi e con quello collettivo dei soci alla distribuzione degli utili, materie che trascendono l'interesse individuale del socio e coinvolgono la vita della stessa società»; sul punto anche Trib. Milano, 10 dicembre 2010, in *Giur. it.* 2011, IV, pp. 2320 ss., con nota di MONTEVERDE.

⁴⁷ Come osserva Trib. Napoli, 2 maggio 2003, in *Giur. mer.*, 2003, pp. 2428 ss. In senso difforme, invece, BOGGIO, *Delibere assembleari*, cit., p. 28 e nello specifico anche nota 44.

⁴⁸ Già prima della novella, si rimanda a M.P. FERRARI, *Impugnazione di delibera assembleare e compromesso arbitrale*, in *Società*, 2004, pp. 715 ss.

alle fattispecie più gravi, facendo confluire le restanti nella generale previsione dell'art. 2377, comma 2°, c.p.c. in materia di annullamento.

Una simile contraddizione si manifesta anche con riguardo alla decisione di scioglimento della società, considerata come arbitrabile qualora sia impugnata per abuso di maggioranza e, reputata, invece, incompromettibile, nel caso in cui l'impugnativa abbia per oggetto l'accertamento della causa di scioglimento⁴⁹.

Tale disorganicità è, in parte, il frutto del nuovo regime delle invalidità assembleari: attualmente la maggiore parte dei vizi ricadono sotto la categoria dell'annullabilità, per la quale si prescrive una legittimazione ristretta ed una massima sanabilità. Al contrario, i casi di nullità sono essenzialmente ricondotti a quattro ipotesi. In relazione a tre di queste, nonostante vengano previste una legittimazione estesa e la possibilità che il vizio possa essere sollevato anche d'ufficio, sono sanciti un termine di decadenza⁵⁰ e la sostituzione ad opera dello stesso organo assembleare con altra delibera conforme. Per di più, sia per l'ipotesi in cui il vizio riguardi la mancata convocazione dell'assemblea sia nel caso di mancanza del verbale, l'art. 2379-*bis* c.c. prescrive la facoltà di sanatoria, che richiama, a mio avviso, sotto vari profili l'istituto della convalida⁵¹. Inoltre, si prevede una generale possibilità di sostituzione della deliberazione, in forza del richiamo contenuto nell'art. 2379-*bis* c.c.⁵². È, poi, stabilito che entrambe le invalidità siano in grado di determinare l'effetto di allargamento della declaratoria nei confronti dell'intera compagine sociale e che restino salvi «i diritti acquistati dai terzi in buona fede in base agli atti compiuti in esecuzione della deliberazione»⁵³. L'uni-

⁴⁹ Trib. Milano, 4 ottobre 2005, in *DeJure* e Trib. Milano, 6 marzo 2003, in *Giur. it.*, 2003, II, pp. 1411 ss.

⁵⁰ STAGNO D'ALCONTRES, *L'invalidità delle deliberazioni dell'assemblea di s.p.a.*, in ABADESSA, PORTALE (a cura di), *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum G.F. Campobasso*, 2006, Milano, p. 201.

⁵¹ Ivi, p. 210.

⁵² Inoltre le deliberazioni disciplinate dall'art. 2379-*ter* c.c., prevedono ulteriori forme di sanatoria.

⁵³ A discapito della regola secondo cui *quod nullum est nullum effectum producit*, come pone in evidenza SANZO, in COTTINO *et al.* (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2004, pp. 645-651.

co caso di vizio in apparenza insanabile sembrerebbe essere quello dell'illecita modificazione dell'oggetto sociale.

È, dunque, evidente che nell'attuale contesto normativo una distinzione basata sulla natura del invalidità perda di rilevanza, tanto da spingere la dottrina⁵⁴ ad affermare che l'attuale disciplina legislativa, ripudiando la tradizionale distinzione tra nullità e annullamento di natura contrattuale, delinei un «*corpus* normativo caratterizzata da autonomia sistematica»⁵⁵.

4. *L'ammissibilità dell'azione arbitrale derivante dalla natura disponibile dell'oggetto del processo*

Per comprendere i confini dell'azione arbitrale, alla luce dell'esegesi accolta, è fondamentale individuare quale sia la situazione giuridica oggetto del processo di impugnativa.

Si tratta di un tema che, ancora oggi, non trova concordia in letteratura e che, a mio avviso, non può neppure essere sciolto agevolmente abbracciando la recente interpretazione offerta dalla Suprema Corte in materia di impugnative negoziali⁵⁶.

Come è noto, secondo la teoria chiovendiana dell'accertamento costitutivo, l'oggetto del processo dovrebbe coincidere con il diritto

⁵⁴ GUERRIERI, *La nullità delle deliberazioni assembleari nelle società di capitali*, Milano, 2009, p. 19. Sulla stessa linea già prima della novella, ad esempio LENER, *L'invalidità delle deliberazioni*, in BESSONE (a cura di), *Trattato di Diritto Privato*, XVII, *Le società di capitale*, 2000, p. 212.

⁵⁵ Questa identità è ancora più pregnante all'interno della disciplina delle s.r.l.: sul punto vedi anche PALMIERI, *Le decisioni con oggetto impossibile o illecito e l'assoluta assenza di informazioni*, in DOLMETTA, PRESTI (a cura di), *S.r.l. Commentario dedicato a Giuseppe B. Portale*, Milano, 2011, pp. 853 ss.

⁵⁶ Mi riferisco alle note sentenze gemelle, Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243, in *DeJure*, con ampi commenti da parte di PAGNI, *Il "sistema" delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite*, in *Giur. it.*, 2015, I, pp. 71 ss.; PAGLIANTINI, *Rilevabilità officiosa e risolubilità degli effetti: la doppia motivazione della Cassazione ...a mo' di bussola per rivedere Itaca*, in *Contratti*, 2015, pp. 113 ss.; CARBONE, *"Porte aperte" delle Sezioni Unite alla rilevabilità d'ufficio del giudice sulla nullità del contratto*, in *Corr. giur.*, 2015, pp. 88 ss.; CONSOLO, GODIO, *Patologia del contratto e (modi dell')accertamento processuale*, in *ivi*, pp. 226 ss.; PARDOLESI, PALMIERI, *Nullità negoziali e rilevazione officiosa a tutto campo (o quasi)*, in *Foro it.*, 2015, I, cc. 862 ss.

to potestativo all'annullamento⁵⁷. Tale interpretazione nel tempo ha subito diverse rivisitazioni. Secondo alcuni è necessario focalizzarsi sulla situazione giuridica su cui la sentenza incide; quindi l'oggetto della sentenza costitutiva non è il diritto potestativo all'annullamento, bensì coincide con l'effetto-annullamento⁵⁸ (la modificazione giuridica) o, secondo altri col rapporto giuridico annullabile⁵⁹.

⁵⁷ CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1940, pp. 179 ss. *Contra* PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, ed. aggiornata a cura di CAPONI, Napoli, 2014, p. 168, ritiene che l'identificazione dell'oggetto del processo nel diritto potestativo determini un offuscamento inutile della realtà; MENCHINI, *Limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, pp. 139 ss. e in part. pp. 185 ss.; ID., *Il processo litisconsortile*, I, Milano, 1993, pp. 189 ss., il quale scinde il problema dell'oggetto del processo rispetto a quello della pronuncia: l'a., infatti, ritiene che mentre oggetto del processo sarebbe il «tradizionale diritto potestativo», oggetto della pronuncia non è il mero effetto costitutivo, bensì «la disciplina del rapporto giuridico sul quale essa è destinata a produrre gli effetti». In senso difforme rispetto a questa tesi: C. FERRI, *Profili dell'accertamento costitutivo*, Padova, 1970, pp. 29 ss.

⁵⁸ CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, in ALLORIO (a cura di), *Commento del c.p.c.*, II, 1 Torino, 1908, p. 166, che, partendo dal presupposto che non sussiste incompatibilità tra disposizione ed accertamento, ritiene che la sentenza costitutiva, a differenza delle altre, attui la volontà di una norma di modificazione giuridica, invece di una norma contenente una sanzione. Ne segue che oggetto del processo è l'applicazione dell'effetto contenuto in una norma. FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, Torino, 1999, pp. 4 ss., spec. pp. 84 ss., secondo cui oggetto della sentenza e quindi del processo è la produzione dell'effetto, di cui il diritto potestativo è il mero presupposto. Esso rileva, però, che in taluni casi di azioni costitutive (in particolare necessaria) vi è una mera azione; in altri casi (per esempio nel caso di impugnativa negoziale e anche in quella delle delibere assembleari) la dimensione dell'oggetto del processo si coglie nel dovere di non ingerenza della controparte, per cui la tutela sarebbe data per il diritto della parte alla non produzione dell'effetto giuridico, diritto che la controparte ha violato perché non ha impedito il prodursi del negozio viziato (diversa è la posizione di MAJO, *La tutela civile dei diritti*, 3, Milano, 2001, pp. 382 ss. che considera l'azione costitutiva espressione di un potere di controllo del giudice).

⁵⁹ SASSANI, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto: contributo allo studio della tutela dichiarativa nel processo civile e amministrativo*, Padova, 1989, pp. 5 ss., spec. pp. 17 ss, 152 ss., 169 ss.; PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale: contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano, 1998, pp. 266 ss., di recente ID., *Il "sistema" delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite*, cit., p. 77 ove si conforma alla tesi enunciata da Cass., civ. sez. un., 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243, cit. L'a. ritiene che oggetto del processo di impugnativa di delibera non sia il diritto potestativo all'annullamento che costituisce una mera questione pregiudiziale, bensì la situazione soggettiva finale che si pretende impedita dal vizio, cioè la legittimità del potere della maggioranza. Sul punto si guardi anche la recente ricostruzione di D'ALESSANDRO, *L'oggetto del giudizio di cognizione: tra*

Malgrado l'odierna sede non mi consenta un'esaustiva dimostrazione, ritengo che oggetto del giudizio sia sempre il diritto potestativo⁶⁰ della parte ad ottenere la relativa declaratoria⁶¹. Alla medesima conclusione si deve pervenire anche con riguardo alla domanda di nullità⁶², alla luce della peculiarità del fenomeno collettivo che entra in gioco.

crisi delle categorie del diritto civile ed evoluzioni del diritto processuale, Torino, 2016, pp. 149 ss.

⁶⁰ In senso contrario si pongono TERRUSI, *I limiti oggettivi dell'arbitrato societario e la questione dei diritti disponibili*, in *Giust. civ.*, 2011, II, pp. 525 ss., che identifica l'oggetto del processo nel rapporto sociale, sicché «le controversie nelle quali l'oggetto del processo direttamente evoca interessi superindividuali, indisponibili per definizione da parte del socio, non sono mai compromettibili»; GUIZZI, *Note minime in punto di deliberazioni assembleari, invalidità del bilancio e compromettibilità in arbitri*, in nota a Trib. Napoli, 9 giugno 2010, in *Società*, 2011, pp. 339 ss.

⁶¹ Diviene, invece, secondaria, specialmente con riguardo alle sentenze costitutive non necessarie, la disputa se lo stesso sia un diritto sostanziale o un mero «potere giudiziale», poiché, come è stato acutamente osservato (TRIMARCHI, *Prescrizione e decadenza*, in *Jus*, 1956, p. 218, nota 10), nel concetto di «potere» è possibile ricomprendere tanto i diritti quanto i poteri in senso stretto. Vastissima è comunque la letteratura sull'argomento, *ex multis*, CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Bologna, 1904, pp. 107 ss.; MESSINA, *Diritti potestativi*, in *Noviss. dig. it.*, V, Torino, 1960, pp. 736 ss.; GARBAGNATI, *La sostituzione processuale nel nuovo codice di procedura civile*, Milano, 1942, p. 88; NATOLI, *Il diritto soggettivo*, Milano, 1943, pp. 101 ss.; FALZEA, *La separazione personale*, Milano, 1943, pp. 127 ss.

⁶² Come rileva E.F. RICCI, *Gli effetti delle sentenze sulle impugnative di deliberazioni assembleari*, in *Processo civile e società commerciali*, in *Atti del XX convegno nazionale dell'Associazione italiana studiosi del processo civile*, Milano, 1995, p. 23 ss., parlando anche in questo caso di impugnativa caducante; in una ottica unificante anche ZUCCONI GALLI FONSECA, *La compromettibilità delle impugnative di delibere assembleari dopo la riforma*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005, p. 469 e in una visione di unificazione della categoria, seppure contrassegnata dall'idea che oggetto del processo sia l'esistenza o l'inesistenza del rapporto contrattuale, si pone PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit., p. 572 ss. In senso difforme, però, CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1960, pp. 200 ss., osserva che l'oggetto dell'accertamento è sempre la volontà di legge nel caso concreto e conclude per individuare l'oggetto della sentenza declaratoria di nullità nel rapporto giuridico invalido; MONTESANO, *Limiti oggettivi di giudicati su negozi invalidi*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, pp. 15 ss.; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Padova, 2017, pp. 52 ss., secondo cui nelle azioni estintive oggetto del processo è «il potere giudiziario costituito dall'attore e il correlato dovere di provvedere del giudice»; diversamente oggetto del processo dichiarativo di nullità è «il rapporto fondamentale contrattuale».

Questa lettura trova conferma nella struttura della situazione giuridica dedotta nel processo, che, come è già stato posto in evidenza, è influenzata dalla natura collettiva dell'ente. Ciò determina che l'interesse (*rectius* il diritto)⁶⁵ sia composito, poiché è proprio della società e ad un tempo di tutti i soci. Infatti, il socio «agisce per un interesse proprio, che non è però suo esclusivo, sibbene concorrente con quello degli altri partecipanti del gruppo, che per questo ne risentano degli effetti in via diretta e non riflessa»⁶⁴.

In sostanza, il socio fa valere una propria posizione giuridica soggettiva in senso stretto, che, tuttavia, non è di sua esclusiva pertinenza⁶⁵. La superindividualità del diritto non può costituire un limite alla sua arbitrabilità: se non è possibile negare che il diritto all'impugnativa non sia di esclusiva pertinenza del socio, ugualmente non può disconoscersi che esso sia nella sua diretta disponibilità⁶⁶. Per tale ragione, diversamente da quanto da taluni affer-

⁶⁵ È innegabile che l'interesse superindividuale che connota la situazione tutelata ne altera la struttura, tanto che una parte della dottrina parla di atipico diritto soggettivo. Detta qualificazione è comunque conforme con l'esegesi offerta, poiché per verificare se un diritto è compromettibile bisogna tenere conto solo della struttura individuale del diritto all'annullamento.

⁶⁴ CARPI, *L'efficacia ultra partes della sentenza civile*, cit., p. 146. In altri termini, la domanda della parte non può trovare piena soddisfazione se non incidendo sulla sfera degli altri soci, poiché coinvolge la stessa organizzazione.

⁶⁵ Questa è la tesi a cui reputo di aderire. A fianco di dette ricostruzioni, come è noto, ve ne sono anche altre. Secondo alcuni, i soci sono portatori di un interesse loro estraneo, poiché l'interesse che fanno valere è di pertinenza esclusiva dell'ente. Ne segue che essi sono, in realtà, legittimati straordinari, poiché non sono i titolari della situazione che viene fatta valere in giudizio (per tutti: REDENTI, *Il giudizio civile con pluralità di parti*, Milano, 1911 e rist. Milano, 1960, pp. 65 ss.; PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, Napoli, 1965, pp. 173 ss., [anche se rivede in parte la propria posizione successivamente ID., *Note in tema di limiti soggettivi della sentenza civile*, in *Foro it.*, 1985, I, c. 2393]; CHIZZINI, *L'intervento adesivo*, II, Padova, 1992, p. 539; CAPPELLETTI, *Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, p. 361). Secondo una diversa interpretazione, la situazione giuridica dedotta nel processo sarebbe unica con pluralità di titolari (FABBRINI, *Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo*, Milano, 1964, pp. 99 ss., spec. p. 184).

⁶⁶ In questo senso già si esprimeva Cass., 23 febbraio 2005, n. 3772, cit. Non ritiene però che l'apertura mostrata in questa pronuncia possa portare a una compromettibilità generalizzata GENNARI, *Superato il «doppio» binario l'arbitrato rimane vincolato al vago confine della disponibilità dei diritti*, in *Giur. comm.*, 2015, I, pp. 551 ss.

mato⁶⁷, il socio, pur non avendo il monopolio della situazione giuridica soggettiva e quindi dell'azione, non può però essere qualificato come legittimato straordinario. Questa discrasia trova fondamento nella peculiarità dalla realtà societaria, connotata dall'esistenza di un «atipico difetto di legittimazione soggettiva a disporre», poiché si verifica generalmente una «dissociazione fra il ruolo esterno di azione dell'ente e il suo modo interno di formazione della volontà»⁶⁸.

Nelle società di capitali, benché il potere gestorio e quello rappresentativo siano riservati all'organo esecutivo, la funzione organizzativa dell'ente impone che le decisioni debbano essere prese dall'assemblea dei soci. Queste ultime sono in grado non solo di produrre effetti interni all'organo ma anche effetti esterni, tanto da vincolare la società⁶⁹ e, per essa, tutti i suoi membri⁷⁰.

Pertanto, l'atto impugnato all'interno del giudizio arbitrale non proviene in via diretta dal soggetto che agisce, bensì dal gruppo organizzato di cui esso fa parte; infine, pur provenendo dall'ente, è il frutto di un complesso procedimento assembleare.

Ne segue che in simili casi si deve solo prendere atto del fatto che colui che agisce in giudizio non è direttamente l'organo che ha emesso la decisione impugnata⁷¹. Quest'ultima, in ragione della na-

⁶⁷ Sul punto: REDENTI, *Il giudizio civile con pluralità di parti*, cit., pp. 65 ss.; PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, cit., p. 173 ss.; in senso difforme: CARPI, *L'efficacia ultra partes della sentenza civile*, cit., p. 155, che parla di diritti potestativi concorrenti; ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, Bologna, 2004, p. 548.

⁶⁸ ZUCCONI GALLI FONSECA, *La compromettibilità delle impugnative di delibere assembleari dopo la riforma*, cit., pp. 471 e 472.

⁶⁹ PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit., p. 542 nota 65.

⁷⁰ Non smentisce tale lettura la disciplina relativa alla delibera di riparazione dell'utile, poiché, non credo, come invece sostiene parte della letteratura (ANGELICI, *Note in tema di rapporti contrattuali tra soci e società*, ora in G.B. FERRI, ANGELICI, *Studi sull'autonomia dei privati*, rist. Torino, 2001, pp. 358 ss.), che i soci si pongano come terzi rispetto all'atto della società. L'atto, in verità, esplica comunque meri effetti interni, in ragione del fatto che il socio non può mai considerarsi soggetto esterno, data la sua appartenenza all'ente. Ad altre conclusioni, invece, si deve pervenire nel caso di un patto compromissorio stipulato fra la società ed un socio agente *uti tertius*, come osserva COHEN, *Arbitrage et société*, cit., pp. 257 ss.

⁷¹ Riprova di tale assunto è individuata dalla dottrina (ZUCCONI GALLI FONSECA, *Oggetto ed effetti di clausole compromissorie statutarie*, in CARPI (a cura di), *Arbitrati speciali*, Bologna, 2016, pp. 98 ss.) nella stessa possibilità riconosciuta al

tura dell'ente, vincola tutta la società, ivi compresi gli amministratori, in forza del loro inserimento nel gruppo⁷². A ciò si aggiunga che, alla luce dell'art. 34, comma 4°, d.lgs. n. 5 del 2003, l'efficacia della clausola compromissoria, inserita nello statuto sociale, si estende anche agli organi sociali in seguito all'accettazione dell'incarico.

Arrivati a questo punto è facile trarre le conclusioni. Colui che agisce in giudizio a nome della società ha pieno potere di ottenere tutela attraverso la via arbitrale, nonostante che l'atto non promani direttamente da lui⁷³.

Ciò posto, è necessario verificare se il diritto di impugnativa⁷⁴ consenta di abdicare al processo tradizionale a favore di uno privato. La risposta deve essere positiva: l'interesse pubblicistico che connota il diritto *de quo* è stato notevolmente ridimensionato dalla novella del 2003⁷⁵, tanto da potere ricondurre la sua disciplina nell'alveo dell'ordine pubblico sostanziale di protezione⁷⁶.

giudice di conciliare le parti suggerendo le eventuali modificazioni da apportare alla deliberazione, le quali dovranno poi essere recepite dall'assemblea dei soci.

⁷² Ed anche agli organi sociali, come stabilisce l'art. 34, comma 5°, d.lgs. n. 5 del 2003.

⁷³ A mio avviso, anche prescindendo dalla disputa se gli amministratori siano o meno titolari di una posizione soggettiva per interesse (sul punto si rimanda a F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit., pp. 44 ss.; in senso opposto: MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, pp. 186 ss.; in senso dubbioso si pone, invece, FRE, SBISÀ, *Società per azioni*, cit., p. 738 e p. 743), non ritengo che essi possano essere qualificati come legittimati straordinari rispetto alla impugnativa della delibera assembleare. Tale conclusione si scontra con il ruolo endosocietario di tali organi, che sono pur sempre direttamente coinvolti dalla delibera assembleare, avendo il compito di attuare il volere assembleare.

⁷⁴ Poiché questo fenomeno non può essere considerato un ostacolo alla compromettibilità del diritto, come pone in luce chiaramente PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit., pp. 616-617.

⁷⁵ Questa interpretazione non può essere smentita dalla previsione dell'art. 36 d.lgs. n. 5 del 2003, che consente il sindacato relativo alla legittimità delle delibere assembleari *incidenter tantum*. Prescindendo dal fatto che un simile potere è oggi riconosciuto generalmente, aveva ragione chi osservava che la cognizione *incidenter tantum* di materie non arbitrabili è posta in contrapposizione rispetto a quella delle impugnative di delibere (sul punto, BOVE, *L'arbitrato nelle controversie societarie*, in *Giust. civ.*, II, 2003, p. 475; CARPI, *Profili dell'arbitrato in materia di società*, in *Riv. arb.*, 2003, p. 418).

⁷⁶ In questo senso MONTALENTI, *L'arbitrato societario: appunti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2013, p. 1287, che, discorrendo dell'impugnativa relativa al bilancio, distingue tra profili interni ed esterni dell'impugnativa. Mi pare, invece, critico

Questa lettura trova conferma nella disciplina dell'annullabilità delle decisioni, che è caratterizzata da una legittimazione ristretta e da un massimo grado di sanabilità, con previsione di uno specifico termine decadenziale per fare valere il vizio (art. 2377, comma 6° e 7° c.c.).

Un simile discorso, benché oggi non sia ritenuto decisivo dalla recente giurisprudenza⁷⁷, può essere svolto anche con riguardo alla disciplina della nullità delle deliberazioni, tanto da condurre una parte della dottrina a discorrere di «nullità funzione»⁷⁸. Infatti, oltre ad essere previsto uno specifico termine decadenziale per fare valere la nullità⁷⁹, è sempre sancita la possibilità della sostituzione della decisione ad opera dello stesso organo assembleare che l'ha posta in essere.

Solo l'impugnativa della delibera che muta l'oggetto sociale prevedendo attività illeciti o impossibili⁸⁰ sembra rimanere esclusa⁸¹ da questa disciplina di favore.

CERRATO, *La clausola compromissoria*, cit., p. 219, che ritiene che l'arretramento della tutela invalidatoria costituisca solo il risultato del «bilanciamento fra contrapposte esigenze che il legislatore ritiene parimenti degne di protezione», non avendo, invece, alcuna rilevanza ai fini della compromettibilità del diritto.

⁷⁷ Come osserva Cass., 10 giugno 2014, n. 13031, in *Giur. comm.*, 2016, p. 737, con nota di CORSI. La Corte di Cassazione reputa che non sia decisivo, ai fini dell'arbitrabilità del diritto, il fatto che il legislatore abbia contemplato un termine di decadenza ai fini dell'impugnativa del bilancio o comunque per fare valere il vizio di nullità. Non ritengo di potere condividere il pensiero della giurisprudenza, come ho già affermato in *Arbitrabilità e diritti superindividuali: le delibere assembleari sul bilancio*, in *Giur. comm.*, 2017, pp. 562 ss. Sul punto cfr. *infra*.

⁷⁸ BUONOCORE, *La riforma delle società*, Milano, 2004, p. 37; ma sul punto si rimanda anche a MONTALENTI, *L'arbitrato societario*, cit., p. 1287, che evidenzia come la novella abbia ridimensionato la forbice fra annullamento e nullità della delibera.

⁷⁹ Come osserva anche Trib. Milano, 23 luglio 2013, in *Giur. it.*, 2014, III, pp. 636 ss., con nota di MONTEVERDE.

⁸⁰ CARPI, *Profili dell'arbitrato in materia di società*, cit., p. 419; CHIARLONI, *Apunti sulle controversie deducibili in arbitrato societario*, cit., p. 131. Sembrerebbe, invece, intravedere un'apertura, seppure adottando un criterio non condivisibile, GENNARI, *L'arbitrato societario*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, LI, Padova, 2009, p. 38.

⁸¹ Nega l'arbitrabilità di detta impugnativa: Cass., (ord.), 27 giugno 2013, n. 16265, in *DeJure*.

Tuttavia, seppure non sia previsto un limite temporale per esperire l'azione, ritengo estensibile il meccanismo della sostituzione⁸², stante l'assenza di uno specifico divieto da parte del legislatore, come, invece, si rinviene in materia di termine per impugnare. In tale modo perde di rilevanza il fatto che il legislatore non preveda una scadenza entro cui fare valere la decadenza dal vizio: infatti la sostituzione della deliberazione viziata impedisce la declaratoria di nullità⁸³.

Semberebbe confermata la possibilità di ricondurre l'intera disciplina delle impugnative assembleari all'interno dell'ordine pubblico sostanziale di protezione⁸⁴.

5. *La possibilità di ricondurre le impugnative delle delibere assembleari all'interno del più ampio concetto di ordine pubblico arbitrale*

Le conclusioni a cui si è approdati e lo stesso *iter* argomentativo prescelto incontrano, tuttavia, l'ostilità della giurisprudenza. In particolare, le sezioni unite della Suprema Corte⁸⁵, pronunciandosi in tema di impugnative negoziali, hanno ritenuto, con un'argomentazione non immune da critiche, che oggetto del processo sia la fattispecie sostanziale negoziale e non il diritto potestativo all'im-

⁸² Sulla natura della sostituzione si rimanda a REVIGLIONE, *La sostituzione delle deliberazioni invalide dell'assemblea di società per azioni*, Milano, 1995, pp. 7 ss.; post-riforma F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in ID. (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, 29, Padova, 2003, p. 223; SACCO, in SACCO (a cura di), *Il contratto*, 3^a ed., II, Torino, 2004, pp. 577 ss, il quale afferma che la sostituzione equivale, nella sostanza, all'annullamento della deliberazione, perché ha i medesimi effetti.

⁸³ In senso difforme, *ex multis*: Trib. Milano, 13 maggio 2013 e 10 maggio 2013, in *Società*, 2014, pp. 339 ss., con nota di CAPELLI; VILLATA, *Impugnazione delle delibere assembleari e cosa giudicata*, Milano, 2006, pp. 437 ss., che ritiene che la sostituzione della deliberazione non impedisca al giudice di accertare l'eventuale contrarietà alla legge o allo statuto. Ma sul punto si rimanda a SALVANESCHI, *Dall'equazione «impugnazione di bilancio = mai compromettibile» all'equazione «impugnazione di bilancio = sempre compromettibile»*, in nota a Trib. Milano, 3 giugno 2010, in *Corr. giur.*, 2011, pp. 1139 ss.

⁸⁴ Idea abbozzata in via embrionale da Trib. Forlì, 31 gennaio 1985, in *Arch. civ.*, 1985, pp. 1268 ss.

⁸⁵ Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243, cit.

pugnativa – come in questa sede sostenuto –, tanto che il suo esercizio obbliga il giudice a rilevare d'ufficio la nullità del contratto. I giudicanti ritengono che l'accertamento del vizio di nullità possa compiersi non solo in presenza di un rilievo d'ufficio, ma anche in sua mancanza. In questa ultima ipotesi, comunque, si deve parlare di giudicato implicito sulla «non nullità», anche nel caso di rigetto dell'impugnativa⁸⁶. Al contrario, se il giudice non accoglie l'azione di nullità basata su uno specifico motivo, senza che altre ragioni siano state sollevate, il giudicato si forma sulla validità di tutto il negozio. Tale meccanismo non opera qualora la decisione si fondi sulla c.d. ragione più liquida e in presenza delle nullità di protezione.

Pur non entrando nel merito del valore della ricostruzione esegetica proposta dalle sezioni unite⁸⁷, che in questa sede non può essere analizzata, è indiscutibile che essa inquina la bontà della visione proposta.

Malgrado ciò, l'arbitrabilità delle impugnative delle delibere assembleari trova conferma nel concetto delineato di ordine pubblico arbitrale.

A suo tempo si era posta in evidenza l'impossibilità di individuare una coincidenza tra ordine pubblico sostanziale e quello arbitrale. La diversa funzione che presiede i due ambiti determina una differente estensione dei loro rispettivi confini. Mentre il primo è volto a limitare l'autonomia negoziale delle parti, il secondo circoscrive la possibilità di avvalersi di un accertamento privato. Tale ricorso è ammissibile solo qualora venga garantita la protezione di tutte le posizioni sostanziali che entrano in gioco. Se ciò è assicurato, l'interesse che è alla base non emerge ed è sempre ammissibile l'azione arbitrale. Calato l'assunto nel contesto societario è possibile dedurre quanto segue.

⁸⁶ La Corte fa leva sul c.d. motivo portante, di matrice zeuneriana, nel caso in cui la nullità sussista. Diversamente, in assenza di nullità, la *ratio* che genera il giudicato risiede nel dovere di buona fede delle parti, che non propongano, nonostante il rilievo d'ufficio, la domanda di nullità pur potendolo fare.

⁸⁷ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrabilità dell'impugnativa della delibera sul bilancio, nel rinnovato sistema giurisprudenziale delle nullità negoziali*, in *Giur. arb.*, 2016, pp. 370 ss., che analizza le conseguenze dell'adozione dell'esegesi accolta dalla Suprema Corte all'interno delle impugnative societarie.

La disciplina legale delle impugnative delle deliberazioni prevede, in linea generale, che l'annullamento e la nullità non possano essere pronunciate qualora l'assemblea adotti una decisione conforme alla legge o allo statuto. Si ammette, altresì, che, nonostante la presenza di un vizio, il suo mancato rilievo non sia in grado di influire sulla validità della deliberazione. Se in alcuni casi l'ordinamento confida nell'agire del privato per l'eliminazione del vizio, ritenendo sufficiente predisporre dei meccanismi che, almeno in potenza, consentano la loro rimozione, diversamente, in altri, come quello delle delibere che modificano l'oggetto sociale prevedendo attività illecite o impossibili, esso non tollera il rischio che l'organo sociale giunga, per interessi meramente "personali", alla stabilizzazione di quell'effetto che deve essere necessariamente eliminato⁸⁸. Detta distinzione, che risiede nell'esistenza di due diverse esigenze che sotendono a norme di natura inderogabile, non ha senso di essere in arbitrato, poiché lo strumento arbitrale consente l'eliminazione del vizio, a prescindere dalla sua gravità⁸⁹. Il fine che l'arbitrato realizza non è altro che quell'interesse generale che si vuole proteggere, ovvero la legalità dell'agire societario. L'arbitrato, a differenza della transazione, non infrange i limiti pubblicistici, ma ne assicura il rispetto perché tende all'applicazione delle norme imperative tramite l'accertamento.

Questo principio trova conferma nella disciplina della nullità del contratto. Nonostante il regime della nullità contrattuale sia sottratto al potere dispositivo delle parti⁹⁰, la norma di legge non esclude, invece, una simile facoltà in campo arbitrale. Il legislatore, stabilendo che la validità della clausola compromissoria debba essere

⁸⁸ Cass., 20 settembre 2012, n. 15890, in *DeJure*.

⁸⁹ Sul punto COHEN, *Arbitrage et société*, cit., p. 147. Detta valutazione sarà sempre soggetta al successivo controllo statale grazie alla impugnativa del lodo, meccanismo irrinunciabile nel nostro ordinamento, a differenza di altri, come pone in luce HENKE, *Gli accordi delle parti in materia di impugnazione del lodo arbitrale*, in *Riv. dir. comm. internaz.*, 2013, pp. 951 ss.

⁹⁰ Si ritiene che la nullità dei contratti sia un diritto irrinunciabile, imprescrittibile, azionabile da chiunque vi abbia interesse, caratterizzato da divieto di convalida, salvo diversa disposizione di legge. Solo in casi specifici è consentita la possibilità di conversione del contratto nullo. Sul punto ampiamente SACCO, *Il contratto*, cit., pp. 576 ss.

valutata in modo autonomo rispetto a quella del contratto principale (art. 808, comma 2°, c.p.c.), attribuisce implicitamente agli arbitri il potere di pronunciarsi sulla sua invalidità⁹¹. Si tratta di una esegesi che trae fondamento, a mio avviso, dall'assunto da cui si è partiti, e cioè dell'autonomia dell'ordine pubblico arbitrale rispetto a quello sostanziale.

Autonomia che, però, non si traduce in indifferenza⁹².

Infatti, la superindividualità non impedisce l'ammissibilità dell'azione arbitrale⁹³, come dimostra anche la riconosciuta compromettibilità con riguardo ai contratti pubblici, ma essa impone che la scelta a favore della cognizione degli arbitri⁹⁴ non arrechi nocumento a coloro che non hanno stipulato la convenzione arbitrale. Questo è il punto cruciale.

Se l'essenza dell'arbitrato consente di escludere la stabilizzazione del vizio⁹⁵, la vincolatività dell'azione deve garantire la protezione di quei soggetti⁹⁶ che possono subire/subiscono un'innovazione⁹⁷ nella loro sfera giuridica da un lodo emesso tra le parti compromittenti.

⁹¹ Così ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, Bologna, 2016, p. 90. Si tratta, come è noto, di un assunto accolto dalla maggior parte della dottrina anche prima della novella del 2006. Sul punto, ANDRIOLI, *Commento al c.p.c.*, cit., p. 756 e DE NOVA, *Nullità del contratto e arbitrato irrituale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, pp. 401 ss., che distingue fra illegalità ed illiceità; CRISCUOLO, *Sulla compromettibilità in arbitri della questione della nullità del contratto*, in *Arbitrato, fondamenti e tecniche*, Università di Cosenza, 22-23 ottobre 1992, Milano, 1995, pp. 135 ss.

⁹² Come in un certo senso poneva in luce già SALVANESCHI, *L'oggetto del nuovo arbitrato societario*, in *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, III, Milano, 2005, p. 2215, valorizzando gli artt. 35 e 36; LUISO, *Appunti sull'arbitrato societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 710.

⁹³ Sul punto CORAPI, *Appunti in tema di arbitrato societario*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, p. 9.

⁹⁴ CERRATO, *La clausola compromissoria nella società*, cit., p. 215.

⁹⁵ Interessanti sotto questo aspetto le affermazioni rinvenibili all'interno di due pronunce di merito (Trib. Milano, 13 maggio 2013 e 10 maggio 2013, cit.) che qualificano l'arbitrato non come soluzione privata della lite, bensì come sistema processuale alternativo. Ne segue che non vi può essere alcuna comunanza tra mondo sostanziale e arbitrale.

⁹⁶ Sul punto anche BOVE, *La giustizia privata*, cit., pp. 330 ss.

⁹⁷ E solo tali soggetti avranno un vero e proprio interesse ad agire. Sul punto, PAGLIANTINI, *L'azione di nullità tra legittimazione ed interesse*, in *Riv. trim. dir.*

Nel caso delle impugnative delle delibere assembleari il legislatore individua chi siano i terzi da tutelare, imponendo la salvezza delle posizioni giuridiche soggettive di coloro che, in buona fede⁹⁸, abbiano acquistato diritti in base agli atti compiuti in esecuzione della deliberazione⁹⁹. Queste posizioni giuridiche soggettive sono quelle che l'ordinamento vuole salvaguardare¹⁰⁰. Tale previsione è conforme all'assunto di chi rileva¹⁰¹ come l'esistenza di una norma imperativa non crea automaticamente un diritto a favore di un soggetto terzo, cosicché la sua violazione non sempre corrisponde a una sua concreta inosservanza.

e proc. civ., 2011, pp. 407 ss., il quale, in un più ampio discorso relativo all'ambito di applicazione dell'art. 1421 c.c., rileva che il concetto di interesse accostato al termine "chiunque" costituisce solo un criterio della legittimazione ad agire (così anche ATTARDI, voce *Legittimazione ad agire*, in *Noviss. dig. it.*, IX, Torino, 1965, p. 724; SASSANI, *Note sul concetto di interesse ad agire*, Rimini, 1983, pp. 163 ss.). Pertanto, egli conclude che ai sensi dell'art. 1421 c.c. non tutti i terzi creditori siano legittimati a esperire la relativa azione ma solo coloro che possono allegare l'effettiva sussistenza, all'atto del giudizio, di un loro autonomo interesse sostanziale alla pronuncia.

⁹⁸ Terzo può essere anche il socio non direttamente investito dalla delibera. Sul punto: MEO, *Gli effetti dell'invalidità delle delibere assembleari*, Milano, 1998, p. 303; ID., *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Il nuovo diritto delle società*, cit., p. 302, che solleva dubbi con riguardo alle delibere nulle, ma che, poi, li scioglie in modo positivo.

⁹⁹ Infatti la volontà del legislatore è quella di sottoporre la pronuncia di nullità ai medesimi effetti di quella dell'annullamento. Sul punto ampiamente GUERRIERI, *La nullità delle deliberazioni assembleari*, cit., pp. 295 ss.; pre-riforma TRIMARCHI, *Invalidità delle delibere di assemblea di società per azioni*, Milano, 1995, pp. 249 ss.; CANDIAN, *Nullità e annullamento di delibere di assemblea delle società per azioni*, Milano, 1942, pp. 196 ss.

¹⁰⁰ Anche nella disciplina delle nullità contrattuali, a prescindere dal dettato normativo, la giurisprudenza limita tale possibilità solo a chi faccia valere un interesse concreto ed attuale (PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, in ALLORIO (a cura di), *Commentario al c.p.c.*, I, 2, cit., p. 1081). Inoltre, come ha dimostrato un acuto interprete (PAGLIANTINI, *L'azione di nullità*, cit., p. 424), la legittimazione attiva dell'azione non investe entrambe le parti del contratto, tanto che è possibile discorrere di un'*actio nullitatis* come rimedio *direzionale*, in quanto non «indirizzato alla tutela di interessi di una parte, bensì perché *mutevole*, variando in ragione dell'interesse concreto allegato da chi la promuove».

¹⁰¹ Come giustamente ricorda COLOMBO, *Non transigibilità dell'impugnativa di bilancio*, in *Società*, 1997, pp. 1152 ss.; BOGGIO, *Delibere assembleari*, cit., pp. 44 e 155, secondo cui tale interesse si trasforma in diritto solo qualora venga riconosciuto un rimedio esperibile nei confronti della società.

L'esigenza di protezione di tali soggetti impone che l'azione arbitrale venga esercitata nel rispetto di quello che ho definito il "diritto processuale arbitrale"¹⁰².

Ciò posto, non devono essere sollevati dubbi in merito alla compromettibilità di ogni genere di impugnazione, ivi inclusa quella avente ad oggetto la nullità per modifica dell'oggetto sociale in attività illecite o impossibili.

L'interpretazione offerta consente anche di superare i dubbi in merito all'arbitrabilità delle impugnative di bilancio¹⁰³, facendo perdere di rilevanza la distinzione¹⁰⁴, invalsa dalla giurisprudenza, tra delibere affette da vizi di contenuto, incompromettibili¹⁰⁵, rispetto alle decisioni, invece, arbitrabili, caratterizzate da violazioni attinenti a requisiti procedurali¹⁰⁶, come per esempio il mancato raggiungimento del *quorum* deliberativo statutariamente previsto¹⁰⁷.

¹⁰² La dottrina francese (SCHOLASTIQUE, *Arbitrage et droit des sociétés*, in *Droit et patrimoine*, 2002, n. 105, p. 61) pone chiaramente in evidenza che «*Les tiers n'ont pas non plus à craindre l'intervention de l'arbitre dès lors que celui-ci est un juge qui doit respecter les dispositions de la loi*».

¹⁰³ Senza aspirazione di esaustività, in senso contrario, si rimanda a Trib. Nola, 6 giugno 2013, in *www.ilcaso.it*; Cass., 26 marzo 2014, n. 14337, in *www.ilcaso.it*; Cass., ord., 10 giugno 2014, n. 13031 e Cass., 10 settembre 2015, n. 17950, in *Giur. comm.*, 2016, con nota di CORSI; Cass., 30 ottobre 2012, n. 18671, in *Società*, 2013, pp. 692 ss., con nota di MARZOCCO; Cass., 23 febbraio 2005, n. 3772, cit.; Arbitro Unico Lucca, 5 maggio 2011, in *Riv. arb.*, 2012, p. 409, con nota di UNGARETTI DELL'IMMAGINE; Trib. Milano, 12 gennaio 2010, in *Giur. it.*, 2010, VI, p. 1321; Trib. Milano, 30 aprile 2008, in *DeJure*. In senso contrario: Trib. Milano, 13 maggio 2013 e 10 maggio 2013, cit. Per una ampia disamina: SALVANESCHI, *Impugnativa in via arbitrale delle delibere di approvazione del bilancio*, in *Riv. arb.*, 2010, pp. 59 ss.

¹⁰⁴ Su tale distinguo: CAPELLI, *L'efficacia delle clausole compromissorie statutarie nelle controversie in materia di bilanci*, in *Società*, 2014, p. 345 e prima ZUCCONI GALLI FONSECA, *Ai confini dell'arbitrabilità: le delibere assembleari sul bilancio*, in *Giur. comm.*, 2011, pp. 1443 ss.

¹⁰⁵ Come afferma, Cass., 23 febbraio 2005, n. 3772, cit.

¹⁰⁶ In questa direzione, Arbitro Unico Siracusa, 31 marzo 2007, in *Società*, 2007, pp. 1417 ss., con nota critica di V. SCOGNAMIGLIO.

¹⁰⁷ Trib. Bologna, 7 gennaio 1995, in *Società*, 1995, pp. 1316 ss.; in senso in parte difforme Cass., 23 gennaio 2004, n. 1148, in *Società*, 2004, pp. 715 ss., con nota di FERRARI, nel caso in cui il requisito procedimentale risulti indispensabile per la formazione stessa dell'assemblea e della deliberazione assembleare.

L'arbitrato non consente mai la stabilizzazione del vizio: ne segue che deve essere dichiarata la piena arbitrabilità delle impugnative di bilancio per violazione dei principi di veridicità e chiarezza¹⁰⁸. Anche in questo caso, si pone il problema di garantire la protezione dei terzi che non hanno stipulato la convenzione arbitrale e, in particolare modo, come risulta dalla normativa codicistica (artt. 2377, comma 9° e 2379-bis, comma 2°, c.c.), di tutti coloro che hanno acquistato dei diritti in buona fede¹⁰⁹. Sul punto si rimanda a quanto si dirà nel prossimo paragrafo.

6. La tutela della superindividualità

Una volta affermata la compromettibilità delle impugnative assembleari, è necessario verificare come trovi attuazione il c.d. "diritto processuale arbitrale". Nell'ordinamento spagnolo, una parte

¹⁰⁸ Peraltro, in questo caso la letteratura evidenzia che l'art. 2434-bis c.c. stabilisce che «le azioni previste dagli artt. 2377 e 2379 non possono essere proposte nei confronti delle deliberazioni di approvazione del bilancio dopo che sia avvenuta l'approvazione del bilancio dell'esercizio successivo». Sul punto, SALVANESCHI, *Impugnativa in via arbitrale della delibera di approvazione del bilancio*, cit., p. 63, la quale ricorda che la relazione di accompagnamento al decreto delegato precisa che l'art. 2434-bis c.c. si applica quantunque «si possa ravvisare una deliberazione con oggetto illecito»; ID., *Arbitrato*, cit., pp. 23 e 24; SPAGNUOLO, *sub art. 2434 c.c.*, in SANDULLI, SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, II, Torino, 2003, p. 856.

¹⁰⁹ La stessa giurisprudenza rileva che titolare del diritto dell'impugnativa è solo colui che, a causa della falsità del bilancio, lamenti una lesione effettiva nel suo patrimonio (Cass., 30 aprile 1995, n. 3774, in *Mass. Giust. civ.*, 1995, pp. 736 ss.; Cass., 18 marzo 1986, n. 1839, in *DeJure*; Cass., 27 febbraio 1985, n. 1699, in *DeJure*; Trib. Milano, 27 aprile 1978 e 22 settembre 1977, in *Giur. comm.*, 1978, II, pp. 690 ss.; sul punto si rimanda anche a BUTTURINI, *I chiarimenti forniti sul bilancio in assemblea e l'interesse del socio all'impugnazione*, in *Contr. imp.*, 2006, pp. 55 ss.). Anche respingendo detto orientamento e condividendo l'assunto che possa impugnare anche chi faccia valere un mero interesse a una corretta informazione sulla situazione patrimoniale della società (Cass., 22 gennaio 2003, n. 928, in *Dir. e prat. soc.*, 2003, p. 56, con nota di FERRARI; Cass., 3 settembre 1996, n. 8048, in *DeJure*), la giurisprudenza nega che vada rinvenuto alcun interesse ad impugnare qualora, già dalle prospettazioni dell'attore, risulti che lo scostamento fra i dati esposti in bilancio e quelli reali è minima e la declaratoria di invalidità della impugnativa appaia priva di rilievo alla luce del c.d. principio della materialità (*ex multis*, Cass., 9 maggio 2008, n. 11554, in *Giur. comm.*, 2009, pp. 924 ss., con nota di RUSSO).

degli interpreti¹¹⁰, avvalendosi di un dato normativo alquanto dubbio, ritiene che motivi di sicurezza e trasparenza impongano, almeno con riguardo alle impugnative delle delibere assembleari¹¹¹, il ricorso all'arbitrato amministrato. Il nostro ordinamento, invece, non individua, almeno formalmente, una simile preferenza, ma, come già ricordato, detta una disciplina puntuale, in grado di delineare una vera e propria azione arbitrale "vincolata"¹¹². In questo modo è garantito all'interveniente di conoscere anticipatamente le regole del processo privato.

¹¹⁰ Mi riferisco all'art. 11-bis, comma 3°, *Ley* 60 del 2003, la cui sibillina formulazione («*los estatuto social podrá establecer que la impugnación de los acuerdos sociales por los socios o administradores quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros, encomendándose de administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una institución arbitral*») ha portato l'affermarsi di tre diverse tesi. Secondo alcuni l'unica via percorribile è quella dell'arbitrato istituzionale, poiché gli arbitri possono essere solo designati da una istituzione arbitrale (*ex multis*: SÁNCHEZ POS, *La validez y eficacia del laudo arbitral a la luz de la reforma de la Ley de Arbitraje*, in *La Ley*, 3 ottobre 2001, n. 7707, p. 2, anche se si pone in modo critico; OLIVENCIA, *Company arbitration in Spanish law*, in *World Arbitration & Mediation Review*, 2012, n. 6, p. 328); secondo altri, invece, sono ammissibili entrambi (VISCASILLAS, *La reforma de la Ley de Arbitraje (Ley 11/2011, de 20 mayo)*, in *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2011, n. 38, pp. 21-22; MERINO MERCHAN, *Configuración del arbitraje intrasocietario en la Ley 11/2011*, in *Revista Jurídica de Castilla y León*, 2013, n. 29, pp. 32-33; ritiene che non sia necessario fare ricorso all'arbitrato amministrato per la disciplina dell'intero procedimento; ARROYO, *El arbitraje en el derecho societario español*, in *Riv. arb.*, 2017, p. 294). Infine, altra parte della dottrina evidenzia che, pur essendo l'arbitrato istituzionale l'unica via possibile, la nomina degli arbitri deve essere disposta secondo il regolamento dell'arbitrato amministrato. Qualora sia prevista una nomina ad opera delle parti, questa dovrà essere confermata dall'ente (VISCASILLAS, *L'arbitrato societario in Spagna*, cit., p. 1539).

¹¹¹ Diversamente l'ordinamento russo, dopo una forte chiusura all'arbitrato societario, ha ritenuto che la materia societaria sia devolvibile al giudizio di privati, solo mediante il ricorso a regolamenti di istituzioni arbitrali (sul punto, YADYJIN, MEKAT, RUBINS, *The Russian Arbitration Reform*, in *Arb. Int.*, 2016, pp. 641 ss.).

¹¹² F. AULETTA, *Dell'arbitrato*, in SASSANI (a cura di), *La riforma delle società. Il processo*, Torino, 2003, p. 345, evidenzia che l'apertura a soggetti terzi è la «fondamentale caratteristica dell'arbitrato di diritto societario». Ciò determina, come osserva la dottrina, che devono trovare tutela le loro posizioni giuridiche soggettive. Sul punto, CARPI, *Profili dell'arbitrato in materia societaria*, in *Riv. arb.*, 2003, p. 424. Parla di vera e propria giurisdizionalizzazione E.F. RICCI, *Il nuovo arbitrato societario*, cit., p. 532.

Esse, però, trovano attuazione solo nel caso in cui la controversia nasca da una clausola compromissoria¹¹³; qualora le parti decidano di stipulare un compromesso¹¹⁴ sarà necessario fare riferimento alla normativa di diritto comune, con l'inevitabile conseguenza di dovere verificare se essa sia in grado di garantire la protezione dei terzi. Su tale aspetto, al fine di evitare inutili ripetizioni, si rimanda a quanto si dirà nel capitolo relativo alla proprietà intellettuale.

In questa sede ritengo opportuno solo evidenziare che la duplicazione dei modelli non giova all'affermarsi dell'arbitrato, poiché genera inutili complicanze, facilmente evitabili da una normativa unitaria e coordinata¹¹⁵, come già ho avuto modo di verificare trattando delle controversie in materia di lavoro.

Ritornando al modello societario, il d.lgs. n. 5 del 2003 precisa, da un lato, che la clausola compromissoria è vincolante per la società e per tutti i soci e, dall'altro, che l'accettazione dell'incarico determina l'estensione del patto compromissorio nei confronti degli amministratori, sindaci e liquidatori¹¹⁶. Se con la prima parte della previsione il legislatore non fa altro che formalizzare un fenomeno che già il contesto sociale implicitamente realizza, con la seconda vengono eliminati i dubbi¹¹⁷ di chi ritiene che la convenzione arbitrale non possa vincolare gli organi sociali che non rivestano al contempo lo *status* di socio.

Unitamente alle previsioni *de quibus*, il legislatore del 2003 chiarisce che la clausola compromissoria trova applicazione anche con riguardo a «coloro la cui qualità di socio è oggetto della contro-

¹¹³ È la medesima *ratio* che si rinviene anche in Spagna., l'art. 11-bis, comma 2°, *Ley* 60 del 2003, prevede «*La introducción en los estatutos sociales de una cláusula de sumisión a arbitraje requerirá el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o a las participaciones en que se divida el capital social*».

¹¹⁴ Sul punto: CARPI, *Profili dell'arbitrato in materia societaria*, cit., pp. 411 ss.; LUIO, *Appunti sull'arbitrato societario*, cit., pp. 705 ss.; CORSINI, *L'arbitrato nella riforma*, cit., pp. 1285 ss. e spec. p. 1286; SALI, *L'arbitrato per le nuove società. Dodici (piccoli) nodi applicativi e qualche proposta*, in *Giur. it.*, 2005, II, pp. 442 ss.

¹¹⁵ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Oggetto ed effetti di clausole compromissorie statutarie*, cit., pp. 73 ss.

¹¹⁶ LUIO, *Appunti sull'arbitrato societario*, cit., p. 714.

¹¹⁷ RUFFINI, *Arbitrato e disponibilità dei diritti nella legge delega per la riforma del diritto societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, pp. 134 ss.

versia». Pur non potendo approfondire l'analisi della disposizione ricordata, non si può dimenticare che essa è attuabile solo qualora oggetto diretto della domanda sia propriamente la qualità di socio¹¹⁸; argomentare in senso contrario vorrebbe dire oltrepassare la *ratio* che la contraddistingue, e imporre, violando il dettato costituzionale, un arbitrato obbligatorio a un soggetto che non fa parte del gruppo. Quest'ultimo può trovare comunque tutela all'interno del processo arbitrale, mediante l'intervento nel giudizio¹¹⁹.

Si tratta di una preoccupazione presente anche in altri ordinamenti e disciplinata in modo puntuale in alcuni regolamenti arbitrali stranieri, come quello della *Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit*¹²⁰.

¹¹⁸ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Oggetto ed effetti di clausole compromissorie statutarie*, cit., pp. 107 ss.

¹¹⁹ La conoscibilità della controversia può derivare dall'obbligo previsto dall'art. 35, d.lgs. n. 5 del 2003 del deposito della domanda d'arbitrato nel registro delle imprese (sul valore della previsione, DALMOTTO, *L'arbitrato nelle società*, cit., pp. 199 ss. e in part. p. 201, che pone in luce l'utilità di detta conoscenza anche ai fini degli effetti prenotativi della domanda e in generale MONTALENTI, *La pubblicità nella riforma del diritto societario*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, p. 557). Benché la norma estenda la conoscibilità solo ai soci, essa non offre una tutela minore di quella attribuita dal processo ordinario, nel quale non è garantito il diritto del terzo ad entrare a conoscenza delle dispute portate innanzi all'autorità giudiziaria (LUISO, *Apunti sull'arbitrato societario*, cit., p. 718). Inoltre, malgrado la chiara dizione della norma, alcuni interpreti (BIAVATI, *Disciplina inderogabile del processo arbitrale*, in *Arbitrati speciali*, cit., p. 152; CARPI, *Profili dell'arbitrato in materia societaria*, cit., p. 425; *contra*, F. AULETTA, *Dell'arbitrato*, cit., p. 345; CORSINI, *L'arbitrato nella riforma*, cit., p. 1294) ritengono che la domanda possa essere conosciuta da terzi non qualificati.

¹²⁰ Le *DIS-Supplementary Rules for Corporate Law Disputes* (consultabili in lingua inglese in www.disarb.org), all'art. 2 prevedono un ampio contraddittorio aperto «2.1. *In disputes requiring a uniform decision binding all shareholders and the corporation, and in which a party intends to extend the effects of an arbitral award to any shareholder or the corporation who are not named parties to the arbitration ("Concerned Others"), the Concerned Others shall be granted the opportunity to join the arbitration pursuant to these DIS-CDR as a party or compulsory intervenor in the sense of Section 69 of the German Code of Civil Procedure ("Intervenor"). This applies, mutatis mutandis, to disputes that can be decided only by a uniform decision binding specific shareholders or the corporation.* 2.2 *In its Request, the Claimant shall designate, in addition to the Respondent, any Concerned Others, providing the names and addresses of any shareholders or of the corporation itself to which the effects of the arbitral award shall extend, and shall request the DIS to also transmit the Request to the Concerned Others. In addition to what*

Per quanto concerne, invece, la disciplina nostrana in materia di intervento, il d.lgs. n. 5 del 2003 consente, oltre all'usuale intervento adesivo dipendente, a qualunque terzo, anche non vincolato dal patto compromissorio¹²¹, di partecipare all'arbitrato con intervento innovatore, vantando, quindi, una posizione autonoma¹²² senza il consenso delle parti originarie¹²³. Unitamente a tale previsione, te-

is required in Article 4.2 of the Rules, a number of copies of the Request sufficient for the designated Concerned Others shall be filed with the DIS in paper form as well as in electronic form. 2.3. Concerned Others designated after expiry of the time limits provided in these DIS-CDR for designating Concerned Others may join the arbitration pursuant to Article 4.3 of these DIS-CDR». Sui vantaggi derivanti da queste disposizioni: RAESCHKE-KESSLER, *The arbitrability of Intra-corporate disputes in a German GmbH*, in WAUTELET et al. (a cura di), *The practice of Arbitration, Essay in Honour of Hans van Houtte*, 2012, pp. 198 ss.

¹²¹ BIAVATI, *Disciplina inderogabile del processo arbitrale*, cit., pp. 152 ss.; FAZZALARI, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, cit., p. 445; CARPI, *Profili dell'arbitrato in materia societaria*, cit., pp. 411 ss.; E.F. RICCI, *Il nuovo arbitrato societario*, cit., pp. 536 ss.; LUISO, *Appunti sull'arbitrato societario*, cit., pp. 705 ss.; DALMOTTO, *L'arbitrato nelle società*, cit., p. 225, che ritiene ammissibile anche l'intervento del terzo che vanta una posizione non connessa a quella oggetto del giudizio. *Contra*, RUFFINI, *La riforma dell'arbitrato societario*, cit., p. 1534, il quale pone limiti all'intervento innovatore.

¹²² FAZZALARI, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, cit., p. 445; CARPI, *Profili dell'arbitrato in materia societaria*, cit., p. 426; E.F. RICCI, *Il nuovo arbitrato societario*, cit., p. 530; CORSINI, *L'arbitrato nella riforma*, cit., p. 1295; LUISO, *Appunti sull'arbitrato societario*, cit., pp. 719 ss.; BIAVATI, *Disciplina inderogabile del processo arbitrale*, cit., p. 155, purché dotata di un nesso di connessione sostanziale; BOVE, *La giustizia privata*, cit., p. 345; in senso dubbioso, invece, RUFFINI, *La riforma dell'arbitrato societario*, cit., p. 1534, che ritiene necessario il consenso delle parti originali; TARZIA, *L'intervento di terzi nell'arbitrato societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, pp. 349 ss., e in part. p. 357, il quale suggerisce una interpretazione restrittiva del dettato normativo al fine di ricucire lo «strappo ai principi costituzionalmente garantiti».

¹²³ In questo modo viene derogato il principio della relatività del contratto compromissorio a favore del contratto necessariamente aperto. Questa caratteristica, anche in assenza di una specifica previsione legislativa, sarebbe comunque diretta conseguenza della natura sostanziale dei diritti che entrano in gioco (ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, cit., pp. 596-567). Si discute semmai se gli arbitri siano o meno vincolati a decidere su domande ulteriori rispetto a quelle originalmente proposte: in senso favorevole, CARPI, *Profili dell'arbitrato in materia societaria*, cit., p. 426, *contra* RUFFINI, *La riforma dell'arbitrato societario*, cit., p. 1534. Non credo che gli arbitri possano rifiutarsi di decidere: argomentare in senso contrario vorrebbe dire rendere inutile la stessa previsione. Infine, qualora il terzo esperisca un intervento autonomo o principale, esso avrà l'onere di notificare l'atto di intervento alle parti costituite in arbitrato; nei restanti casi sarà sufficiente il deposito presso la sede dell'arbitrato.

nendo conto dell'accezione di terzo accolta in precedenza, l'art. 35 consente l'intervento di altri soci¹²⁴ a norma degli artt. 106 e 107¹²⁵ c.p.c. senza che sia necessario, a differenza di quanto prevede l'art. 816-*quinquies* c.p.c., l'accordo del terzo, delle parti e il consenso degli arbitri¹²⁶.

Nulla, invece, è detto sulla possibilità dell'eventuale integrazione del contraddittorio, *ex art.* 102 c.p.c. Tale silenzio può essere colmato mediante l'applicazione della disciplina di diritto comune, che, oltre a prevedere l'intervento del terzo ai sensi dell'art. 105, comma 2°, c.p.c., ammette quello del litisconsorte necessario e del successore a titolo particolare nel diritto controverso, senza che vi sia la necessità del benessere delle parti nonché degli arbitri¹²⁷. Stante l'assenza dei poteri coercitivi in capo agli arbitri, però, all'interno del giudizio privato non è assicurato il suo effettivo intervento¹²⁸.

Diversamente, la limitazione dell'intervento del terzo sino alla c.d. prima udienza di trattazione¹²⁹ non può essere considerata un elemento lesivo della posizione giuridica dell'interveniente, poiché

¹²⁴ BIAVATI, *Disciplina inderogabile del processo arbitrale*, cit., p. 157, che ritiene però necessario il consenso degli arbitri; F. DANOVI, *L'arbitrato nella riforma del diritto processuale societario*, in *Dir. e giur.*, 2004, pp. 561 ss.

¹²⁵ E se le parti non effettuano la chiamata l'arbitrato è improcedibile, come afferma SALVANESCHI, *La costituzione dell'organo arbitrale e il procedimento nell'arbitrato societario italiano*, in *Riv. arb.*, 2017, p. 264.

¹²⁶ GRADI, *L'intervento volontario e la chiamata in causa dei terzi nel processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2010, pp. 283 ss.

¹²⁷ Per i problemi relativi alla nomina degli arbitri e il profilo dell'intervento del litisconsorte pretermesso si rimanda al cap. V, parte seconda. Per una visione specifica in ambito societario, CORSINI, *L'intervento del litisconsorte necessario nel processo arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, pp. 589 ss.

¹²⁸ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Modelli arbitrali e controversie societarie*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005, p. 530, che, però, evidenzia che non per questo si debba ritenere che l'intero istituto non possa operare, poiché l'intervento su ordine del giudice è spesso volto a garantire «l'effettività del diritto di difesa del terzo coinvolto nella lite e soggetto ai futuri effetti dell'accertamento»; sul punto non vi sono uniformità di vedute; BOVE, *L'arbitrato nelle controversie societarie*, in *Giust. civ.*, II, 2005, p. 485, evidenzia che l'arbitro, in assenza dell'intervento del terzo, può dichiarare l'estinzione della causa o comunque rifiutarsi di pronunciarsi nel merito della causa; CORSINI, *L'arbitrato*, cit., p. 1295, parla di lodo di non luogo a procedere.

¹²⁹ Sulla corretta interpretazione si rimanda a BIAVATI, *Disciplina inderogabile del processo arbitrale*, cit., p. 157.

non credo che si tratti di una disposizione inderogabile, potendo essere integrata, a seconda delle diverse circostanze dedotte, dalla disciplina dell'arbitrato di diritto comune, che, invece, non sembra contenere alcuna limitazione. Con ciò, tuttavia, non si vuole intendere che il terzo possa decidere di intervenire in qualunque momento: saranno gli arbitri che, nel rispetto del «buon andamento del procedimento arbitrale», determineranno il termine entro cui il terzo debba intervenire¹³⁰.

Una volta entrato nel processo ad esso è assicurato, come alle parti originali, un giudizio imparziale: la previsione della devoluzione della nomina dell'arbitro a un soggetto estraneo alla società¹³¹, almeno in potenza¹³², costituisce ulteriore guarentigia di un giudizio uniformato alla sua tutela¹³³.

Si tratta di una necessità fatta propria anche in quegli ordinamenti¹³⁴ ove vige una disciplina *ad hoc* in materia di arbitrato societario: per esempio in Spagna l'art. 11-bis, Ley 60 del 2003, attribuisce tale compito a «*institución arbitral*»¹³⁵; mentre l'ordinamento finlandese, in materia di controversie relative al rimborso delle partecipazioni in conseguenza del recesso o del loro riscatto, prevede

¹³⁰ In questo senso SALVANESCHI, *La costituzione dell'organo arbitrale*, cit., p. 264, che evidenzia come in arbitrato non esista una prima udienza di trattazione.

¹³¹ In senso contrario: CARPI, *Profili dell'arbitrato in materia societaria*, cit., p. 423; CONSOLO, *Esercizi imminenti sul c.p.c.: metodi asistematici e penombre*, in *Corr. giur.*, 2002, pp. 1544 ss., che adombra dubbi sulla legittimità costituzionale.

¹³² Sul punto, però, si veda CARPI, *Alcune idee sulla collaborazione fra giudice ordinario e l'arbitro nella prospettiva di riforma*, in *Rass. arb.*, 1989, p. 165; dubbia, ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale nella società dopo la riforma*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, p. 957.

¹³³ Come osserva CERRATO, *La clausola compromissoria nella società*, cit., p. 189; TIZI, *L'imparzialità dell'arbitro e del tribunale arbitrale*, Santarcangelo di Romagna, 2015, p. 238, la quale analizza il problema della posizione del terzo titolare della situazione giuridica permanentemente dipendente.

¹³⁴ Ampliamente perseguita nel *The code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes*, approvato dall'*American Bar Association House of Delegates* nel 2004, consultabile in www.adr.org

¹³⁵ In questo senso si esprime anche la clausola arbitrale modello elaborata dal *Club Español del Arbitraje* (CEA). Sul punto: CAÍNZOS, *Le best practices nella prassi arbitrale spagnola alla luce delle tendenze internazionali*, in *Giur. it.*, 2014, VI, pp. 1541 ss., che ricorda che il *Reglamento Arbitral Modelo del CEA* propende per un arbitrato unico.

che gli arbitri vengano nominati dall'istituto dell'arbitrato presso la Camera di Commercio Centrale della Finlandia¹³⁶.

Al contrario, la disciplina interna dell'arbitrato societario non individua meccanismi di astensione o di ricusazione: non vi sono ragioni per escludere l'applicabilità della disciplina di diritto comune, specialmente qualora l'arbitro, già nominato, si trovi in una situazione di incompatibilità con il terzo interveniente¹³⁷.

Inoltre, la garanzia del rispetto della legge sostanziale è sempre assicurata nel caso in cui l'oggetto del giudizio sia l'impugnativa di una delibera assembleare.

Anche la tutela cautelare trova un'adeguata disciplina: l'art. 35, comma 5°, derogando al generale divieto enunciato all'art. 818 c.p.c.¹³⁸, attribuisce all'arbitro il potere di disporre, con ordinanza non reclamabile, la sospensione dell'efficacia della decisione¹³⁹.

L'ampia partecipazione garantita ai terzi si ripercuote sulla previsione della vincolatività della decisione per la società¹⁴⁰, nonché

¹³⁶ Come ricorda BOGGIO, *Delibere assembleari*, cit., p. 75.

¹³⁷ In senso positivo: LUIO, *Appunti sull'arbitrato societario*, cit., p. 716, che pone in luce la necessità che il terzo sia un soggetto imparziale ed equidistante, avallando l'ipotesi di nomina da parte delle Camere arbitrali; in senso difforme, invece, CARPI, *Profili dell'arbitrato in materia societaria*, cit., p. 422, che propone la possibilità della impugnativa del lodo ex art. 829, n. 2, c.p.c.

¹³⁸ Non ritiene che si possa parlare di vera deroga, poiché si tratta di un potere interamente dichiarativo dell'arbitro, F. AULETTA, *Le decisioni cautelari e di merito degli arbitri nell'arbitrato societario italiano (per un ripensamento del potere di sospensione dell'efficacia della delibera impugnata: art. 35, comma 5°, d.lgs. n. 5/2003)*, in *Riv. arb.*, 2017, pp. 271 ss. e in part. p. 279.

¹³⁹ Peraltro detta ordinanza deve essere iscritta a cura degli amministratori nel registro delle imprese.

¹⁴⁰ LUIO, *Appunti sull'arbitrato societario*, cit., pp. 722 e 723, che giustamente osserva che «l'efficacia di qualunque decisione (giurisdizionale o arbitrale) nei confronti del terzo – al di là del terzo indifferente [...] postula che il terzo subisca la decisione nella misura in cui subirebbe un atto di disposizione negoziale delle parti, che avesse identico contenuto [...]». Correttamente, quindi, afferma che analogo principio, nonostante l'assenza di una specifica previsione, vale anche per i soci che hanno partecipato al procedimento. Sul punto anche BOVE, *L'arbitrato nelle controversie societarie*, cit., p. 484. Ancora di più ampio respiro è invece la previsione dell'art. 11 della *DIS-Supplementary Rules for Corporate Law Disputes*, ove si prevede un'ampia estensione degli effetti del lodo arbitrale « 11.1. *The effects of an arbitral award extend to those Concerned Others that have been designated as such within the time limits provided in these DIS-CDR, regardless of whether they have availed themselves of the opportunity to join the arbitration as a party or as an Intervenor. The*

sul fatto che il suo dispositivo vada iscritto nel registro delle imprese¹⁴¹ ad opera degli amministratori. Questo meccanismo consente di ottenere una pubblicità opponibile ai terzi, che, benché non intervenuti, possono godere di una protezione successiva adeguata.

Qualora il terzo non partecipi al giudizio arbitrale, potrà tutelare la propria posizione giuridica soggettiva mediante il rimedio offerto dall'opposizione di terzo¹⁴². Diversamente, qualora sia avvenuta la sua partecipazione nel processo, esso potrà esperire l'impugnazione per nullità, azionabile anche per violazione di legge, ai sensi dell'art. 36¹⁴³.

Se gli aspetti sino a questo momento analizzati evidenziano come all'interveniente sia assicurata una adeguata tutela, a una diversa conclusione si deve pervenire con riguardo alla regolamentazione dei costi, che possono di fatto ostacolare il pieno esercizio del diritto di difesa del terzo o comunque favorire la diffidenza verso il giudizio arbitrale. Rimandando all'esame già effettuato nel capitolo II di questa parte¹⁴⁴, anche in questo caso ritengo che, *de iure con-*

shareholders designated as Concerned Others within the provided time limits agree to recognize the effects of an arbitral award rendered in accordance with these DIS-CDR. 11.2. The effects of an arbitral award also extend to those Concerned Others that have been designated as such after the time limits provided in these DIS-CDR, but that have joined the arbitration as a party or as an Intervenor. These Concerned Others also agree to recognize the effects of an arbitral award rendered in accordance with these DIS-CDR». Seppure all'interno del nostro ordinamento manchi una espressa previsione, alla luce degli inevitabili rapporti tra diritti sostanziali che entrano in gioco, il lodo è in grado di vincolare anche coloro che non abbiano partecipato nel processo. La bontà di detto assunto trova conferma nella stessa disciplina dell'intervento. Sul punto anche CARPI, *Profili dell'arbitrato in materia societaria*, cit., pp. 429 ss.; BIAVATI, *Disciplina inderogabile del processo arbitrale*, cit., p. 164.

¹⁴¹ Stessa previsione si rinviene nell'ordinamento spagnolo, ove l'art. 11-ter *Ley Arbitraje* afferma che: «*El laudo que declare la nulidad de un acuerdo inscribible habrá de inscribirse en el Registro Mercantil. El "Boletín Oficial del Registro Mercantil" publicará un extracto. En el caso de que el acuerdo impugnado estuviese inscrito en el Registro Mercantil, el laudo determinará, además, la cancelación de su inscripción, así como la de los asientos posteriores que resulten contradictorios con ella*».

¹⁴² Ritiene che il terzo, titolare di un diritto autonomo e incompatibile, possa intervenire nel giudizio di impugnazione per nullità GRADI, *L'intervento volontario*, cit., p. 299. Si cfr. quanto dedotto nel par. 3, cap. II, sez. II, parte prima.

¹⁴³ BIAVATI, *Decisione secondo diritto*, in *Arbitrati speciali*, cit., pp. 173 ss.

¹⁴⁴ Naturalmente, come ho già avuto modo di osservare specialmente con riguardo alle controversie di consumo, alle cui osservazioni si rimanda, possono es-

dito, solo il ricorso all'arbitrato amministrato consenta l'attuazione della protezione insita nelle norme sostanziali¹⁴⁵.

7. Brevi note sugli altri casi di ammissibilità dell'azione arbitrale

Attraverso l'adozione del concetto di ordine pubblico arbitrale, è possibile concludere per la compromettibilità di ulteriori fattispecie.

Come non possono essere individuati limiti all'ammissibilità dell'azione arbitrale con riguardo alle impugnative delle delibere assembleari, così non devono essere sollevati dubbi in merito all'arbitrabilità delle decisioni che autorizzano¹⁴⁶ l'azione di responsabilità o di revoca¹⁴⁷ dell'organo esecutivo.

sere attuati, anche oggi, dei meccanismi che garantiscono la limitazione dei costi, come ad esempio, la scelta di un arbitro unico. Sul punto l'*ICC Commission Report «Controlling Time and Costs in Arbitration»*, consultabile in www.iccwbo.org, ove all'art. 11 è scritto: «Consider allowing the ICC to select and appoint the arbitral, whether it be a sole arbitrator or a three-person tribunal. This will generally be the quickest way to constitute the arbitral tribunal if there is no agreement between the parties on the identity of all arbitrators. It will also reduce the risk of challenges, facilitate the constitution of a tribunal having a variety of specialist skills and create a different dynamic within the arbitral tribunal».

¹⁴⁵ A tale proposito è interessante la previsione contenuta all'art. 12 della *DIS-Supplementary Rules for Corporate Law Disputes*, che proprio con riguardo al terzo prescrive che «12.1. Concerned Others who have not joined the arbitration as a party or as an Intervenor are not entitled to reimbursement of costs. 12.2 When calculating the costs pursuant to Annex 2 of the Rules (Schedule of Costs), a designated Concerned Other shall be treated as a party». In argomento si deve anche ricordare la previsione contenuta nelle *Commercial Arbitration Rules* stilate dall'*American Arbitration Association*, che, anche in caso delle c.d. *Procedures for large, complex commercial disputes*, pongono ampia attenzione al contenimento dei costi (v. *Procedures for large, complex commercial disputes*, L-3, consultabile in www.adr.org).

¹⁴⁶ Come osserva VASSALLI, *sub* art. 2393 c.c., in NICCOLINI, STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali*, II, Napoli, 2004, p. 688, la delibera assembleare costituisce condizione dell'azione. In senso positivo: DALMOTTO, *L'azione di responsabilità contro gli amministratori delle società per azioni (artt. 2393 e 2393bis c.c. novellati dal d.lgs. n. 6 del 2003)*, in www.judicum.it, par. 2.2.

¹⁴⁷ Mi permetto di rinviare a *La compromettibilità dell'azione di revoca dell'amministratore nelle s.r.l.*, cit., 2009, p. 465. In quella sede, avevo anche considerato come non arbitrabili le impugnative delle delibere che modificano l'oggetto sociale prevedendo attività illeciti o impossibili. Lo studio sul concetto di ordine pubblico arbitrale mi consente oggi di superare questa esegesi.

Stesso discorso vale per le azioni di responsabilità¹⁴⁸ e di revoca degli amministratori. Per quanto concerne le prime l'art. 2393 c.c. conferma la bontà di questa conclusione, attribuendo alla società il potere di rinunciare e di transigere la relativa azione¹⁴⁹. Al contrario, per quanto concerne le seconde, nulla è indicato dal dettato normativo, tanto che la giurisprudenza nega la loro compromettibilità¹⁵⁰.

A mio avviso, a prescindere dalla previsione di legge, la piena ammissibilità dell'azione arbitrale, con riguardo ad entrambe le fattispecie, trova fondamento nella natura contrattuale¹⁵¹ del rapporto che si instaura tra amministratori e società¹⁵². Potendo la materia negoziale essere ricompresa all'interno dell'ordine pubblico arbitrale, tutte le vicende relative a questa relazione possono essere oggetto di arbitrato¹⁵³.

¹⁴⁸ VASSALLI, *sub* art. 2393 c.c., cit., p. 689.

¹⁴⁹ Trib. Milano, 25 novembre 2011, in *Giur. it.*, 2012, pp. 2069 ss.; Trib. Belluno, 26 ottobre 2005, in *Giur. it.*, 2006, II, p. 1639, con nota di RESTANO; App. Roma, 12 maggio 1932, in *Riv. dir. comm.*, 1933, II, pp. 142 ss.; App. Milano, 14 gennaio 1992, in *Società*, 1992, pp. 655 ss.

¹⁵⁰ Cass., 18 febbraio 1988, n. 1739, in *Società*, 1989, pp. 476 ss.; Trib. Padova, 20 giugno 1989, in *Foro pad.*, 1989, I, pp. 328 ss.; Trib. Biella, 8 gennaio 2001, in *Dir. comm.*, 2002, pp. 979 ss.; Trib. Catania, 19 dicembre 2003, in *Dir. fall.*, 2004, pp. 504 ss.

¹⁵¹ Sul punto: MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, p. 71; COTTINO, *Diritto commerciale*, I, Padova, 1976, p. 655; ALLORIO, *Responsabilità degli amministratori d'anonime e arbitrato*, cit., pp. 163 ss.; BONELLI, *L'esercizio delle azioni di responsabilità*, in *Trattato della società per azioni*, cit., p. 423; MASSIMO FRANZONI, *Società per azioni*, in GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, III, 1, 2008, Roma-Bologna, pp. 5 ss., che, alla luce della nuova disciplina, sembra propendere la tesi acontrattuale.

¹⁵² BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1996, pp. 60 ss.; CACCAVALE, *L'amministrazione, la rappresentanza e i controlli*, in CACCAVALE *et al.* (a cura di), *La riforma della società a responsabilità limitata*, Napoli, 2007, pp. 486 ss.

¹⁵³ Così si esprime anche l'ordinamento americano: CHOPER, COFFEE JR, GILSON, *Cases and materials on Corporations*, 6th ed., New York, 2004, pp. 74 ss. Le conclusioni non cambiano alla luce delle osservazioni già compiute in materia di impugnazione delle delibere nel caso in cui l'azione di revoca sia stata esperita per mancato rispetto da parte degli amministratori dei principi di chiarezza e veridicità nella redazione del bilancio. In questi termini anche la giurisprudenza francese: *Court d'Appel Paris*, 7 ottobre 2014, in *Rev. arb.*, 2015, pp. 528 ss. Tali osservazioni sono estensibili anche alle s.r.l., come si è già dimostrato in *La compromettibilità dell'azione di revoca dell'amministratore nelle s.r.l.*, cit., pp. 467 ss.

In verità, la conclusione a cui si è approdati subisce un parziale deroga¹⁵⁴ qualora l'azione di responsabilità sia promossa dai creditori sociali, *ex art.* 2394 c.c.¹⁵⁵. Questi ultimi, in base alle regole generali, non possono azionare la clausola compromissoria statutaria che non li vincola. Al contempo, però, non è neppure possibile un loro intervento all'interno del giudizio arbitrale promosso dalla società o dai soci, poiché non vi è identità del diritto fatto valere nel processo¹⁵⁶.

Tuttavia, in siffatti casi, l'esercizio dell'azione arbitrale da parte della società o dei soci non arreca alcun pregiudizio a questi soggetti, poiché la normativa espressamente stabilisce la salvezza del diritto al risarcimento del creditore sociale o del terzo (cfr. artt. 2394 e 2395 c.c.)¹⁵⁷.

Devono reputarsi compromettibili anche le liti in materia di scioglimento della società¹⁵⁸, su cui già la dottrina conviene avvalendosi del dettato dell'art. 2484 c.c.¹⁵⁹. Quest'ultimo prevede la facoltà per

¹⁵⁴ Discorso a parte deve essere compiuto con riguardo all'art. 2395 c.c. che introduce il diritto al risarcimento dei danni in capo al terzo o ai soci. Sul punto BONELLI, *L'esercizio delle azioni di responsabilità*, cit., pp. 445 ss.

¹⁵⁵ Stesso dicasi nel caso dell'azione promossa dal terzo *ex art.* 2395 c.c.

¹⁵⁶ In questo senso Cass., 22 ottobre 1998, n. 10488, in *DeJure*. Per una visione d'insieme: AUDINO, *sub art.* 2394 c.c., in MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Comm. breve al dir. delle società*, Vicenza, 2015, pp. 744 ss.; SAMBUCCI, *sub art.* 2394 c.c., in *Società di capitali*, cit., p. 704, secondo cui gli amministratori non possono proporre ai creditori le eccezioni che potrebbero sollevare nei confronti della società. A tale proposito si ricordi che nei confronti dei creditori sociali la responsabilità degli amministratori deriva «dall'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale».

¹⁵⁷ In coerenza con l'autonomia dell'azione, come osserva SAMBUCCI, *sub art.* 2394 c.c., p. 708.

¹⁵⁸ In senso contrario: Cass., 10 ottobre 1962, n. 2910, in *Giust. civ.*, 1963, pp. 29 ss.; Cass., 28 marzo 1969, n. 1001, in *Giur. it.*, 1969, I, pp. 1694 ss.; Cass., 7 febbraio 1968, n. 404, in *Foro it.*, 1969, II, cc. 1234 ss.; Cass., 15 ottobre 1981, n. 5399, in *Dir. fall.*, 1982, pp. 37 ss.; Cass., 20 aprile 1985, n. 2611, in *Società*, 1986, pp. 963 ss.; Cass., 19 settembre 2000, n. 12412, in *Giust. civ.*, 2001, pp. 405 ss.; Arbitro unico, 15 aprile 2002, in *Riv. arb.*, 2003, pp. 557 ss.; Trib. Ravenna, 3 febbraio 2006, in *Corr. mer.*, 2006, p. 840 e in *Giur. it.*, 2006, p. 1875, con nota di CERRATO; Trib. Modena, 12 aprile 2004, in *Società*, 2004, p. 1270, con nota di SOLDATI e in *Gius.*, 2004, p. 3337; a favore della compromettibilità, invece, Trib. Bologna, 17 giugno 2008, in *DeJure*.

¹⁵⁹ Tale norma prevede che i casi di scioglimento possano essere dettati pattiziamente dallo statuto. Inoltre lo scioglimento può derivare da una delibera dell'assemblea o da una declaratoria accertativa degli amministratori: in entrambi i casi lo

la società di determinare pattiziamente i casi di scioglimento: ne segue che, se l'autonomia negoziale non è esclusa¹⁶⁰, a maggior ragione la controversia può essere devoluta al giudizio arbitrale¹⁶¹. A favore dell'arbitrabilità della controversia *de qua* si pongono anche altri ordinamenti, in particolare quello francese¹⁶² e quello americano¹⁶³. Essi, pur sostenendo che la disputa in esame sia in grado di coinvolgere gli interessi di soggetti terzi¹⁶⁴, non ritengono che la superindividualità del diritto possa costituire un valido motivo per concludere a favore dell'incompromettibilità della lite, poiché l'arbitro, come il giudice, può e deve «*respecter toutes les exigences légale en la matière*»¹⁶⁵.

Ed ancora.

Non devono neppure essere sollevati dubbi in merito all'arbitrabilità delle liti relative all'esclusione e al recesso del socio¹⁶⁶, trat-

scioglimento opera, secondo la dottrina prevalente, dal momento della pubblicità delle relative declaratorie, segno che l'effetto si produce con la dichiarazione negoziale. Favorevoli alla compromettibilità: CORSINI, *Società di persone, clausola compromissoria statutaria ed arbitrabilità delle controversie in materia di scioglimento del rapporto sociale*, in *Giur. comm.*, 2008, p. 878, ma già prima GHIDINI, *Società di persone*, Padova, 1972, p. 823, il quale ammette solo l'arbitrato di diritto e non quello di equità, in quanto le cause di scioglimento sono predeterminate dalla legge e sono tassative per il principio della conservazione dell'impresa; SILINGARDI, *Il compromesso in arbitri nelle società di capitali*, Milano, 1979, pp. 93 ss.; SCHIZZEROTTO, *L'arbitrato rituale nella giurisprudenza*, Padova, 1969, p. 39; TETI, *L'arbitrato nelle società*, in *Riv. arb.*, 1993, p. 306; *contra*: ROSIN, *L'arbitrato nel diritto societario*, in CECHELLA (a cura di), *L'arbitrato*, Torino, 2005, p. 521.

¹⁶⁰ ANGELICI, *Le basi contrattuali delle società per azioni*, cit., p. 110.

¹⁶¹ Per le stesse ragioni e per quelle espone in materia di impugnativa di delibere assembleari non vedo motivi per escludere l'ammissibilità dell'azione arbitrale con riguardo alle controversie relative alla violazione delle regole in ordine all'azzeramento del capitale sociale ed alla ricostruzione effettuata avvalendosi, in violazione di un divieto di legge, di riserve sociali non utilizzabili a tal fine (in senso contrario, Cass., 30 ottobre 2012, n. 18671, in *DeJure*).

¹⁶² Recentemente, *Court d'Appel de Paris*, 20 janvier e 7 avril 2015, in *Rev. arb.*, 2015, pp. 797 ss., con nota di COHEN.

¹⁶³ BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri: studio di diritto italiano e comparato*, II, cit., p. 257.

¹⁶⁴ Sul punto, NICCOLINI, *Interessi pubblici e interessi privati nella estinzione della società*, Milano, 1990, pp. 105 ss. e 405 ss.

¹⁶⁵ COHEN, in nota *Court d'Appel de Paris*, 20 janvier e 7 avril 2015, cit., p. 819. In senso contrario si pongono gli interpreti spagnoli, OLIVENCIA RUIZ, *Artículo 2. Materias objecto de arbitraje*, cit., p. 59.

¹⁶⁶ Nonostante che la società di persone esuli dalla presente trattazione, come si è indicato all'inizio del presente capitolo, per completezza, è giusto ricordare che si

tandosi di diritti rientranti nell'ordine pubblico di protezione¹⁶⁷: la complessa normativa inderogabile dettata dal codice, che può determinare anche un'indiretta compromissione dei diritti di soggetti terzi¹⁶⁸, ha l'esclusivo fine di garantire la tutela del singolo socio contro lo strapotere della maggioranza¹⁶⁹. Non a caso, l'art. 2437 c.c., in materia di recesso, attribuisce la legittimazione all'esercizio del diritto a tutti i soci che non hanno concorso all'approvazione della delibera. Stessa tutela è prevista dall'art. 2473 c.c.

Tale lettura non può essere smentita dall'art. 2437, ultimo comma, c.c., che preveda la nullità di ogni patto volto ad escludere o rendere più gravoso il diritto di recesso, poiché la scelta a favore della cognizione degli arbitri, come più volte ribadito, garantisce la piena realizzazione del diritto tutelato dalla norma in esame¹⁷⁰.

Anche la controversia relativa all'esclusione del socio (art. 2473-bis c.c.) è pienamente arbitrabile: oltre al fatto che le clausole di esclusione possono essere determinate dall'atto costitutivo e, quindi, rientrano nella piena disponibilità dell'autonomia negoziale, lo stesso processo arbitrale è in grado di garantire l'accertamento della causa di esclusione¹⁷¹.

ritiene ammissibile il ricorso allo strumento arbitrale, anche se la società è composta da due soli soci (sul punto: BIANCHI, *L'arbitrato nelle controversie societarie*, Padova, 2001, pp. 105 ss.; si veda anche SOLDATI, *Le clausole compromissorie nelle società di capitali*, cit., p. 160).

¹⁶⁷ È definito (Cass., 8 novembre 2005, n. 21641, in *Riv. dir. comm.*, 2005, pp. 279 ss.) come contrappeso al principio maggioritario che permette al socio, che si vede imposta la modifica delle basi essenziali dell'organizzazione, di liquidare il proprio investimento. Sul punto si rimanda anche a PACIELLO, *sub art. 2437 c.c.*, in *Società di capitali*, cit., p. 1123; FICO, *Lo scioglimento del rapporto societario. Recesso, esclusione e morte del socio*, Milano, 2012, pp. 52 ss.; ACQUAS, *Il recesso del socio di società di capitali nella riforma del diritto societario*, in ACQUAS, LECIS (a cura di), *Il recesso del socio nella s.p.a. e nella s.r.l.*, Milano, 2010, pp. 5 ss.

¹⁶⁸ PACIELLO, *sub art. 2437 c.c.*, cit., p. 1108 e p. 1123.

¹⁶⁹ MANCINI, *sub art. 2437*, in *Commentario breve al diritto delle società*, cit., p. 1123.

¹⁷⁰ Osserva Galgano (F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, cit., p. 363) che l'assenso anticipato dei soci è da intendersi come valida rinuncia al recesso in quanto il socio non dispone del diritto astratto (irrinunciabile) al recesso, ma del diritto in concreto relativo a una determinata deliberazione. Tuttavia, come più volte si è osservato discorrendo sia delle controversie familiari sia di quelle lavoristiche, in arbitrato non ha senso distinguere un profilo astratto e uno concreto.

¹⁷¹ Come osserva COHEN, in nota *Court d'Appel de Paris*, 20 janvier e 7 avril 2015, cit., p. 124.

Infine, devono ritenersi compromettibili le dispute sulla nullità della società¹⁷², nonostante la posizione contraria della letteratura¹⁷³. Come già si è posto in luce, lo strumento arbitrale consente, indipendentemente dalla gravità del vizio, di espungerlo dall'ordinamento. Pertanto, non vi sono ragioni per negare l'ammissibilità del processo arbitrale, poiché esso garantisce la realizzazione di ciò che l'ordinamento persegue. Infatti, l'art. 2332 c.c., se da una parte stabilisce che gli atti compiuti in nome della società, dopo l'iscrizione nel registro delle imprese, non vengono travolti dalla nullità, dall'altra parte prescrive che non si possa dare corso alla declaratoria di nullità qualora la causa sia stata eliminata e di tale eliminazione sia stata data pubblicità con l'iscrizione nel registro delle imprese¹⁷⁴. Detto potere ha portato la dottrina a evidenziare come «l'organizzazione sociale prenda il sopravvento sul contratto che ne è (di regola) alla base»¹⁷⁵.

Si tratta di una posizione condivisa da altri ordinamenti, come quello francese¹⁷⁶, quello belga¹⁷⁷ e quello svizzero¹⁷⁸.

¹⁷² In questo senso, benché abbracciando un altro *iter* argomentativo, CORAPI, *Appunti in tema di arbitrato societario*, cit., p. 11. Per una disamina di detto istituto anche in chiave evolutiva si rimanda a PALMIERI, *La nullità della società per azioni*, in COLOMBO, PORTALE (a cura di), *Trattato delle società per azioni*, Torino, 2004, pp. 457 ss.

¹⁷³ CERRATO, *La clausola compromissoria nelle società*, cit., p. 217.

¹⁷⁴ Benché venga prevista una legittimazione estesa, essa è subordinata all'esistenza di un effettivo interesse. Al contempo, la imprescrittibilità dell'azione perde rilievo nella menzionata sanatoria. Sul punto si rimanda alle osservazioni di PALMIERI, *La nullità della società per azioni*, cit., pp. 569 ss.

¹⁷⁵ Sul punto BELTRAMI, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari ex art. 2379-ter c.c.*, in CAMPOBASSO *et al.* (cura di), *Società, banche e crisi d'impresa*, Milano, 2014, p. 701, che pone in evidenza come tale disposizione trovi fondamento nell'ordinamento tedesco.

¹⁷⁶ *Court Cassation, civil*, 4 avril 2002 e *Court de Cassation, commerciale*, 9 avril 2002, in *Rev. arb.*, 2003, pp. 103 ss., che in presenza di una clausola compromissoria il giudice statale è incompetente anche qualora l'oggetto della lite riguardi la declaratoria di nullità della società; sul punto ampiamente COHEN, *Arbitrage e société*, cit., p. 302, anche per ogni più opportuno riferimento.

¹⁷⁷ Almeno per quanto concerne la dottrina: HANOTIAU, *L'arbitrabilité des litiges en matière de droit des sociétés*, cit., p. 103; CAPRASSE, *Les sociétés et l'arbitrage*, cit., p. 159.

¹⁷⁸ GUYET, *L'arbitrage en matière de sociétés et ses sources endroit suisse*, in *Rev. arb.*, 1963, p. 9.

8. *I casi di inammissibilità dell'azione arbitrale e i finti divieti di arbitrabilità*

Accanto a un ampio settore di controversie arbitrabili, possono essere anche individuati alcuni casi di inammissibilità dell'azione arbitrale.

L'art. 34, comma 5° sembrerebbe introdurre uno specifico divieto di legge, individuando una equazione tra inammissibilità dell'azione arbitrale e intervento obbligatorio del pubblico ministero.

In verità, dall'analisi delle quattro fattispecie interessate dalla presenza dell'autorità inquirente, è possibile dedurre che il menzionato divieto si traduca, salvo quanto si dirà nel proseguo, in una inutile superfetazione del generale principio della disponibilità del diritto¹⁷⁹.

La prima ipotesi in cui assume rilievo l'attività del pubblico ministero è quella del procedimento *ex art.* 2409 c.c., processo attivabile dai soci che rappresentano una determinata percentuale di capitale sociale o anche dal collegio sindacale, dal consiglio di sorveglianza, dal comitato per il controllo sulla gestione, nonché, ma solo per le società che fanno ricorso al mercato di capitali di rischio, dal pubblico ministero. In questo caso, a differenza della previgente disposizione¹⁸⁰, l'intervento del pubblico ministero è circoscritto alle sole ipotesi di società che fanno ricorso al capitale di rischio¹⁸¹, fattispecie, peraltro, esclusa dall'ambito di applicazione del d.lgs. n. 5 del 2003. Prescindendo da ogni valutazione in merito a tale scelta

¹⁷⁹ CARPI, *Profili dell'arbitrato in materia societaria*, cit., p. 420; *contra*, NELA, *sub art.* 34, cit., 956; SOLDATI, *Le clausole compromissorie nelle società di capitali*, Milano, 2005, p. 122; LUISO, *Appunti sull'arbitrato societario*, cit., p. 707; RUFFINI, *Il nuovo arbitrato per le controversie societarie*, cit., pp. 499 ss.

¹⁸⁰ CERAMI, *Il controllo giudiziario sulle società di capitali (art. 2409 c.c.)*, Milano, 1954, pp. 21 ss.; GHIRGA, *Il procedimento per irregolarità nella gestione sociale*, Padova, 1994, pp. 83 ss. Già nella previgente versione, la giurisprudenza riteneva il procedimento *de quo* escluso dalla giustizia arbitrale: Cass., 23 ottobre 1961, n. 2347, in *Foro pad.*, pp. 9 ss., con nota adesiva di RAFFAELLI; Cons. Stato, 6 marzo 1973, n. 80, in *Giust. civ.*, 1973, II, pp. 269 ss.; App. Ancona, 14 febbraio 1998, in *Società*, 1998, pp. 941 ss.; Trib. di Santa Maria Capua Vetere, 4 maggio 2001, in *Società*, 2002, pp. 69 ss., con nota di MAINETTI.

¹⁸¹ Per la previsione previgente si rimanda a ROVELLI, *L'arbitrato nelle società*, in ALPA (a cura di), *Arbitrato*, II, Torino, 1999, pp. 933 ss.

legislativa, ritengo che tutta la fattispecie delineata dall'art. 2409 c.c. sia sottratta al giudizio degli arbitri.

Tale conclusione trova il suo fondamento nel fatto che il procedimento in esame¹⁸², esercitato senza un vero e proprio contraddittorio¹⁸³, non ha per oggetto alcuna controversia su un diritto soggettivo¹⁸⁴, come dimostra il contenuto del provvedimento finale¹⁸⁵. Indipendentemente dal fatto che nella prassi sia un procedimento assai "conflittuale", l'istituto disciplinato dall'art. 2409 c.c. è solo finalizzato al ripristino della corretta amministrazione dell'ente societario¹⁸⁶.

In tale caso, come osserva anche la dottrina, solo l'attuazione del processo innanzi al giudice consente la piena realizzazione dell'effetto che si vuole ottenere¹⁸⁷, che, secondo alcuni, assume natura cautelare¹⁸⁸.

¹⁸² MICELI, *Il processo di fallimento nel quadro della tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, p. 18, nota 64, la cui ricostruzione trae spunto da ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, in *Problemi del diritto*, Milano, 1957, p. 118.

¹⁸³ DOMENICHINI, *sub art. 2409 c.c.*, in *Società di capitali*, cit., p. 794.

¹⁸⁴ In questo senso, *ex multis*: Cass., 12 giugno 2007, n. 13767, in *DeJure*; Cass., 12 settembre 2008, n. 23556, *ivi*; Cass., 29 dicembre 2011, n. 30052, *ivi*; Cass., 12 luglio 2000, n. 9257, in *Dir. fall.*, 2000, II, pp. 857 ss.; Cass., 15 marzo 2001, n. 3750, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, p. 487; App. Firenze, 10 settembre 2002, in *Giur. mer.*, 2002, pp. 73 ss. Per una ricostruzione teorica del dibattito dottrinale si rimanda a GHIRGA, *Il procedimento per irregolarità*, cit., pp. 37 ss.

¹⁸⁵ L'assenza di una controversia trova dimostrazione anche nell'impossibilità di statuire sulle spese del giudizio, come rileva anche Cass., 15 marzo 2001, n. 3750, in *Foro it.*, 2002, I, c. 831, con nota di GALLO.

¹⁸⁶ Sulla portata dell'art. 2409 c.c. si rimanda alle osservazioni di BONGIORNO, *Il procedimento previsto dall'art. 2409 c.c.*, in *Processo civile e società commerciali*, cit., pp. 129 ss.

¹⁸⁷ Sul punto appaiono interessanti anche le osservazioni di NELA, *Controversie arbitrabili*, cit., p. 1601, nota 38 e a SOLDATI, *Le clausole compromissorie nelle società commerciali*, cit., p. 139, che ricordando la dottrina più risalente, parla di «procedimenti inalienabili».

¹⁸⁸ PROVINCIALI, *Natura giuridica, impugnabilità e intervento del Pubblico Ministero nel procedimento ex art. 2409 c.c.*, in *Dir. fall.*, 1956, II, pp. 312 ss. In giurisprudenza da ultimo: App. Venezia, 29 maggio 1990, in *Foro it.*, 1991, I, cc. 1237 ss.; Pret. Acqui Terme, 23 ottobre 1989, in *Società*, 1990, pp. 364 ss.; Trib. Milano, 21 dicembre 1987, in *Società*, 1988, pp. 410 ss.; Cass., 21 marzo 2007, n. 6805, in *DeJure*. Per una ampia disamina si rimanda a TEDESCHI, *Il controllo giudiziario sull'amministrazione delle società di capitali*, Padova, 1965, p. 257.

Simili considerazioni¹⁸⁹ possono essere svolte anche con riguardo alla seconda ipotesi, ovvero il procedimento promosso dagli amministratori contro la mancata iscrizione della modificazione dello statuto nel registro delle imprese (art. 2436, comma 4°, c.c.). A prescindere dalla presenza del pubblico ministero, questa fattispecie non ammette l'azione arbitrale perché, oltre a mancare una controversia, difetta anche l'esistenza di una posizione giuridica soggettiva da tutelare. Stesso discorso deve essere svolto in relazione alla fattispecie di cui all'art. 2446, comma 2°, c.c., relativo alla riduzione del capitale sociale per perdite, ad opera del giudice, in mancanza di apposita delibera assembleare.

Più problematica, invece, è l'esclusione sancita nei riguardi dell'art. 2487, ultimo comma, c.c. in merito alla revoca dei liquidatori. Si tratta, a mio avviso, dell'unico caso che costituisce, alla luce del principio enunciato dall'art. 34, comma 5°, una fattispecie di divieto espresso di arbitrato.

Indipendentemente dal fatto che la previgente disciplina del rito societario abbia ricondotto il procedimento *de quo* nell'alveo del rito camerale, non vi è dubbio che, come testimoniano anche le pronunce giurisprudenziali recenti¹⁹⁰, esista una controversia su un diritto soggettivo¹⁹¹. Esso è pienamente disponibile: l'interesse generale che alla base non è così forte da escludere l'adozione di un processo privato, volto all'accertamento dell'esistenza della giusta causa¹⁹². Ne segue che si è di fronte a un esplicito divieto *ex lege* di arbitrato.

¹⁸⁹ Nei casi sopra menzionati una parte della dottrina (PUNZI, *Disegno sistematico sull'arbitrato*, Padova, 2012, I, p. 397) parla di inarbitrabilità *quoad officium*.

¹⁹⁰ Trib. Milano, 8 ottobre 2013, in *Società*, 2013, pp. 1388 ss. e Trib. Udine, 8 giugno 2012, richiamate entrambe da DONATIVI, *L'arbitrato societario*, cit., p. 61, nota 105. Sul punto anche PASQUARIELLO, *sub art. 2487*, in *Commentario breve al diritto delle società*, cit., p. 1499; pre novella si rimanda a NICOLLINI, *Scioglimento, liquidazione ed estinzione della società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, cit., pp. 569 ss.

¹⁹¹ In senso difforme, mi pare CERRATO, *La clausola compromissoria nelle società*, cit., p. 167. Nella disciplina pre novella del 2003 in questo senso anche NICOLLINI, *Scioglimento, liquidazione ed estinzione delle società per azioni*, cit., p. 571.

¹⁹² Per una esauriente casistica sulle fattispecie di giusta causa si rimanda a PASQUARIELLO, *sub art. 2487*, cit., p. 1498.

Si deve discorrere, inoltre, di inammissibilità dell'azione arbitrale con riguardo alla disputa relativa alla nomina dei liquidatori: in questo caso difetta l'esistenza di un vero e proprio diritto¹⁹³.

Diversamente, come già si è avuto modo di enunciare, non rientra tra i casi di inarbitrabilità¹⁹⁴ il divieto di ricorrere all'arbitrato societario nei casi di società "aperte", sancito dall'art. 34, comma 1°, d.lgs. n. 5 del 2003. Benché questa ipotesi non contempli l'applicabilità della disciplina speciale, nulla toglie di poter ricorrere all'arbitrato qualora la volontà compromissoria venga espressa mediante compromesso o derivi da clausola compromissoria inserita in atti derivati, come i patti parasociali¹⁹⁵.

Al contempo non rientra nei casi di inammissibilità la limitazione del ricorso al giudizio di arbitri con riguardo alle «controversie [...] che abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale». Anche in questa fattispecie si pone un problema di disciplina applicabile e non tanto di tutela arbitrale. In altri termini, se il diritto che entra in gioco è compromettibile, trova applicazione la normativa dell'arbitrato di diritto comune.

Non vi sono, quindi, ragioni per escludere l'arbitrabilità delle dispute relative ai patti parasociali, la cui giustificazione trova fondamento nella loro natura contrattuale¹⁹⁶.

¹⁹³ Come rileva, Cass., 2 febbraio 2005, n. 2087, in *Mass. Foro it.*, 2005, c. 141; Trib. Modena, 12 aprile 2004, in *Società*, 2004, p. 1270, con nota di SOLDATI.

¹⁹⁴ Sul punto si veda CORSINI, *Arbitrato e società che fanno ricorso al mercato di capitale di rischio: problemi e prospettive*, in *Riv. arb.*, 2017, pp. 333 ss., secondo cui il divieto di arbitrato in questo settore rende la materia incompromettibile.

¹⁹⁵ Per la sorte della clausola inserita in una società divenuta solo in un secondo momento aperta, si rimanda a GABRIELLI, *Clausole compromissorie e statuti sociali*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 87.

¹⁹⁶ SOLDATI, *Le clausole compromissorie nelle società di commerciali*, cit., pp. 190 ss., che offre anche una ricostruzione sistematica degli stessi; BIANCHI, *L'arbitrato nelle controversie societarie*, cit., p. 126; A.L. ARRIGONI, *L'arbitrato e le clausole di compromesse negli statuti societari, nei patti parasociali, nei contratti e nelle joint ventures*, in *Riv. dott. comm.*, 1992, pp. 1 ss.

9. Sintesi

Nel presente capitolo ho dimostrato, salvo le specifiche esclusioni indicate, la compatibilità dell'azione arbitrale con le vicende caratterizzanti il fenomeno endosocietario.

Dopo avere ricostruito le posizioni accolte dalla dottrina e dalla giurisprudenza con riguardo al problema della compromettibilità nelle liti *de quibus*, la mia indagine si è concentrata nel definire la peculiarità dei diritti che connotano il microcosmo societario. L'analisi della dottrina mi ha consentito di provare che non è possibile comprendere il fenomeno societario attraverso la tradizionale categoria del "diritto soggettivo", stante il respiro superindividuale che connota le posizioni giuridiche soggettive che vengono in esame.

Al contempo, però, ho ritenuto di dovere accogliere un concetto di arbitrabilità nel rispetto dei confini tracciati dall'art. 806 c.p.c.: argomentare in modo diverso vorrebbe dire snaturare il dettato normativo che, anche in ambito di liti endosocietarie, rinviene nella disponibilità del diritto la chiave di lettura del problema dell'ammissibilità dell'azione arbitrale.

Date queste premesse ho analizzato il cuore del contenzioso societario, e cioè il problema della compromettibilità delle impugnative delle delibere societarie.

Dopo avere identificato l'oggetto del processo nel diritto potestativo alla relativa declaratoria, ho dedotto, alla luce della disciplina positiva, la possibilità di collocare questa posizione giuridica soggettiva all'interno dell'ordine pubblico sostanziale di protezione.

Nella consapevolezza che l'esegesi offerta potesse essere minata dalla recente posizione assunta dalla Suprema Corte in merito all'oggetto del processo, ho dimostrato che l'ammissibilità dell'azione arbitrale trova comunque conforto nel concetto di ordine pubblico arbitrale accolto.

Nella prima parte del lavoro avevo dimostrato la diversità esistente tra l'ordine pubblico sostanziale e quello arbitrale. La diversa funzione che presiede i due ambiti determina una differente estensione dei loro rispettivi confini. Mentre il primo è volto a limitare l'autonomia negoziale delle parti, il secondo circoscrive la possibilità di avvalersi di un accertamento privato.

Avvalendomi di tale assunto ho concluso che, indipendentemente dalla gravità del vizio della deliberazione impugnata, l'arbitrato, a differenza della disciplina negoziale, è in grado di eliminare detta irregolarità dall'ordinamento¹⁹⁷, poiché il fine perseguito dal processo privato è lo stesso che connota l'interesse generale della disciplina societaria.

Tuttavia, la superindividualità delle posizioni giuridiche soggettive impone che la scelta arbitrale non arrechi alcun nocumento a coloro che non hanno stipulato la convenzione arbitrale, e in particolare, per espressa volontà legislativa, a chi, in buona fede, abbia acquisito diritti in virtù della decisione impugnata.

Analizzando la disciplina speciale dell'arbitrato societario e confrontandola con le tendenze sviluppatesi fuori dai confini interni, ho potuto constatare che i terzi ricevono solo parziale protezione.

Nonostante il legislatore delinei una disciplina specifica per questo ambito, consentendo anche al terzo di conoscere preventivamente le regole processuali del giudizio privato, la disciplina delineata non è in grado di offrire una completa protezione a coloro che non hanno stipulato la convenzione arbitrale, ma che risentono degli effetti del lodo. Infatti, come ho già verificato nei precedenti capitoli, anche in questo caso, manca una normativa volta a contenere i costi della giustizia arbitrale, che possono di fatto ostacolare il pieno esercizio del diritto di difesa dell'interveniente o comunque determinare una diffidenza nei confronti dell'arbitrato.

Stante il vuoto normativo che contraddistingue il nostro ordinamento, ho ritenuto, accostandomi all'interpretazione accolta da una parte della letteratura spagnola, che solo l'utilizzo dell'arbitrato amministrato consenta una preventiva conoscenza dei costi nonché una loro limitazione.

Se questo risultato mi ha permesso di sciogliere i dubbi sull'arbitrato derivante da clausola compromissoria, ho rinviato al capitolo successivo la verifica in merito all'arbitrato da compromesso.

¹⁹⁷ Sul punto COHEN, *Arbitrage et société*, cit. p. 147.

Infatti, in questa ultima ipotesi¹⁹⁸, per espressa volontà legislativa, non trova attuazione la disciplina speciale. Si tratta, a mio avviso, di un'inutile e negativa complicità che genera diffidenze ingiustificate nei confronti della giustizia privata, poiché la distinzione fra i due tipi di convenzione arbitrale genera potenziali contrasti attuativi, in virtù del fatto che non si tratta di sfere autonome e intangibili¹⁹⁹.

Una volta sciolto il nodo che limita il ricorso allo strumento arbitrale per quanto concerne le impugnative delle delibere assembleari, ho esaminato le ulteriori controversie che destano maggiori dubbi interpretativi, come quelle in materia di azione di responsabilità e di revoca degli amministratori, in tema di scioglimento e nullità della società.

Infine, la mia attenzione si è concentrata sui casi di inammissibilità dell'azione e ho dimostrato che, malgrado il divieto di arbitrato derivante dalla presenza del pubblico ministero, è possibile escludere, in genere, il ricorso al processo privato solo qualora vi sia l'assenza di una controversia o di un vero e proprio diritto. Da queste fattispecie ho poi escluso i cc.dd. finti casi di inammissibilità dell'azione arbitrale, tutti esulanti dal problema della compromettibilità, ma riconducibili a divieti di applicazione della clausola compromissoria statutaria.

¹⁹⁸ A cui si aggiungono quelle controversie che traggono origine da una clausola compromissoria non contenuta nello statuto o alla convenzione arbitrale non contrattuale che faccia riferimento a liti potenzialmente comprese nell'ambito endosocietario.

¹⁹⁹ Il problema è stato affrontato, tra gli altri, da DE NOVA, *Controversie societarie: arbitrato societario o arbitrato di diritto comune?*, in *Contratti*, 2004, pp. 847 ss.

CAPITOLO V

ARBITRATO E I DIRITTI DELLA PROPRIETÀ INDUSTRIALE

1. *Il quadro normativo e interpretativo di riferimento*

La natura superindividuale dei diritti e lo storico monopolio dello Stato nella concessione del titolo di privativa costituiscono i principali ostacoli al pieno sviluppo dell'arbitrato come mezzo di tutela dei diritti della proprietà industriale¹.

Nonostante che gli esperti ritengano l'arbitrato un ottimo mezzo di risoluzione delle liti², poiché, oltre a garantire la celerità dell'accertamento, offre la possibilità di pervenirvi attraverso il giudizio di soggetti altamente specializzati, la conformazione delle posizioni giuridiche soggettive interessate nel contenzioso costituisce un limite alla sua concreta attuazione³.

¹ Come pone in luce FRIGNANI, *L'arbitrato nella proprietà industriale*, in *Giur. piemontese*, 2009, p. 337; BICHI, *La compromettibilità in arbitrato rituale delle controversie in materia di diritto industriale*, in *Studi di diritto industriale in onore di Adriano Vanzetti*, 1, Milano, 2004, p. 222.

² E non solo gli interpreti nostrani. Sul punto LOQUIN, *Arbitrage. Conventions d'arbitrage. Condition de fond. Litige arbitral*, in *Juris Classeur*, 2016, fasc. 1024, n. 65, il quale evidenzia che, nonostante i divieti derivanti dal dettato normativo, «*L'évolution du droit positif a cependant conduit à une reconnaissance de plus en plus large des possibilités d'arbitrage en ce domaine, ce qui correspond aux besoins de la pratique*».

³ FRIGNANI, *Il futuro della proprietà industriale: l'arbitrato*, in *Dir. ind.*, 2011, pp. 156 ss.; FILOCAMO, *Arbitrabilità delle controversie in materia di proprietà industriale*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, p. 1113.

Simili problematiche non si rinvencono, invece, in materia *antitrust*, campo affine, se non coincidente sotto molteplici aspetti, a quello relativo ai diritti sui beni immateriali⁴.

Molto spesso può accadere che le dispute relative alle private industriali incidano su profili attinenti la disciplina *antitrust*: si pensi, ad esempio, al caso in cui il segno distintivo sia in grado di trarre in inganno il pubblico o la lite sia relativa ad accordi su segreti industriali, involgendo cartelli illegittimi⁵. In tali fattispecie, benché entrino in gioco interessi ultraindividuali (in particolare quei dei terzi e del mercato⁶), gli interpreti – e anche la giurisprudenza⁷ – sono attenti a precisare che l'ordine pubblico che circonda la disciplina non deve costituire un limite all'arbitrabilità della materia⁸, poiché la devoluzione agli arbitri di dette controversie non determina alcun aggiramento della normativa *antitrust*.

Si tratta, come è noto, di un assunto che ha trovato la sua prima affermazione oltreoceano, nel celebre caso *Mitsubishi*⁹, ove, in materia di arbitrato internazionale, la Suprema Corte americana ha riconosciuto che non potesse essere esclusa l'arbitrabilità in ragione della presenza di interessi di ordine pubblico (come il

⁴ Evidenziavano detto nesso già ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1990, pp. 305 ss.; GRISOLI, *La concorrenza: le disposizioni generali*, in RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, XVIII, Torino, 1983, p. 306; stessa osservazione viene sollevata nell'ordinamento spagnolo da VISCASILLAS, *Arbitrabilidad en propiedad industrial y competencia desleal*, in *Anuario de justicia alternativa*, 2007, pp. 47 ss. Tale collegamento, talvolta, non appare sussistere in ragione dei regimi normativi slegati fra loro.

⁵ ZUCCONI GALLI FONSECA, *L'arbitrato in materia IP*, in GIUSSANI (a cura di), *Il processo industriale*, Torino, 2012, p. 536.

⁶ RADICATI DI BROZOLO, *Arbitrato e norme di applicazione necessaria*, in *Aida*, 2006, p. 115.

⁷ Sul punto RASIA, *Tutela giudiziale europea e arbitrato*, Bologna, 2010, p. 124 ss.

⁸ CANALE, *Legislazione antitrust e arbitrato: cenni di diritto comparato e comunitario*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005, pp. 11; BARON, LINIGIER, *A Second Look at arbitrability*, in *Arb. Int.*, 1, 2003, pp. 27 ss.

⁹ Sent. *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth Inc.*, 473, US 614 (1985), in *Year. Comm. Arb.*, 1986, pp. 555 ss. A tale decisione fecero subito eco le corti federali: *Genna v. Lady Foot Int'l Inc.*, 1986, WL, 1236 (E.D. Pa 1986); *Hough v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner and Smith, Inc.*, 785, F.2d, 1274 (5th Cir., 1986).

buon funzionamento dell'economia americana), in quanto anche l'arbitro ha il dovere di rispettare e applicare le norme di carattere imperativo caratterizzanti la materia. Inoltre – precisava la Suprema Corte – l'ordinamento giuridico interessato ha sempre la possibilità di valutare criticamente la decisione arbitrale in sede di impugnazione o nel momento in cui ne fosse chiesto il riconoscimento o l'esecutività. Tale principio si è espanso prima a livello europeo, come dimostra il celebre caso *Eco Swiss-Benetton* del 1999¹⁰ e poi ha trovato progressiva affermazione anche nel nostro ordinamento¹¹.

¹⁰ Corte di giustizia, 1° giugno 1990, C-126/97, *Eco Swiss c. Benetton*, in *Racc.*, 1999, I, pp. 3055 ss., che trae origine da una procedura arbitrale relativa ad un contratto di licenza di marchio, nella quale gli arbitri emettevano una decisione parziale di condanna al risarcimento per anticipata risoluzione. Successivamente, poiché le parti non trovarono un accordo in merito all'ammontare del risarcimento, quest'ultimo venne determinato dagli arbitri. Nella pronuncia la Corte ha riconosciuto la censurabilità del lodo per violazione della normativa *antitrust*, dando, quindi, per presupposta la piena compromettibilità della materia. Ancora prima è giusto ricordare Corte di giustizia, 23 marzo 1982, C-102/81, *Nordsee vs Reederei e Nordstern*, in *Racc.*, 1982, p. 1095, in materia di aiuti concessi tramite un Fondo europeo; Corte di giustizia, 27 aprile 1994, C-393/92, *Comune di Almelo vs Energiebedrijf*, in *Racc.*, 1994, I, p. 1477, in materia di concorrenza. Entrambe le pronunce, pur precisando che gli arbitri, non costituendo organo giurisdizionale, sono incapaci del rinvio pregiudiziale, trattano il problema delle liti *antitrust*, dando per presupposta l'arbitrabilità delle stesse (così come rileva RADICATI DI BROZOLO, *Arbitrato, diritto della concorrenza, diritto comunitario e regole di procedura nazionali*, in *Riv. arb.*, 1999, p. 675). Per una disamina recente si rimanda a CARBONE, *Antritrust Commitments and Arbitration in European Law*, in *Riv. arb.*, 2013, pp. 1 ss.

¹¹ BASTIANON, *L'arbitrabilità delle controversie antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario*, in *Foro it.*, 1999, IV, cc. 471 ss. In giurisprudenza: Corte App. Bologna, 11 ottobre 1990, in *Riv. arb.*, 1993, pp. 77 ss.; Cass., 17 settembre 1997, n. 9251, in *Riv. arb.*, 1998, pp. 237 ss., con nota di TOMBARI; Corte d'app. Milano, 13 settembre 2002, in *Corr. giur.*, 2003, pp. 1626 ss., con nota di SALVANECHI; Corte app. Milano, 15 luglio 2006, in *Riv. arb.*, 2006, pp. 744 ss.; Cass., 21 agosto 1996, n. 7733, in *Danno e resp.*, con nota di BASTIANON. Anche negli altri stati membri dell'Unione Europea vige l'arbitrabilità di detta materia: sul punto si rimanda alla ricostruzione di RASIA, *Tutela giudiziale europea e arbitrato*, cit, pp. 129 ss. A questa disamina si deve aggiungere l'esperienza svedese, che esplicitamente ammette l'arbitrabilità di dette controversie, come ricorda BETTONI, *La giurisprudenza svedese in tema di arbitrato e diritto antitrust: arbitrabilità, interpretazione restrittiva dell'ordine pubblico e approccio minimalista*, in *Dir. comm. intern.*, 2014, 2, pp. 523 ss.

Se la presenza di un diritto superindividuale non ha impedito l'affermarsi dell'arbitrato in questa materia, esso costituisce un effettivo limite nelle controversie su beni immateriali.

La peculiare genesi dei diritti *de quibus* ha condizionato l'intera qualifica della posizione giuridica soggettiva che entra in gioco, malgrado che, attorno ai diritti di proprietà industriale, vi siano conflitti di natura squisitamente privata. In altri termini, anche nel contenzioso industriale si verifica qualcosa di analogo a quello che si è riscontrato nella dimensione societaria, e cioè l'impossibilità di scindere l'interesse del singolo da quello della collettività¹².

In verità, si cerca di superare questa difficoltà distinguendo¹³ le questioni relative al titolo da quelle concernenti i diritti patrimoniali derivanti e riconoscendo che solo i secondi possono essere decisi da arbitri¹⁴.

Peraltro, nessun sostegno deriva dalla disciplina positiva. Il d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 (c.d. c.p.i.) non contiene alcun riferimento all'arbitrato. Nel testo originale, l'art. 134 c.p.i. prevedeva che «negli arbitrati sulle materie di cui al comma 1 si applicano le norme degli articoli 35 e 36 del titolo V del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5». Detta previsione è stata poi soppressa con la legge 23 luglio 2009, n. 99¹⁵.

Oggi, permangono all'interno del tessuto del c.p.i. solo fattispecie di natura ibrida (artt. 64, 143 e 194 c.p.i)¹⁶, che, alla luce

¹² SPADA, in AUTERI *et al.* (a cura di), *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Torino, 2005, pp. 13 ss.

¹³ SCUFFI, *La consulenza tecnica preventiva e gli istituti deflattivi del contenzioso*, in SCUFFI, MARIO FRANZONI (a cura di), *Diritto industriale italiano*, II, Padova, 2014, pp. 1395 ss.; AGHINA, *Appunti in tema di arbitrabilità delle controversie sulla validità dei brevetti per invenzione*, in *Riv. dir. int.*, 1973, I, pp. 58 ss.; DE BERTI, *L'arbitrato e i contratti di trasferimento della tecnologia*, in *Rass. arb.*, 1977, p. 75 ss.; FIAMMENGHI, *Brevetti ed arbitrato: una penalizzazione che andrebbe eliminata*, in *Rass. arb.*, 1990, 151 ss.; per un'analisi nel regime pre-c.p.i., FILOCAMO, *Arbitrabilità delle controversie in materia di proprietà industriale*, cit., p. 1109; C. CAVALLINI, *I limiti oggettivi e soggettivi della clausola compromissoria*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, pp. 1136 ss.

¹⁴ Cass., 27 febbraio 2004, n. 3975, in *Arch. civ.*, 2004, p. 1436.

¹⁵ C. ARRIGONI, *Codice della proprietà industriale e rito societario*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, 351.

¹⁶ ZUCCONI GALLI FONSECA, *L'arbitrato in materia IP*, cit., p. 535; BARBUTO, *Invenzione dei dipendenti. Questioni processuali*, in UBERTAZZI (a cura di), *Il codice*

della definizione delineata di arbitrato all'interno di questo studio, difficilmente possono trovarvi collocazione, con l'inevitabile conseguenza di accentuare i dubbi esegetici.

A prescindere dall'esegesi che si reputa di accogliere in merito alle fattispecie richiamate¹⁷, è cruciale risolvere a monte il problema dell'ammissibilità dell'azione arbitrale in relazione ai diritti sui beni immateriali: nonostante la presenza o meno di una specifica previsione normativa, il ricorso all'arbitrato, come ho già enunciato, è possibile solo qualora il diritto oggetto di contestazione consenta di essere accertato tramite un processo privato.

Nelle pagine che seguono è, quindi, mia intenzione indagare quali tra i diritti su beni immateriali permettano l'esperimento dell'azione arbitrale. Preciso subito che la mia attenzione si focalizzerà sulla disciplina del marchio e del brevetto e sul diritto d'autore. Marginalmente, invece, verranno esaminate le ulteriori fattispecie di privative.

2. *L'arbitrabilità dei diritti al marchio e al brevetto*

La natura superindividuale del diritto al marchio e al brevetto, pur trovando consacrazione nel momento genetico, tende a mitigarsi nella fase della sua attuazione.

Come è noto, sia il brevetto di invenzione sia il marchio conferiscono un diritto di privativa cui l'ordinamento attribuisce una

della proprietà industriale, Milano, 2004, pp. 60 ss.; PELLACANI, *La disciplina delle invenzioni nel nuovo «codice della proprietà industriale»*, in *Dir. delle rel. ind.*, 2005, pp. 753 ss.; VIDIRI, *Il codice della proprietà industriale e le invenzioni dei lavoratori*, in *Mass. giur. lav.*, 2005, 10, pp. 78 ss.; FRIGNANI, *Il futuro della proprietà industriale*, cit., pp. 162 ss.

¹⁷ Alla luce dell'esegesi accolta del concetto di arbitrato, ritengo che esuli la fattispecie delineata dall'art. 64 c.p.i., ma ciò non toglie che la lite possa essere oggetto di arbitrato: infatti, la devoluzione alle sezioni specializzate di detto contenzioso non può costituire un limite alla giustizia privata, trattandosi di previsioni di carattere meramente organizzativo, che non incidono in alcun modo sulla natura dei diritti. Al contempo, non è neppure possibile inquadrare le procedure delineate dagli artt. 143 e 194 c.p.i. all'interno dell'arbitrato, nonostante che esse presentino profili di maggiore incertezza.

tutela di natura reale, sostanzialmente equiparandolo a un diritto di proprietà¹⁸. L'assegnazione di tale titolarità, che stando al dettato del c.p.i. ha origine costitutiva¹⁹, si basa sulla valutazione discrezionale che l'Ufficio italiano brevetti e marchi esegue sull'esistenza dei requisiti previsti dalla legge.

Essa ha natura amministrativa, tanto che la successiva fase di opposizione in ordine al provvedimento di rilascio è demandata a una peculiare Commissione dei ricorsi, qualificata come giurisdizione speciale²⁰ e costituita da un collegio di esperti (art. 135 c.p.i.²¹).

Per quanto concerne il marchio, in verità, è anche prevista una preventiva disciplina di opposizione alla registrazione²² innanzi all'Ufficio italiano brevetti e marchi, la cui decisione può essere impugnata di fronte alla Commissione dei ricorsi. All'interno di detta procedura, il legislatore contempera il potere per le parti di trovare una soluzione conciliativa della vertenza (art. 178 c.p.i.) prima di accedere alla vera e propria fase contenziosa. In tal modo

¹⁸ Come è noto si fronteggiano tre teorie: secondo una prima esegesi, oramai superata, i diritti di privativa devono essere ricondotti ai diritti di personalità, secondo una seconda opinione, invece, devono essere ricompresi nell'alveo dei diritti di proprietà. Infine, secondo una terza ricostruzione le posizioni giuridiche soggettive scaturenti dalle privative attribuiscono al suo titolare un diritto di monopolio. Per un'ampia ricostruzione, SANTINI, *I diritti della personalità nel diritto industriale*, Padova, 1959, pp. 1 ss.; GRECO, VERCCELLONE, *Le invenzioni e i modelli industriali*, in VASSALLI (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1968, pp. 48 ss.; per una disamina che riguarda solo le privative di invenzione anche BONELLI, *Privativa per invenzione industriale*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Milano, 1957, p. 909.

¹⁹ Così come prescrive l'art. 2, comma 5°, c.p.i. Prima di tale previsione si discuteva sulla sua natura, come ricorda OPPO, *Creazione intellettuale, creazione industriale e diritti di utilizzazione economica*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, I, pp. 1 ss.; SPADA, «*Creazione ed esclusiva*» trent'anni dopo, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, pp. 215 ss.

²⁰ Per l'esame anche della giurisprudenza costituzionale pronunciata su tale aspetto, FLORIDIA, *Le nuove procedure della Commissione dei Ricorsi secondo il c.p.i.*, in *Dir. ind.*, 2007, pp. 461 ss.

²¹ Per quanto concerne la disciplina dei marchi si rimanda a MURARO *et al.*, *Osservazioni sui marchi d'impresa e opposizioni alla registrazione*, in *Diritto industriale italiano*, II, cit., pp. 1117 ss.; per la normativa brevettuale si rimanda invece a SENA, *I diritti sulle invenzioni e i modelli di utilità*, CICU, MESSINEO, MENGONI e continuato da SCHLESINGER (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2011, pp. 277 ss.

²² Anche prevista nel caso di brevetto europeo, art. 100 CBE.

la valutazione sulla legittimità dell'avvenuta registrazione è demandata alla libertà privata. Inoltre, sempre in materia di marchio, l'art. 23 c.p.i. stabilisce la sua piena trasferibilità²³, e quindi anche la possibilità di concederlo in licenza²⁴, purché non si crei «inganno in quei caratteri [...] che sono essenziali nell'apprezzamento del pubblico»²⁵. La giurisprudenza ammette anche la facoltà²⁶ di stipulare accordi di coesistenza dei marchi²⁷, che servono o a evitare per il futuro delle cause tra proprietari di marchi simili o a transigere delle liti già in atto.

L'ampia libertà dispositiva che connota il diritto al marchio si rinviene anche con riguardo al diritto al brevetto di invenzione²⁸. Significativo a tale proposito è l'art. 63 c.p.i. (e anche gli artt. 2584 e 2589 c.c.), che qualifica come indisponibile unicamente il diritto morale d'autore; conformemente a questa statuizione l'art. 78 c.p.i.

²³ In questo senso anche l'art. 2573 c.c. Come osserva la dottrina la cessione può essere frutto di un contratto di comproprietà oppure può derivare da fusioni societarie, nonché da altri atti tra vivi o da una successione *mortis causa* (SIRONI, *Trasferimento e licenza del marchio*, in *Diritto industriale italiano*, I, cit., pp. 279 ss.).

²⁴ Interessante a tale proposito è un lodo citato da Fittante (FITTANTE, *Brand, Industrial design e Made in Italy: la tutela giuridica*, Milano, 2015, pp. 80-81), che ha negato la competenza degli arbitri in ordine alle domande fatte valere dal licenziante nei confronti del licenziatario e volte ad ottenere le sanzioni previste proprio in virtù della disciplina inderogabile sancita dall'art. 23, comma 2°, c.p.i.

²⁵ Sul punto: GALLI, *Protezione del marchio e interessi del mercato*, in *Studi di diritto industriale in onore di Vanzetti*, I, Milano, 2004, pp. 661 ss.

²⁶ Come rileva Cass., 19 ottobre 2004, n. 20472, in *Guida al dir.*, 2004, pp. 67 ss.; Cass., 10 ottobre 2008, n. 24909, in *Defure*, anche se escludono la natura dispositiva di detti accordi e li qualificano come contratti meramente obbligatori, aventi efficacia solo tra le parti. Tuttavia viene anche sottolineato che, in determinati casi, possono assumere rilevanza anche all'esterno; sul punto in generale SENA, *Il nuovo diritto dei marchi*, Milano, 2001, p. 185.

²⁷ La coesistenza può consistere sotto il profilo geografico (si veda LIUZZO, *Accordi di delimitazione del diritto di marchio e normativa comunitaria antitrust*, in *Riv. dir. ind.*, 1984, pp. 337 ss.), oppure sotto quello dei prodotti. Sul punto RAMPONE, *Appunti in tema di comunione di marchio d'impresa*, in *Riv. dir. ind.*, 2009, p. 136, che li ritiene validi nei limiti dei cinque anni in analogia con la previsione di cui all'art. 2596 c.c. L'a. è altresì attento a precisare di non confondere gli accordi di coesistenza con l'istituto della comunione di marchio, ammissibile alla luce dell'art. 6 c.p.i.; SPOLIDORO, *Il consenso del titolare e gli accordi di coesistenza*, in AA.VV. (a cura di), *Segni e forme distintive*, Milano, 2001, pp. 121 ss.

²⁸ SENA, *I diritti sulle invenzioni*, cit., pp. 324 ss.

consente al titolare del diritto al brevetto di rinunciarvi «con atto ricevuto dall'Ufficio italiano brevetti e marchi, da annotare sul registro dei brevetti». Qualora vi siano dei soggetti terzi aventi diritti patrimoniali sul brevetto, la legge prevede la necessità di recepire il loro preventivo consenso. Infine, il dettato dell'art. 79 c.p.i. attribuisce al titolare del brevetto di introdurre delle limitazioni al suo diritto²⁹.

Anche la disciplina sulle trascrizioni è connotata, come rilevano gli interpreti³⁰, da ampia disponibilità negoziale. È previsto che: *a*) il brevetto possa essere trasferito per atto tra vivi, a titolo oneroso od a titolo gratuito, in tutto o in parte, *b*) possano costituirsi, modificarsi o trasferirsi diritti personali o reali di godimento o di garanzia; *c*) il brevetto possa essere conferito in società; *d*) i diritti relativi siano oggetto di divisione, transazione e rinuncia; *e*) infine, il diritto si trasferisca anche per successione a causa di morte.

Alla luce del complessivo esame condotto, non potendo essere negata la disponibilità negoziale al diritto al marchio e al brevetto, non può neppure negarsi la sua arbitrabilità. Eventuali limitazioni all'esercizio del diritto, come quelle enunciate in materia di brevetto, non incidono sulla compomettibilità, poiché non è possibile discorrere di gradazioni nell'arbitrabilità del diritto.

Ne segue che l'azione arbitrale è ammissibile senza alcuna restrizione nelle controversie relative alla contraffazione e violazione di marchi e brevetti, così come quelle riguardanti i contratti di cessione e licenze. Alla medesima conclusione si deve pervenire con riguardo alle liti sulla nullità dei contratti aventi ad oggetto marchi e brevetti, in virtù anche di quanto già enunciato in materia di nullità delle impugnative delle delibere assembleari. Ma su tale aspetto rimando a quanto dirò nel proseguo.

²⁹ Attraverso, per esempio, la stipula di accordi di delimitazione del brevetto, sul punto FRIGNANI, *Il futuro della proprietà industriale*, cit., p. 161.

³⁰ ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, cit., pp. 438 ss.; GRECO, VECCHIONE, *Le invenzioni e i modelli industriali*, cit., pp. 301 ss.; SENA, *I diritti sulle invenzioni*, cit., pp. 325 ss., che evidenzia come il c.p.i. individui anche ulteriori indici che comprovano la trasferibilità in senso lato del brevetto, e cioè la disciplina dell'esecuzione forzata, del sequestro, della costituzione di diritti di garanzia e della espropriazione.

Diversamente non ritengo che il giudizio arbitrale possa considerarsi sostitutivo di quello incardinato innanzi alla Commissione dei ricorsi, in ragione della peculiare disciplina che deve essere seguita – tra cui anche le modalità di nomina dei giudicanti (art. 135 c.p.i.)³¹ – che, a mio avviso, costituisce condizione legittimante per la stessa decisione. In sostanza, l'inammissibilità dell'azione arbitrale non deriva dall'indisponibilità del diritto³² – su cui si è ampiamente argomentato in senso contrario – ma in ragione delle modalità attraverso cui le opposizioni devono essere decise. Si tratta di un implicito divieto di legge.

Alle stesse conclusioni si deve pervenire anche con riguardo alle liti relative alle opposizioni esperibili in materia di marchi innanzi all'Ufficio italiano brevetti e marchi³³, benché il dettato normativo consenta di raggiungere una soluzione conciliativa della vertenza. Positivamente, invece, come meglio dirò, si pone l'ordinamento spagnolo.

Nonostante questi elementi, ritengo che la struttura del procedimento, la cui gestione è direttamente attribuita all'Ufficio italiano brevetti e marchi, determini l'impossibilità per gli arbitri di decidere la relativa vertenza. Come nella fattispecie in precedenza esaminata, si deve parlare di implicito divieto di legge.

L'esegesi abbracciata in queste pagine trova riconoscimento nelle esperienze d'oltralpe. In Francia, dopo un periodo di ostilità³⁴, l'attuale *Code de la propriété intellectuelle* consente il ricorso allo

³¹ FLORIDIA, *Le nuove procedure della Commissione dei Ricorsi secondo il c.p.i.*, in *Il dir. ind.*, 2007, pp. 459 ss.; GIOIA, *La tutela giurisdizionale della proprietà industriale (artt. 117-146 d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 "codice della proprietà industriale, a norma dell'art. 15 della l. 12 dicembre 2002, n. 273")*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2006, p. 3.

³² Come dimostra la disamina precedente, è indiscutibile che si è alla presenza di un diritto soggettivo pienamente disponibile. Sul punto, SIROTTI, GAUDENZI, *Manuale pratico dei marchi e dei brevetti*, Santarcangelo di Romagna, 2011, p. 493.

³³ MURARO *et al.*, *Osservazioni sui marchi d'impresa e opposizioni alla registrazione*, cit., p. 1123.

³⁴ Come osserva RAYNARD, *Arbitrage et propriété intellectuelle. Contributions au colloque du Comité français de l'arbitrage*, in *Rev. arb.*, 2014, pp. 267 ss.; RACINE, *Arbitrage et contentieux de l'exploitation contractuelle des droits de propriété industrielle*, *ivi*, p. 290.

strumento arbitrale, purché siano rispettati i limiti enunciati negli artt. 2059 e 2060 del *Code civil*³⁵.

In Spagna, invece, la novellata disciplina in materia di brevetti (*Ley* 24 giugno 2015, n. 24), prevede all'art. 136, 1° comma, che «*Los interesados podrán recurrir a la mediación o someter a arbitraje las cuestiones litigiosas surgidas entre ellos con ocasión del ejercicio de los derechos reconocidos en esta Ley, en aquellas materias no excluidas de la libre disposición de las partes conforme a derecho*». Il comma 2 individua specifici divieti, tra cui l'impossibilità di ricorrere allo strumento arbitrale nei procedimenti di concessione o opposizione.

Diversamente la legge in materia di marchi, come anticipato, offre un'inedita apertura allo strumento arbitrale: l'art. 28, della *Ley* 7 dicembre 2001, n. 17, prevede la possibilità di devolvere al giudizio di arbitri le eventuali questioni litigiose³⁶ che sorgano al momento della registrazione del marchio, ad esclusione «*En ningún caso podrá someterse a arbitraje cuestiones referidas a la concurrencia o no de defectos formales o prohibiciones absolutas de registro*»³⁷.

Detto ricorso costituisce una vera e propria alternativa al giudizio di opposizione da svolgere in sede amministrativa³⁸. Per tale

³⁵ In questo senso prevedono gli artt. L. 615-17 in materia di brevetti e L. 716-4 con riguardo ai marchi. Per un'ampia panoramica sui brevetti, CHIARINY-DAUDET, *Le règlement judiciaire et arbitral des contentieux internationaux sur brevets d'invention*, Paris, 2006, pp. 303 ss.; RACINE, *Droit de l'arbitrage*, Paris, 2016, pp. 177 ss. Sono escluse dal giudizio di arbitri, oltre alle azioni di nullità delle privative industriali, quelle relative sulle cc.dd. «*licences imposées*», (artt. L. 613-11 ss.) e quelle sulla sanzione penale dell'azione di contraffazione. Già, però, dal 1994, la giurisprudenza riteneva che fossero arbitrabili le liti che traevano origine dallo sfruttamento dei brevetti (Court of Appeal Paris, 24 march 1994, in *Rev. arb.*, 1994, pp. 515 ss., con nota di JARROSON). Stessa previsione vige anche in materia di proprietà letteraria e artistica (art. L. 331-1), di disegni e modelli (art. L. 521-4), di varietà vegetale (L. 623-31) e di indicazioni geografiche (art. L. 722-8).

³⁶ VISCASILLAS, *Arbitrabilidad de los derechos de la propiedad industrial y de la competencia*, cit., osserva come la previsione legislativa consenta il ricordo all'arbitrato in un settore in cui altrimenti sarebbe escluso.

³⁷ CHECA, *Oposiciones y observaciones de terceros*, in BERCOVITZ *et al.* (a cura di), *Comentarios a la Ley de Marcas*, Navarra, 2003, pp. 357-358.

³⁸ Anche alla luce del previgente testo in Spagna si discuteva se l'arbitrato costituisse una vera e propria alternativa al giudizio ordinario, oppure se venisse comunque garantito il ricorso al giudice ordinario: sul punto SANTIAGO GONZÁLEZ

motivo, vigono specifiche norme sulla validità della convenzione arbitrale, che deve essere sottoscritta, a pena di invalidità, da tutti coloro che vantano diritti anteriori o che hanno presentato ricorso contro la registrazione³⁹. Nel procedimento arbitrale inoltre è esclusa la partecipazione dell'Ufficio spagnolo brevetti e marchi, ma il «*laudo arbitral firme producirá efectos de cosa juzgada, de acuerdo con lo establecido en el artículo 37 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, de aplicación en todo lo no previsto por el presente artículo, y la Oficina Española de Patentes y Marcas procederá a realizar las actuaciones necesarias para su ejecución*».

Ed ancora. L'art. 40 afferma: «*El titular de una marca registrada podrá ejercitar ante los órganos jurisdiccionales las acciones civiles o penales que correspondan contra quienes lesionen su derecho y exigir las medidas necesarias para su salvaguardia, todo ello sin perjuicio de la sumisión a arbitraje, si fuere posible*»⁴⁰.

Stessa apertura si rinviene anche nell'ordinamento tedesco⁴¹, in quello belga⁴² e in quello inglese⁴³.

La riconosciuta disponibilità sia del diritto al marchio sia di quello al brevetto trova conferma anche nella disciplina europea.

Infatti il Regolamento Ce n. 207 del 2009, agli artt. 17, 22 e 50, riconosce la possibilità che il marchio comunitario possa essere trasferito, ceduto e fatto oggetto di rinuncia. In maniera simile si

VARAS IBÁÑEZ, *Los arbitrajes desde el prisma del Derecho administrativo*, in *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2002, p. 291 e anche VISCASILLAS, *Arbitrabilidad de los derechos de la propiedad industrial y de la competencia*, cit.

³⁹ Nello specifico l'art. 28, comma 3°, prescrive «*El convenio arbitral sólo será válido si está suscrito, además de por el solicitante de la marca: a) por los titulares de los derechos anteriores que hubieren causado la denegación de la marca y, en su caso, por sus licenciarios exclusivos inserto; b) por los titulares de los derechos anteriores que hubieran formulado oposición al registro de la marca y, en su caso, por sus licenciarios exclusivos inserto; c) por quienes hubieran interpuesto recurso o hubieran comparecido durante el mismo*».

⁴⁰ Per un'ampia esegesi, J.R. FERRÁNDIZ, in GONZÁLEZ-BUENO (a cura di), *Comentarios a la Ley y al Reglamento de Marcas*, Madrid, 2003, p. 415; BARONA VILAR, *Protección del Derecho de Marcas (Aspectos procesales)*, Madrid, 1992, p. 47.

⁴¹ PAGENBERG, *The arbitrability of intellectual property disputes in Germany*, reperibile in www.wipo.int.

⁴² Come per esempio stabilisce l'art. 73, comma 6°, *Belgium Patent Act*.

⁴³ REDFERN, HUNTER, *Law and practice of International Commercial Arbitration*, London, 2004, p. 139.

pone anche la disciplina del brevetto europeo: oltre l'espresso riconoscimento delle menzionate caratteristiche nell'art. 139, comma 5°, c.p.i., gli artt. 70 e ss. della Convenzione di Monaco del 1973 prevedono il trasferimento, la licenza e la costituzione di altri diritti patrimoniali e la loro trascrizione sull'*European Patent Register*.

Al contempo non possono neppure essere sollevati dubbi con riguardo alla possibilità di devolvere al giudizio di arbitri le controversie relative al c.d. «brevetto europeo con effetto unitario»: se da una parte il Regolamento Ue n. 1257 del 2012⁴⁴ consente che la privativa sia limitata, trasferita, revocata o annullata (art. 3) – pur sempre nell'ambito territoriale degli stati membri aderenti –, dall'altra, il connesso Accordo per l'istituzione del Tribunale Unificato dei Brevetti stabilisce il ricorso al giudizio di arbitri. Da questa previsione sembrano restare escluse solo le liti sulla nullità del brevetto.

Si tratta dell'aspetto più spinoso del contenzioso industriale, su cui rimando a quanto segue.

3. *Le controversie in tema di nullità e di decadenza dei titoli di privativa industriale: lo stato dell'arte in una visione anche oltreconfine*

Da lungo tempo gli interpreti discutono sulla possibilità di devolvere ad arbitri le azioni di nullità dei titoli di privativa industriale.

Prima dell'entrata in vigore della organica disciplina del c.p.i., sia la legge sui brevetti (l. 29 giugno 1939, n. 1127) sia quella sui marchi (l. 21 giugno 1942, n. 929) prevedevano, oltre all'efficacia *erga omnes* della sentenza, che il pubblico ministero potesse promuovere d'ufficio la relativa azione. Ne seguiva, in virtù della previsione dell'art. 70 c.p.c., l'obbligatorietà del suo intervento in giudizio⁴⁵.

⁴⁴ Cfr. *infra*.

⁴⁵ Cass., 19 maggio 1989, n. 2406, in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 2605; Cass., 30 maggio 1997, n. 4847, in *Dir. ind.*, 1977, pp. 825 ss.; Cass., 21 maggio 1998, n. 5067, *Giur. ann. dir. ind.*, 1998, n. 3727. Ampliamente in dottrina, ROTONDI, *Osservazioni sull'intervento del pubblico ministero nei giudizi di nullità e decadenza di privative industriali*, in *Riv. dir. comm.*, 1957, pp. 30 ss.

Tali indici conducevano gli interpreti a discorrere di «incompatibilità strutturale»⁴⁶ tra arbitrato e i diritti *de quibus*⁴⁷.

Nel tempo la giurisprudenza ha mitigato questa lettura, ritenendo ammissibile il giudizio degli arbitri qualora la questione relativa alla nullità o alla decadenza della privativa industriale fosse decisa *incidenter tantum*⁴⁸.

Con l'entrata in vigore del c.p.i. lo scenario muta sensibilmente: il legislatore, pur lasciando inalterato il potere del pubblico ministero di promuovere il giudizio di nullità, ha sancito, derogando alla

⁴⁶ Così ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, 3ª ed., Milano, 1960, p. 629; in senso contrario GRECO, VERCELLONE, *Le invenzioni e i modelli industriali*, cit., pp. 359-360, osservano che la preoccupazione della giurisprudenza non ha ragione di essere, perché il lodo arbitrale ha efficacia solo *inter partes*, restando l'interesse della collettività ugualmente protetto dalla legittimazione del pubblico ministero ad agire autonomamente per ottenere una sentenza sulla nullità o decadenza con efficacia *erga omnes*.

⁴⁷ ANGELICI, *Nullità del marchio e arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1995, pp. 522 ss.; AGHINA, *Appunti in tema di arbitrabilità*, cit., p. 6; GUGLIEMMETTI, *Arbitrato e diritti titolati*, cit., p. 9. Ritenevano arbitrabili queste liti, nonostante la presenza del pubblico ministero, *ex multis*: Cass., 3 ottobre 1956, n. 3329, in *Giust. civ.*, 1956, I, p. 1625; Trib. Milano, 21 aprile 1983, in *Riv. dir. ind.*, 1984, pp. 199 ss., che ammetteva la devoluzione al giudizio di arbitri irrituali; App., Milano, 23 dicembre 1977, ivi, p. 986; App. Bologna, 16 giugno 1959, in *Riv. dir. ind.*, 1959, II, p. 281; Trib. Milano, 26 febbraio 1954, in *Temì*, 1954, p. 237; GRECO, VERCELLONE, *Le invenzioni e i modelli industriali*, cit., p. 360; MANGINI, *La licenza di brevetto*, Milano, 1970, pp. 150 ss. Al contempo si deve ricordare che dette interpretazione trovavano sostegno in un dettato normativo diverso, secondo cui «le decadenze o le nullità di un brevetto di invenzione hanno valore assoluto e perentorio quando sono dichiarate con sentenza, passata in giudicato, in seguito a un'azione promessa dal pubblico ministero ai sensi dell'articolo precedente».

⁴⁸ Come ricorda BICHI, *La compromettibilità in arbitrato rituale delle controversie in materia di diritto industriale*, cit., p. 221; GUGLIEMMETTI, *Arbitrato e diritti titolati*, cit., p. 4, che evidenzia la possibilità di devolvere ad arbitri tutte quelle controversie in cui non è prevista la partecipazione al giudizio del pubblico ministero, come, ad esempio, le controversie sui contratti o sulla contraffazione di marchi e brevetti. Tuttavia, precisa che in questi casi l'arbitrato trova inevitabile chiusura qualora una parte sollevi, con domanda riconvenzionale, la questione della validità del titolo (sul punto si vedano anche Cass., 15 settembre 1977, n. 3989, in *Defure*, che ha ritenuto compromettibile solo la controversia concernente l'inadempimento o la scadenza del contratto di licenza e non la validità (contestata) del marchio; Cass., 11 giugno 1980, n. 3714, ivi; Cass., 18 aprile 1984, n. 2541, ivi). Le osservazioni qui enunciate trovano condivisione anche nella giurisprudenza francese, come ricorda AZZI, *Arbitrabilité et validité du titre en droit français*, in *Rev. arb.*, 2014, pp. 319 ss.).

generale previsione dell'art. 70 c.p.c., la non obbligatorietà del suo intervento.

Nonostante ciò anche nell'attuale contesto normativo rimane alquanto dubbia la possibilità di deferire al giudizio di arbitri le azioni di nullità o decadenza dei brevetti o dei marchi⁴⁹.

Gli ostacoli, che ancora oggi sono individuati, risiedono nella natura amministrativa dei titoli di privativa industriale e nella efficacia *erga omnes* della pronuncia in materia⁵⁰.

Si tratta degli stessi limiti che vengono invocati in numerosi Stati europei.

Per esempio, in Francia, nonostante le ampie aperture all'arbitrato contenute nel *Code de la propriété intellectuelle*, l'azione di nullità del brevetto è esclusa dalla cognizione arbitrale⁵¹, in forza di tre argomentazioni: in primo luogo, la natura amministrativa del titolo di privativa, in secondo luogo, la competenza esclusiva dei *Tribunaux de Grande Instance* e, in ultimo, la previsione contenuta nell'art. L. 613-27 del *Code de la propriété intellectuelle*, che attribuisce alla decisione sulla nullità del brevetto una valenza assoluta⁵².

Per le medesime ragioni si ritiene non compromettibile l'azione di nullità dei marchi⁵³.

⁴⁹ Stesso discorso può essere fatto con riguardo ad altre fattispecie come, ad esempio, la registrazione di topografie ai sensi dell'art. 97, la costituzione di varietà vegetali, *ex art.* 112 e 113.

⁵⁰ F. FERRARI, *Le norme processuali del codice della proprietà industriale*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 287.

⁵¹ Nonostante una piccola apertura enunciata da *Court Appeal Paris*, 28 febbraio 2008, in *JCP E*, 2008, p. 1582, consultabile in *LexisNexis JurisClasseur*, dove viene ascritta alla pronuncia di nullità del brevetto efficacia *inter partes* (la questione è analizzata in via incidentale). Per una ampia visione si rimanda anche a FORTUNET, *Arbitrability of Intellectual property disputes in France*, in *Arb. Int.*, 2010, vol. 26, II, pp. 281 ss. e in part. pp. 290 ss. e ad AZZI, *Arbitrabilité et validité du titre en droit français*, cit., pp. 319 ss.; RACINE, *Droit de l'arbitrage*, cit., p. 178.

⁵² OPPETIT, *L'arbitrage en matière de brevets d'invention après la loi du 13 juillet 1978*, in *Rev. arb.*, 1979, pp. 83 ss.; PERRET, *Arbitrage et propriété intellectuelle: le contentieux de l'annulation du titre*, in *Rev. arb.*, 2014, pp. 311 ss.; stessi limiti si rinvencono anche nell'ordinamento spagnolo, come ricorda VISCASILLAS, *Arbitrabilidad en propiedad industrial y competencia desleal*, cit., pp. 47 ss.

⁵³ CHAVANNE, *Arbitrage, propriété industrielle et ordre public*, in *Melanges dédiés à Jean Vincet*, Paris, 1981, p. 54; BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri: studio di diritto italiano e comparato*, II, Torino, 1999, p. 117.

Eguali chiusure si rinvencono anche nell'ordinamento tedesco⁵⁴, austriaco⁵⁵, spagnolo⁵⁶ e svedese⁵⁷.

Appare, invece, contraddittoria la posizione del legislatore europeo.

Il regolamento sul marchio comunitario (Regolamento Ce n. 207 del 2009) non contiene alcun espresso riferimento all'arbitrato. Esso, oltre a contemplare un generale richiamo al Regolamento Ce n. 44 del 2001 (art. 94) – oggi Regolamento Ue n. 1215 del 2012 –, individua nei tribunali dei marchi comunitari i giudici competenti, a livello dei singoli stati, per le azioni di contraffazione, compreso l'accertamento negativo, nonché per la tutela dei diritti derivanti dai marchi e per le domande riconvenzionali di nullità e decadenza (art. 95). Diversamente all'Ufficio Centrale è attribuita la competenza per le domande di invalidità proposte in via principale. Da ultimo, l'art. 101 consente sempre al giudice di applicare la propria legge nazionale.

⁵⁴ Per l'ordinamento tedesco si rimanda a: MONTAKOU, *Arbitrability and intellectual property disputes*, in LOUKAS, BREKOULAKIS (a cura di), *Arbitrability*, Alphen aan den Rijn, 2009, p. 268; SMITH, *Arbitration of patent infringement and validity issues Worldwide*, in *Harvard Journal of Law and Technology*, vol. 19, II, 2006, pp. 334 ss. La dottrina, tuttavia, contrasta questa posizione restrittiva, POUDRET-BESSON, *Droit compare de l'arbitrage international*, Bruxelles, 2002, p. 325.

⁵⁵ ASCHAUER, *Il nuovo diritto dell'arbitrato austriaco*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 243.

⁵⁶ Come ricorda VISCASILLAS, *Arbitrabilidad de los derechos de la propiedad industrial y de la competencia*, in *Anuario de justicia alternativa*, 2005, reperibile in *Vlex*, par. 2, lett. b), il quale osteggia questa lettura ritenendo arbitrabili tutti i generi di nullità e non solo quelle relative (infatti, parte della dottrina, sulla base del dettato dell'art. 28, comma 2°, LM ritiene passibili di arbitrato solo le liti che abbiano ad oggetto nullità non assolute). L'a. argomenta detta conclusione rilevando che l'ordine pubblico non può costituire un limite alla compromettibilità della lite («el orden público opera ahora no como límite a la arbitrabilidad, sino, en su caso, como un control del laudo en la fase de anulación») e che non vi sono ragioni per negare che il lodo possa produrre giudicato nei confronti di tutti. Sostenere il contrario vuole dire disconoscere lo stesso valore della legge sull'arbitrato.

⁵⁷ Si ritengono arbitrabili le liti relative alla violazione del brevetto, ma non quelle riguardanti la sua nullità (HOBÉR, in *Handbook on International Arbitration and Mediation*, 2012, p. 758; SUNDIN, WERNBERG, *The scope of arbitrability under Swedish law*, in *The European Arbitration Review*, 2007, p. 64; contra, SAMUEL, *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration*, Zurich, 1989, p. 140.

In modo simile si pone anche l'art. 73 dell'*European Patent Convention*, che recita: «*unless this Convention provides otherwise, the European patent application as an object of property shall, in each designated Contracting State and with effect for such State, be subject to the law applicable in that State to national patent applications*»⁵⁸.

L'indifferenza che connota tali fonti normative non si rinviene, invece, nel recente Regolamento che istituisce il brevetto europeo con «effetto unitario».

Tra il 2012 e il 2013, dopo numerosi tentativi volti alla creazione di un titolo unico brevettuale in tutto il territorio dell'Unione Europea, è stato approvato un pacchetto comprendente due regolamenti dedicati, rispettivamente, alla creazione di una cooperazione rafforzata per l'istituzione di una tutela brevettuale unitaria (Regolamento Ue, n. 1257 del 2012) e al regime linguistico applicabile (Regolamento Ue, n. 1260 del 2012)⁵⁹. Unitamente a detti provvedimenti è stato stipulato un Accordo per l'istituzione del Tribunale Unificato dei Brevetti, c.d. *Agreement on a Unified Patent Court*, le cui competenze sono estese a tutti gli aspetti del contenzioso in materia brevettuale.

In particolare l'art. 35 dell'*Agreement* istituisce il c.d. *Patent mediation and arbitration Center*, attribuendogli il compito di favorire l'utilizzo della mediazione e dell'arbitrato nella risoluzione delle controversie relative al brevetto europeo con effetto unitario. A differenza di quanto stabilito nei lavori di revisione del brevetto europeo, che avevano suggerito l'istituzione di *arbitration bodies* opzionali e a scelta dei contendenti per pronunciare decisioni anche in tema di validità e contraffazione (sempre con effetti *inter*

⁵⁸ In verità, la norma è meno precisa di quella sul marchio e si riferisce alla legge sostanziale, ma la validità di una clausola arbitrale ha, come è noto, una natura ibrida.

⁵⁹ Tale brevetto, rilasciato secondo le norme proprie della Convenzione di Monaco, è assimilato nella sua totalità ad un brevetto nazionale di ciascun Stato ed è destinato ad essere limitato, trasferito, licenziato, revocato ovvero estinguersi od esaurirsi nei diritti di esclusiva che trasferisce. Gode, inoltre, di un regime di traduzione più semplice e meno costoso di quello vigente da attuare con eliminazione della fase di "nazionalizzazione".

partes)⁶⁰, l'attuale *Agreement* afferma che «*However, a patent may not be revoked or limited in mediation or arbitration proceedings*».

Questa chiusura contrasta con l'art. 11, comma 2°, delle *Rules of procedure dell'Unified Patent Court*⁶¹, ove si legge che «*Pursuant to rule 365⁶² the court shall, if requested by the parties, by decision confirm the terms of any settlement or arbitral award by consent (irrespective of whether it was reached using the facilities of the Centre or otherwise), including a term which obliges the patent owner to limit, surrender or agree to the revocation of a patent or not to assert it against the other party and/or third parties. The parties may be awarded or may request the court to decide on costs to be awarded in accordance with 150 to 156 mutatis mutandis*».

In altri termini, benché l'art. 35 statuisca il divieto di revocare/annullare tramite una procedura arbitrale un brevetto, l'art. 11 delle *Rules* attribuisce il potere alla Corte di «convalidare» un lodo che abbia statuito su questo punto⁶³.

A ciò si aggiunga che l'art. 32, 2° comma, dell'*Agreement* fa salva la competenza delle corti nazionali per tutte quelle controversie esulanti dalla competenza esclusiva della Corte.

Se alcun punto fermo appare essere tracciato dal legislatore europeo, altri ordinamenti si esprimono in favore della compromettibilità delle azioni di nullità delle privative industriali.

Il *Belgium Patent Act*, del 28 marzo 1984, stabilisce all'art. 51, comma 1°⁶⁴, che «*if a patent is revoked, in whole or in part, by a judgment decision or by an arbitration award, the decision on revocation shall constitute a final decision in respect of all parties, sub-*

⁶⁰ SCUFFI, *La consulenza tecnica preventiva e gli istituti deflattivi del contenzioso*, in *Diritto industriale italiano*, II, cit., p. 1396, nota n. 354.

⁶¹ Consultabili in versione aggiornata ad aprile 2017 in www.unified-patent-court.org.

⁶² «*Where the parties have concluded their action by way of settlement by decision of the Court [Rules 11.2], if requested by the parties, and the decision may be enforced as a final decision of the Court*».

⁶³ Come evidenzia DE WERRA, *New developments of IP arbitration and mediation in Europe: the patent mediation and arbitration center instituted by the Agreement on a Unified Patent Court*, in <https://archive-ouverte.unige.ch>, pp. 28 e 29.

⁶⁴ Consultabile in www.wipo.int/clea/en/details.jsp?id=402. PERRET, *Arbitrage et propriété intellectuelle: le contentieux de l'annulation du titre*, cit., p. 314.

*ject to opposition by third parties. Final decisions shall be entered in the Register»*⁶⁵. Nella stessa direzione si pongono anche la Svizzera⁶⁶ e in parte il Portogallo⁶⁷.

L'azione di nullità del brevetto di invenzione è considerata arbitrabile anche nell'ordinamento americano⁶⁸, dove, però, a differenza delle esperienze appena ricordate, è previsto che il lodo produca efficacia solo *inter partes* e che il suo contenuto debba conformarsi alla sentenza statutale eventualmente pronunciata sullo stesso titolo, qualora contenga disposizioni difformi⁶⁹.

Alle stesse conclusioni si giunge in materia di marchio⁷⁰, nonostante l'assenza di una specifica disposizione.

I principi enucleati dall'ordinamento americano sono condivisi anche da quello inglese⁷¹.

⁶⁵ Manca, invece, una norma simile in materia di marchio: questa lacuna ha generato un ampio dibattito, come pongono in luce POUDRET, BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, cit., p. 323. Appare critico nei confronti della previsione legislativa: RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, LGDJ, 1999, p. 87.

⁶⁶ PERRET, *L'arbitrabilité des contentieux en matière de brevets d'inventions*, in *Autour de l'arbitrage, Mélanges offerts à Claude Reymond*, Paris, 2004, pp. 231 ss.; POUDRET, BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, cit., p. 322, ove si legge «le droit suisse fait figure de champion du libéralisme puisqu'il ne prescrit aucune limite à l'arbitrabilité des litiges du droit de la propriété intellectuelle».

⁶⁷ DE WERRA, *New developments of IP arbitration*, cit., p. 20, nota 10 e 12; e per quanto concerne l'ordinamento svizzero si rinvia alle riflessioni di PERRET, *Arbitrage et propriété intellectuelle: le contentieux de l'annulation du titre*, cit., pp. 306 ss.

⁶⁸ Come prescrive 35 U.S.C. § 294 (a). La lett. (c) prevede anche «An award by an arbitrator shall be final and binding between the parties to the arbitration but shall have no force or effect on any other person. The parties to an arbitration may agree that in the event a patent which is the subject matter of an award is subsequently determined to be invalid or unenforceable in a judgment rendered by a court of competent jurisdiction from which no appeal can or has been taken, such award may be modified by any court of competent jurisdiction upon application by any party to the arbitration. Any such modification shall govern the rights and obligations between such parties from the date of such modification». Simile presa di posizione non si rinviene con riguardo ai marchi. Tuttavia la giurisprudenza è abbastanza favorevole, come poneva già in luce BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri*, cit., p. 135.

⁶⁹ MARTIN, MASON, *Arbitration: a quick and effective means for patent disputes resolution*, in *LexisNexis Accademy*.

⁷⁰ Come già rilevava BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri*, cit., p. 135.

⁷¹ POUDRET, BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, cit., p. 308, che ricorda come siano escluse dal giudizio degli arbitri solo le liti riguardanti la nullità di un brevetto, ed anche p. 323.

4. *La possibilità di ricondurre le azioni di nullità o di decadenza dei titoli di privativa all'interno dell'ordine pubblico arbitrale*

Le titubanze e/o limitazioni enunciate in materia di compromettibilità delle azioni di nullità o di decadenza non hanno, a mio avviso, fondamento.

Esse traggono origine dalla preoccupazione che l'arbitrato non sia un adeguato mezzo di risoluzione della controversia piuttosto che dall'inarbitrabilità del diritto che entra in gioco.

Tale affermazione trova sostegno nell'analisi dei singoli aspetti che caratterizzano l'infondato divieto di arbitrato.

a) La disponibilità dell'oggetto del processo arbitrale: come la natura del titolo influenza il regime delle nullità

L'individuazione dell'oggetto del processo nelle azioni di nullità dei titoli di privativa industriale non è un compito semplice, anche in ragione del fatto che, secondo alcuni, la nullità non involge solo il titolo industriale, ma anche la sua registrazione o brevettazione, che la legge qualifica come «attività amministrativa» con «natura di accertamento costitutivo», in grado di dare luogo «a titoli soggetti ad un regime speciale di nullità e decadenza sulla base delle norme contenute nel presente codice» (art. 2 c.p.c.)⁷².

Nondimeno, il dettato normativo, in altre sedi, fa riferimento al bene di proprietà del privato e non all'atto di registrazione o brevet-tazione, come oggetto della domanda di invalidità⁷³.

⁷² Prima della sua introduzione, la dottrina evidenziava che la registrazione presso l'Ufficio brevetti conferiva la mera presunzione del diritto in capo al titolare. In altri termini, vi sarebbe soltanto l'inversione dell'onere della prova che verrebbe trasferito al titolare del diritto di impugnativa (JAEGER, *I procedimenti in materie di privative industriali nel sistema del nuovo processo civile*, in *Giur. it.*, 1994, IV, cc. 53 ss.).

⁷³ Si rimanda a FERRARI, *Le norme processuali del codice della proprietà industriale*, cit., pp. 282 ss., secondo cui l'art. 117 c.p.i. sancisce l'assenza di dipendenza fra il procedimento ordinario sulla nullità e l'eventuale procedimento amministrativo di concessione del brevetto; aderisce anche SCUFFI, *Validità e appartenenza dei titoli di proprietà industriale: rapporti tra procedimenti amministrativi e giudiziari*, in *Diritto industriale italiano*, cit., pp. 1245 ss.

La menzionata ambiguità trova, a mio avviso, giustificazione nella ontologica connessione tra il diritto soggettivo del singolo e l'atto amministrativo⁷⁴: infatti, l'entità ideale, posta alla base del titolo, acquista rilevanza per la collettività solo nel momento in cui riceve un riconoscimento dall'ordinamento tramite la brevettazione o la registrazione⁷⁵.

I meccanismi *de quibus* influenzano la conformazione del diritto, tingendolo di connotati superindividuali⁷⁶. Per tale ragione il legislatore qualifica come legittimato ordinario a fare valere l'azione non solo chi si afferma titolare del diritto, ma anche tutti coloro che vantano un interesse qualificato alla declaratoria.

Detto ciò, indipendentemente dai connotati superindividuali della posizione giuridica soggettiva, vi è da chiedersi quale sia l'oggetto del processo.

Avvalendomi delle argomentazioni già svolte in materia di impugnative delle delibere assembleari, ritengo che anche in questo caso oggetto del processo sia il diritto all'impugnativa⁷⁷. Ciò non preclude che la fattispecie dedotta vada valutata tenendo conto dell'esistenza in capo al soggetto privato del proprio diritto alla registrazione o al brevettazione⁷⁸.

⁷⁴ Come osserva già sotto la previgente normativa, VIGNOCCHI, *Gli accertamenti costitutivi nel diritto amministrativo*, Milano, 1950, pp. 168 ss. e oggi viene posto in evidenza da ZUCCONI GALLI FONSECA, *L'arbitrato in materia IP*, cit., p. 550.

⁷⁵ VIGNOCCHI, *Gli accertamenti costitutivi*, cit., p. 169, osserva che i diritti di privativa (i cc.dd. diritti su beni immateriali) si differenziano da quelli sui beni materiali per il fatto che esistono veramente «in tutta la loro pienezza sino a che non siano tutelati attraverso formalità speciali e pubbliche contro la possibilità dell'acquisto contemporaneo da parte di terzi che in buona fede pervengano per proprio conto alla creazione del marchio, del ritrovato o dell'opera».

⁷⁶ Sul punto CARPI, *L'efficacia «ultra partes» della sentenza civile*, Milano, 1974, p. 137, che parla di diritti potestativi indipendenti e concorrenti.

⁷⁷ In questo senso, C. FERRI, *Profili dell'accertamento costitutivo*, Padova, 1970, pp. 210 ss. e spec. pp. 213 ss.; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Pregiudizialità e rinvio. (Contributo allo studio dei limiti soggettivi dell'accertamento)*, Bologna, 2011, p. 296. *Contra*: CARPI, *L'efficacia «ultra partes»*, cit., p. 139, che ritiene che oggetto della lite sia la situazione soggettiva del privato titolare. Sul punto, D'ALESSANDRO, *L'oggetto del giudizio di cognizione: tra crisi delle categorie del diritto civile ed evoluzioni del diritto processuale*, Torino, 2016, pp. 17 ss.

⁷⁸ Come impongono sia la previsione contenuta nell'art. 122 c.p.i., ove si afferma che l'azione di decadenza o di nullità è esercitata «nel contraddittorio di tutti coloro che risultano annotati nel registro quali aventi diritto in quanto titolari

Stando così le cose, vi è da chiedersi se il diritto alla nullità sia compromettibile. La risposta richiede una valutazione di più ampio respiro.

Se si analizza la disciplina delle azioni di nullità dei titoli di privativa industriale è possibile constatare l'esistenza di uno scenario variegato.

Nonostante che sia attribuita la legittimazione a fare valere la nullità a chiunque vi abbia interesse o al pubblico ministro (art. 122, comma 1°, c.p.i.), il c.p.i. contiene vistose eccezioni, come dimostra il dettato del comma 2° in materia di marchio e quello del comma 3° in materia di disegno o modello⁷⁹.

Inoltre, mentre la nullità dei brevetti sancita dall'art. 76 c.p.i. è suscettibile di conversione, per il marchio è prevista la convalida nell'ipotesi di cui all'art. 28 c.p.i.⁸⁰.

È evidente che l'interesse pubblicistico sia notevolmente circoscritto, specialmente in materia di marchio, ove il regime della nullità appare lasciato alla libertà delle parti⁸¹.

di esso», sia nell'art. 118 c.p.i., che ammette l'esercizio di un'azione di rivendica diretta ad accertare che «il diritto alla registrazione oppure al brevetto spetta ad un soggetto diverso da chi abbia depositato la domanda». Per un'ampia disamina circa l'oggetto del giudicato amministrativo, LOLLI, *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo*, Milano, 2002, pp. 177, 199 ss.

⁷⁹ Le cc.dd. ipotesi di nullità relative, per le quali la legittimazione è attribuita solo ai titolari di diritti anteriori. Sul punto GUGLIEMMETTI, *Arbitrato e diritti titolati*, cit., p. 5.

⁸⁰ Ovvero nelle ipotesi di tolleranza di marchio posteriore uguale o simile; o registrato in violazione degli artt. 8 e 14, comma 1, lett. c), c.p.i. Sul punto, PECORARO, *Nullità, convalidazione e decadenza*, in BOTTERO, TRAVOSTINO (a cura di), *Il diritto dei marchi di impresa*, Milano, 2009, p. 507, che pone in evidenza come la natura di tale istituto sia controversa in dottrina. Secondo alcuni integra una forma di usucapione, secondo altri rientra nel concetto di prescrizione, ovvero di sanatoria del negozio nullo, così come ritiene anche la giurisprudenza (cfr. nota 7, p. 507).

⁸¹ In verità, già sotto la previgente normativa, parte della giurisprudenza ammetteva la possibilità di transigere dette controversie e di potere rinunciare a fare valere la nullità o la decadenza di un titolo di proprietà industriale. In questo senso si esprime Trib. Milano, 26 settembre 1954, cit.; *contra* CANDIAN, *Rinuncia a far valere in futuro l'invalidità del brevetto*, in *Temi*, 1954, pp. 237 e SENA, *I diritti sulle invenzioni e sui modelli*, Milano, 1990, p. 371, che argomentava l'indisponibilità del diritto a fare valere la nullità della privativa per via autonoma, considerando tale rinuncia come equivalente di un patto limitativo della concorrenza. Al contrario, l'a. riteneva valida la pattuizione con la quale il titolare avesse riconosciuto la nullità di privativa, essendo il diritto di esclusiva disponibile.

Ad ogni modo, come già ho anticipato scorrendo delle impugnative di delibere assembleari, il diritto alla nullità, ivi compreso quello in materia di privativa industriale, può essere oggetto di un accertamento tramite processo privato, poiché il fine che l'arbitrato realizza coincide con quello dell'interesse che si vuole proteggere. Inoltre, è lo stesso art. 808, comma 2°, c.p.c. che consente indirettamente agli arbitri di pronunciarsi sulla nullità.

Inoltre, la Corte costituzionale⁸², partendo dalla funzione sostitutiva dell'arbitrato rispetto alla giurisdizione pubblica, ha chiaramente evidenziato che la giustizia arbitrale mutua da quest'ultima «alcuni meccanismi al fine di pervenire a un risultato di efficacia sostanzialmente analoga a quella del *dictum* del giudice statuale».

Ne segue che, in assenza di un preciso divieto, come, invece, è rinvenibile in materia di provvedimenti cautelari (art. 818 c.p.c.), debbano essere riconosciuti agli arbitri gli stessi poteri dell'organo giudiziario⁸³. Poiché, come è stato osservato⁸⁴, nessuno dubita che il giudice ordinario possa valutare la nullità dei titoli, con effetti sull'atto di registrazione e brevettazione, non vi sono ragioni per negare anche all'arbitro un simile potere.

La conclusione enucleata trova conferma indiretta nel codice del processo amministrativo, che non limita il ricorso allo strumento arbitrale nelle controversie con la pubblica amministrazione, salvo la previsione contenuta nell'art. 12⁸⁵.

⁸² Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, in *Riv. arb.*, 2014, pp. 81 ss., con note di BOVE *et al.*; Cass., sez. un., ord., 25 ottobre 2013, n. 24153, in *Corr. giur.*, 2014, p. 84, con nota di VERDE; in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, p. 743, con nota di ZUCCONI GALLI FONSECA; in *Riv. dir. proc.*, 2014, pp. 1 ss., con nota di PUNZI.

⁸³ Come ho già enunciato nel par. 5, capitolo III, seconda parte.

⁸⁴ ZUCCONI GALLI FONSECA, *L'arbitrato in materia di IP*, cit., p. 540.

⁸⁵ Esso ammette l'arbitrato sui diritti soggettivi devoluti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, purché l'arbitrato «sia rituale, di diritto, ai sensi dell'art. 806 ss. c.p.c.». Sul punto, DELSIGNORE, *La compromettibilità in arbitrato nel diritto amministrativo*, Milano, 2007, pp. 119 ss. e recentemente per uno sguardo d'insieme TAMBURRINO, *L'arbitrato*, in CIRILLO (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Milano, 2014, pp. 1577 ss.

b) *L'innovato ruolo del pubblico ministero e l'efficacia erga omnes della pronuncia*

Anche l'innovata disciplina del pubblico ministero conferma l'esegesi offerta.

L'art. 122, comma 1°, c.p.i., pur attribuendo la legittimazione ad agire anche al pubblico ministero, sancisce che «in deroga all'art. 70 c.p.c. l'intervento del pubblico ministero non è più obbligatorio». A ciò si aggiunga che la sua azione non è neppure prevista nei casi di cui ai commi 2° e 3° dell'art. 122 c.p.i.

Si tratta di una innovazione di grande importanza sistematica, poiché, non solo offre ulteriori elementi per rigettare l'equivalenza tra pubblico ministero e diritto indisponibile, ma consente di porre le basi per un nuovo rapporto fra pubblico ministero e parte privata⁸⁶.

Innanzitutto, nei casi in cui l'azione non è esperibile dal pubblico ministero, non vi sono ostacoli a ritenere ammissibile l'azione arbitrale alla luce delle osservazioni già svolte.

Diversamente nei casi in cui il pubblico ministero può agire, l'innovata disciplina positiva infrange le tradizionali regole del gioco. Come osservava attenta dottrina, mentre il potere di azione attribuito al pubblico ministero sarebbe sicura spia dell'indisponibilità del diritto, il suo intervento obbligatorio non incide sulla natura del diritto – che rimane disponibile se già lo era – ma influisce sulle «modalità dell'esercizio dell'azione e di elementi della sua struttura»⁸⁷.

Pertanto, in questo caso, per espressa volontà legislativa, l'azione non è neppure alterata nelle sue caratteristiche strutturali⁸⁸, poiché l'art. 122 c.p.i. attribuisce sia al pubblico ministero sia alla parte privata un autonomo e distinto diritto d'azione, benché teso alla protezione del medesimo bene⁸⁹.

⁸⁶ Dubitativa sui vantaggi di tale modifica, F. FERRARI, *Le norme processuali del codice della proprietà industriale*, cit., p. 286, nota 20.

⁸⁷ M. VELLANI, *Il pubblico ministero nel processo*, II, Bologna, 1970, pp. 614 ss., spec. p. 616.

⁸⁸ Sul punto si rimanda a BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri*, I, cit., pp. 113 ss.; RUFFINI, *Il nuovo arbitrato per le controversie societarie*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, p. 505, nota 41; ZUCCONI GALLI FONSECA, *L'arbitrato in materia IP*, cit., p. 541; FRIGNANI, *Il futuro della proprietà industriale*, cit., p. 158.

⁸⁹ ZUCCONI GALLI FONSECA, *L'arbitrato in materia IP*, cit., p. 541; GUGLIELMETTI, *Arbitrato e diritti titolati*, cit., p. 13.

Se è indiscutibile che il diritto di azione del pubblico ministero impedisca al titolare della posizione giuridica soggettiva di disporre della tutela, l'azione privata, una volta esperita, rimane comunque nella disponibilità del suo titolare, essendo esclusa, almeno a priori, una diretta interferenza del potere pubblico⁹⁰.

A suo tempo avevo osservato, avvalendomi dell'insegnamento della dottrina⁹¹, che l'azione arbitrale costituisce uno strumento alternativo di tutela dei propri diritti, concorrente e distinto da quello ordinario. Una volta esercitata, è precluso alla parte – salvo le eccezioni esaminate – di ricorrere alla tutela giurisdizionale.

Calato l'assunto nel dettato dell'art. 122 c.p.i. si deve concludere che, solo qualora il pubblico ministero intraprenda l'azione, il titolare del diritto è costretto a partecipare al processo davanti al giudice statale; diversamente, se a prendere l'iniziativa è la parte privata, quest'ultima può anche decidere di devolvere la controversia al giudizio di arbitri⁹².

Appare, quindi, confermata la compromettibilità dell'azione di nullità del titolo⁹³.

Il nuovo ruolo rivestito dal pubblico ministero impone anche di valutare sotto una nuova luce l'efficacia *erga omnes* della sentenza di nullità (o decadenza), sancita dall'art. 123 c.p.i.

La dottrina⁹⁴, sotto la previgente disposizione, individuava anche nell'intervento obbligatorio del pubblico ministero la giustifica-

⁹⁰ Come evidenzia giustamente GUGLIELMETTI, *Arbitrato e diritti titolati*, cit., pp. 9-10.

⁹¹ ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rispetto ai terzi*, Bologna, 2004, pp. 58 ss.

⁹² E, come rileva la dottrina (ZUCCONI GALLI FONSECA, *L'arbitrato in materia IP*, cit., p. 541), la previsione normativa consente l'operare del «fisiologico concorso tra diritto d'azione "arbitrale" e diritto d'azione "ordinaria"». In senso similare GUGLIELMETTI, *Arbitrato e diritti titolati*, cit., p. 9.

⁹³ Non avendo rilevanza il fatto che l'azione sia esperibile anche dal pubblico ministero, come, invece, ritiene FIAMMENGHI, *Motivi che impediscono la definizione arbitrale delle controversie in materia di brevetti*, in *Rass. arb.*, 1985, p. 127.

⁹⁴ Sul punto: REDENTI, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1957 p. 87, che afferma: «anche se esercitata dal pubblico ministero, l'azione *ante rem iudicatam* si presenta come una affermazione ed una richiesta di cui non si sa ancora se sia fondata e che il giudice può accogliere o rigettare. Il provvedimento, sia positivo sia negativo, acquista autorità di cosa giudicata per gli accertamenti che contenga.

zione dell'efficacia anomala⁹⁵ del giudicato nelle pronunce di nullità e di decadenza delle privative industriali⁹⁶.

E siccome in luogo dei possibili soggetti privati che non siano in giudizio ci sta *pro populo* o *pro coeto*, come attore o come interveniente, il pubblico ministero, il giudicato verrà ad avere paraticamente efficacia *erga omnes*»; CARPI, *L'efficacia «ultra partes» della sentenza civile*, cit., p. 140, per una ricostruzione generale si rimanda anche a SPADA, *Problemi della nullità del brevetto d'invenzione*, in *Studi in onore di Remo Franceschelli*, Milano, 1983, pp. 336 ss. *Contra*, Trib. Torino, 14 maggio 1977, in *Giur. Ann. Dir. Ind.*, 1977, n. 942, che, come si legge nel testo, si adegua alla interpretazione accolta da Cass., 12 marzo 1973, n. 687, che ritiene che l'intervento del pubblico ministero non trovi ragione nell'efficacia della pronuncia, la cui disciplina è esclusivamente contemplata dall'art. 2909 c.c.

⁹⁵ Non è questa la sede per dare conto del complesso e mai sopito dibattito sull'efficacia nei confronti del terzo del giudicato, in parte già richiamato nel cap. II, parte prima. In estrema sintesi si può rilevare che le soluzioni che caratterizzano lo scenario interpretativo sono essenzialmente tre: a) una prima esegesi (senza alcuna presunzione di esaustività, e tenendo conto che gli autori citati offrono ricostruzioni dotate di specifiche peculiarità, si rimanda ad ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935; la cui visione è stata poi sottoposta a revisione critica in ID., *Trent'anni di applicazione del c.p.c.*, in ALLORIO (a cura di), *Commentario al c.p.c.*, I, 1, Torino, 1973, pp. LXI ss.; FABBRINI, *Contributo alla teoria dell'intervento adesivo*, Milano, 1964, pp. 71 ss.; PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, Napoli, 1965, pp. 4 ss.; PUGLIESE, voce *Giudicato civile*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, pp. 881 ss.; CARPI, *L'efficacia «ultra partes» della sentenza civile*, cit.; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Pregiudizialità e rinvio*, cit., in part. p. 91) ritiene che gli effetti della sentenza nei confronti dei terzi è un fenomeno del tutto normale quando riguarda terzi titolari di una situazione giuridica che dipende, sul piano sostanziale, da quella oggetto della decisione *inter partes*; b) una seconda interpretazione (senza alcuna presunzione di esaustività: VOCINO, *Cosa giudicata e suoi limiti soggettivi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1971, pp. 481 ss.; MONTELEONE, *I limiti soggettivi del giudicato civile*, Padova, 1978; ATTARDI, *Frazionamento della domanda di danni e estensione del giudicato*, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, pp. 537 ss.) invece, si pone su un piano diametralmente opposto e ritiene che l'efficacia *ultra partes* abbia natura eccezionale, potendosi ammettere solamente in presenza di una disposizione di legge che espressamente la preveda; c) una terza opinione, che però si avvicina più alla seconda (LUISO, *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso terzi*, Milano, 1981; ID., *Sul concetto di «avente causa» dell'art. 2909 c.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, pp. 433 ss.), cercando di individuare un compromesso tra le due precedenti visioni, ritiene che l'efficacia riflessa nei confronti dei terzi possa verificarsi non solo in virtù di una espressa previsione di legge, ma pure quando il legame sostanziale di dipendenza tra il diritto del terzo e quello oggetto del giudicato tra le parti corrisponda un nesso particolarmente intenso, che viene definito di dipendenza "permanente", poiché non si manifesta solo nella sua fase genetica, ma perdura per tutta la sua esistenza (in questa direzione anche, per esempio, CHIZZINI, *L'intervento adesivo*, II, Padova, 1992).

⁹⁶ Nel sistema previgente la natura della sentenza in materia di nullità delle privative aveva un regime diverso a secondo del ruolo rivestito dal pubblico ministero,

Se, da una parte, l'intervento legislativo ha circoscritto il ruolo del pubblico ministero⁹⁷, dall'altra, ha mantenuto ferma la previsione che la nullità e la decadenza pronunciate con sentenza passata in giudicato abbiano efficacia nei confronti di tutti⁹⁸.

Pertanto, ancora oggi alcuni interpreti concludono per l'incompromettibilità, stante l'incapacità del lodo di spiegare efficacia nei confronti dei terzi.

Coloro che, invece, aprono all'arbitrabilità, ritengono inapplicabile l'articolo *de quo*, sostenendo che il provvedimento arbitrale produca la sua efficacia solo con riguardo alle parti della controversia⁹⁹.

Non ritengo che, una volta accertata la compromettibilità della posizione giuridica soggettiva, sia possibile escluderla per l'asserita incapacità del lodo di produrre effetti *ultra partes* o al contempo modellare l'efficacia dell'accertamento per giustificare l'ammissibilità del giudizio arbitrale.

Si è dimostrato nella prima parte del presente studio che, indipendentemente da coloro che stipulano la convenzione arbitrale,

come ricorda CARPI, *L'efficacia della sentenza di nullità o decadenza del brevetto per invenzione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1969, pp. 1102 ss.; ID., *L'efficacia «ultra partes» della sentenza civile*, cit., p. 136; SENA, *Il giudicato di nullità o decadenza del brevetto per invenzione*, in *Riv. dir. ind.*, 1954, I, p. 352; diff. DI CATALDO, *Efficacia della sentenza di nullità o decadenza di brevetti per invenzioni e di brevetti per marchi*, in *Riv. di dir. ind.*, 1976, p. 424 ss.; la successiva riforma del 1979 ha espunto il riferimento, come rileva FRANCESCHELLI, *Note sull'efficacia erga omnes della sentenza che dichiara la nullità del brevetto*, in *Riv. di dir. ind.*, 1985, II, pp. 324 ss.

⁹⁷ Considerato dalla dottrina da sempre quale spia dell'interesse pubblico. M. VELLANI, *Sulla tipicità dell'azione civile del pubblico ministero*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1979, p. 424.

⁹⁸ Escludono che la soppressione dell'intervento obbligatorio sia in qualche modo significativa ai fini della comprensione dell'efficacia dell'accertamento per esempio GIUSSANI, *I limiti soggettivi di efficacia delle pronunce in materia di proprietà industriale*, in *Aida*, 2006, pp. 293 ss.; F. FERRARI, *Le norme processuali del codice della proprietà industriale*, cit., p. 286, nota 21. Concordano per la piena arbitrabilità, alla luce del nuovo ruolo assunto dal pubblico ministero: GUGLIELMETTI, *Arbitrato e diritti titolati*, cit., p. 8; BORGHESI, *Gli effetti ultra partes delle pronunce in materia di proprietà industriale*, in *Il processo industriale*, cit., p. 126.

⁹⁹ FILOCAMO, *Arbitrabilità delle controversie in materia di proprietà industriale*, cit. p. 1160, in nota «seconda avvertenza in corso di stampa»; DEL RE, *L'arbitrato*, in SIROTTI GAUDENZI (a cura di), *Proprietà intellettuale e diritto della concorrenza*, II, Torino, 2010, p. 303; in giurisprudenza: App. Milano, 4 marzo 1980, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1980, pp. 1287 ss.

l'accertamento che si origina dal lodo ha una capacità espansiva autonoma, fondata su meccanismi di collegamento fra diritti sostanziali.

Certamente non si può negare che l'inarbitrabilità sia spesso legata a diritti in grado di produrre accertamenti suscettibili di efficacia *ultra partes*, ma ciò si verifica solo quando il diritto *ab origine* è indisponibile. Discorrere in modo diverso significa sovrapporre due piani che devono rimanere distinti¹⁰⁰.

Come in parte si è anticipato, nelle controversie in esame si verifica un fenomeno analogo a quello che si manifesta con riguardo alle impugnative delle delibere assembleari: mentre nelle seconde è il fenomeno del gruppo a condizionare l'efficacia del suo annullamento, nelle prime è la natura del titolo strettamente «connesso alla sua "ufficializzazione" tramite l'atto amministrativo»¹⁰¹ che influenza i confini dell'accertamento.

Ne segue che l'efficacia *erga omnes* della pronuncia sulla nullità e decadenza trae origine dagli effetti costitutivi della brevettazione o della registrazione, effetti che influiscono inevitabilmente su quelli relativi alla sua invalidità¹⁰².

Rispetto alla disciplina delle invalidità delle impugnative assembleari, qui, solo indirettamente non vengono qualificati i soggetti destinatari dell'accertamento¹⁰³.

¹⁰⁰ Negli stessi termini si esprime GUGLIELMETTI, *Arbitrato e diritti titolati*, cit., p. 10 e anche ZUCCONI GALLI FONSECA, *L'arbitrato in materia IP*, cit., p. 550, che rivede la posizione in precedenza assunta in *L'efficacia ultra partes del lodo arbitrale*, in *Giustizia senza confini. Studi offerti a Federico Carpi*, Bologna, 2012, pp. 462-463. L'esegesi offerta si pone in contrasto rispetto a una interpretazione diffusa nella dottrina spagnola (VISCASILLAS, *Arbitrabilidad de los derechos de la propiedad industrial y de la competencia*, cit., 2, B)) che ritiene compromettibile l'azione di nullità dei titoli perché l'ordine pubblico non funziona quale controllo sull'arbitrabilità ma solo quale strumento attuabile in sede di impugnativa del lodo. Così discorrendo, come ho già ricordato, vengano sovrapposti due piani differenti.

¹⁰¹ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Pregiudizialità e rinvio*, cit., pp. 99 ss. e p. 298; Id., *L'arbitrato in materia IP*, cit., p. 550. Negli stessi termini si esprime anche GUGLIELMETTI, *Arbitrato e diritti titolati*, cit., p. 10.

¹⁰² Più in generale ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, Bologna, 2016, p. 391; LUISO, *Diritto processuale civile*, V, Milano, 2017, pp. 223 ss.

¹⁰³ Peraltro, come invita, a mio avviso correttamente, una dottrina (BIAVATI, *Argomenti di diritto processuale civile*, Bologna, 2016, pp. 124-125) è necessario

Mi spiego: è pur vero che l'art. 123 c.p.i. attribuisce alle pronunce sulla validità dei titoli passate in giudicato efficacia *erga omnes*, ma, al contempo, da una parte, limita la legittimazione ad agire a «chiunque vi abbia interesse»¹⁰⁴ e, dall'altra, impone la presenza nel relativo giudizio di «tutti coloro che risultano annotati nel registro quali aventi diritto in quanto titolari» della privativa (art. 122, comma 4°, c.p.i.)¹⁰⁵.

In tale modo, tralasciando l'ambigua tecnica legislativa utilizzata¹⁰⁶, ritengo che la norma circoscriva chi siano i terzi destinatari degli effetti della pronuncia, sia attraverso la regola della legittimazione allargata, sia individuando chi siano le parti necessarie del processo.

Ciò vuole dire che solo i terzi titolari di diritti dipendenti dal titolo traggono dalla vicenda effetti riflessi, poiché le loro situazione giuridica soggettiva è direttamente contenuta nella più generale fattispecie-nullità¹⁰⁷.

A differenza di quanto sostiene ampia parte della dottrina, non è possibile scindere fra effetti positivi e negativi¹⁰⁸: argomentare in

sempre valutare con grande attenzione gli effettivi limiti al giudicato: se non si può negare che, in base al diritto materiale, il giudicato possa produrre effetti anche nei confronti di chi non sia stato parte del giudizio, dall'altra si deve sempre ricordare che i limiti al giudicato hanno valenza costituzionale.

¹⁰⁴ Osserva la dottrina che attribuire la legittimazione a «chiunque vi abbia interesse» è ben diverso che attribuirla a «chiunque»: la prima, pur causando delle difficoltà a individuare in modo preciso le situazioni legittimanti, non nega una loro consistenza sul piano sostanziale, viceversa la seconda apre la via alla giurisdizione oggettiva, perché è disancorata da precise situazioni sostanziali facenti capo ai soggetti agenti (BORGHESI, *Gli effetti ultra partes delle pronunce in materia di proprietà industriale*, cit., p. 127 e prima di lui MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1994, p. 26; tanto che altra parte della letteratura esclude dalla dizione «chiunque vi abbia interesse» il pubblico ministero, M. VELLANI, *Sulla tipicità dell'azione civile del pubblico ministero*, cit., pp. 421 ss., in part. p. 423).

¹⁰⁵ Su tale previsione si rimanda alla disamina di F. FERRARI, *Il litisconsorzio nelle controversie IP*, in *Il processo industriale*, cit., pp. 134 ss.

¹⁰⁶ Borghesi individua un nesso tra l'efficacia *erga omnes* delle sentenze che dichiarano la nullità, anche parziale, dei titoli di proprietà industriale e la legittimazione ad agire: BORGHESI, *Gli effetti ultra partes delle pronunce in materia di proprietà industriale*, cit., p. 125.

¹⁰⁷ Come rileva ZUCCONI GALLI FONSECA, *Pregiudizialità e rinvio*, cit., pp. 96 ss.; per una diversa visione si rimanda a GIUSSANI, *I limiti soggettivi di efficacia delle pronunce in materia di proprietà industriale*, cit., pp. 296 ss.

¹⁰⁸ Diff. Trib. Roma, 23 gennaio 1985, in *Riv. di dir. ind.*, 1985, II, pp. 322 ss. con nota di FRANCESCHELLI, cit., il quale sottolinea che, opinando al contrario, potrebbero verificarsi facili collusioni fra le parti, tese a sottrarre ai terzi il diritto di

senso contrario vorrebbero dire disconoscere l'assunto da cui si è partiti. Al contempo, una volta dichiara la validità della privativa industriale, rimane comunque salva la possibilità, per altri legittimati, di fare valere il loro concorrente diritto alla impugnativa.

Resta, altresì, cristallizzato il potere per i terzi investiti dall'efficacia del lodo di esperire l'opposizione di terzo revocatoria ai sensi dell'art. 831 c.p.c.

Sciolti i dubbi in merito all'arbitrabilità delle azioni di nullità e di decadenza dei titoli di privativa industriale, come ho già anticipato, non vi sono ostacoli a ritenere compromettibili anche le dispute relative alle nullità dei contratti aventi ad oggetto marchi e brevetti.

5. *I confini di ammissibilità dell'azione arbitrale: le privative non titolate e i domain names*

Accanto ai diritti di privativa sopra enunciati, il c.p.i. tutela anche i cc.dd. diritti di privativa «non titolati», ricomprendendo in questa definizione i segni distintivi diversi dal marchio registrato (marchio di fatto, ditta, insegna, ecc.), le informazioni aziendali riservate, le indicazioni geografiche e le denominazioni d'origine (art. 2, comma 4°).

Si tratta di posizioni giuridiche soggettive esenti dall'attività di registrazione. Per tale ragione parte degli interpreti¹⁰⁹ ritiene che ad esse siano applicabili solo quelle norme che in materia di privativa non presuppongano la registrazione; minoritaria è, invece, la posizione di chi¹¹⁰ reputa estensibile tutta la disciplina senza eccezioni.

impugnazione; SENA, *Il nuovo diritto dei marchi*, Milano, 2001, pp. 200 ss. sostiene che non si produca alcun giudicato nel caso di rigetto della nullità, nemmeno fra le parti, Id., *I diritti su invenzioni e modelli di utilità*, cit., 2011, p. 293 ss. Per un'efficacia *secundum eventum litis* anche GIUSSANI, *I limiti soggettivi di efficacia delle pronunce in materia di proprietà industriale*, cit., p. 296, che, fra l'altro, (p. 298), aderendo a DENTI, voce *Questioni pregiudiziali*, in *Noviss. Dig. it.*, XIV, Torino, 1967, pp. 676 ss., ritiene che l'effetto si produca anche quando la nullità è proposta in via di eccezione, in caso di rigetto della domanda per sussistenza della questione.

¹⁰⁹ GALLI, *La disciplina dei segni distintivi non registrati*, in Id. (a cura di), *Codice della proprietà industriale: la riforma del 2010*, Milano, 2010, pp. 47 ss.

¹¹⁰ VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, Milano, 2012, p. 318.

Il rispetto del dettato normativo mi impone di abbracciare la prima esegesi; ne consegue la piena ammissibilità dell'azione arbitrale.

Peraltro, per quanto concerne il marchio di fatto la disciplina positiva ammette, oltre alla possibilità che sia ceduto e dato in licenza, la sua estinzione anche per non uso¹¹¹. Simili libertà vengono anche riconosciute con riguardo agli altri segni distintivi, e cioè la ditta, la ragione e la denominazione sociale¹¹².

Al contempo, possono essere devolute al giudizio di arbitri anche le liti sulla validità¹¹³ del marchio non registrato. La correttezza delle conclusioni enunciate trova deroga solo qualora vengano in rilievo in via diretta diritti personalissimi, come quelli al nome, all'immagine, all'onore¹¹⁴. In questi casi, come meglio specificherò nel proseguo, l'interesse generale che è alla base esclude il ricorso al giudizio privato.

Diversamente, per le ragioni già espresse, non vi è alcun limite all'azione arbitrale con riguardo ai diritti patrimoniali da essi derivanti¹¹⁵.

Gli stessi rilievi compiuti per i segni distintivi diversi dal marchio registrato trovano applicazione anche con riguardo alle indica-

¹¹¹ SIRONI, *Marchi non registrati. Segni distintivi diversi dai marchi*, in *Diritto industriale italiano*, I, cit., pp. 324 ss.; GALLI, *La disciplina dei segni distintivi non registrati*, cit., p. 54; PECORARO, *Il marchio di fatto*, in BOTTERO, TRAVOSTINO (a cura di), *Il diritto dei marchi di impresa*, Torino, 2009, p. 187.

¹¹² Per quanto concerne la ditta si rimanda alla disciplina di cui all'art. 2565 c.c. (la cui cessione vincolata si spiega in ragione della funzione svolta dalla ditta) e per una disamina globale a SIRONI, *Marchi non registrati. Segni distintivi diversi dai marchi*, in *Diritto industriale italiano*, I, cit., pp. 328 ss.; MUSSO, *Ditta e insegna. Marchio. Brevetti. Disegni e modelli. Concorrenza*, in DE NOVA (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca-Galgano*, 2012, Bologna-Roma, pp. 19 ss.

¹¹³ Come osservava prima della emanazione del c.p.i., ROSI, *L'arbitrabilità delle controversie in materia di marchi*, in *Riv. arb.*, 1991, p. 630.

¹¹⁴ È stato affermato che non è possibile concludere per la piena compromettibilità di tali diritti avvalendosi della loro attrazione nell'ambito della concorrenza, che, oggi, come ieri, è pienamente arbitrabile (PATRONI GRIFFI, *Arbitrabilità e private ulteriori non titolate*, in *AIDA*, 2006, pp. 86 ss.). La possibilità di ritenere ammissibile l'azione arbitrale dipende sempre dal fatto se il diritto consente di essere accertato attraverso un processo privato.

¹¹⁵ RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, 2005, pp. 350-351.

zioni geografiche e alle denominazioni d'origine¹¹⁶, nonostante che una parte della dottrina, specialmente del passato¹¹⁷, evidenziasse la prevalenza dell'aspetto pubblicistico delle materia. È innegabile che le indicazioni geografiche abbiano il fine di tutelare posizioni ultraindividuali¹¹⁸, ma, come si è già avuto modo di argomentare, non vi è ragione per escludere il ricorso all'arbitrato, poiché gli arbitri, come i giudici ordinari, sono vincolati al rispetto delle disposizioni normative inderogabili, che tutelano l'affidamento del pubblico contro l'utilizzo ingannevole di indicazioni geografiche e denominazioni di origine. Diversamente, è esclusa l'azione arbitrale qualora venga fatto valere, per esempio, un interesse legittimo relativo alle pubbliche funzioni di vigilanza attribuite ai Consorzi sulle denominazioni protette¹¹⁹.

Ulteriori segni distintivi citati dal c.p.i.¹²⁰ sono i *domain names*¹²¹, cioè segni identificativi dei siti sulla rete internet¹²². Mentre

¹¹⁶ PATRONI GRIFFI, *Arbitrabilità e privative ulteriori non titolate*, cit., pp. 92 ss.

¹¹⁷ Come riferisce ANGELICCHIO, *Le indicazioni geografiche*, in *Diritto industriale italiano*, I, cit., p. 350, nota 18. Sul punto anche ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, cit., 1960, p. 530.

¹¹⁸ Assunto applicabile anche nel caso della ditta e delle insegne. Ad ogni modo, si ritiene che attraverso le indicazioni geografiche vengono tutelati molteplici diritti: quello del singolo imprenditore e quello della collettività dei consumatori. Sul punto, ANGELICCHIO, *Le indicazioni geografiche*, cit., p. 349.

¹¹⁹ PATRONI GRIFFI, *Arbitrabilità e privative ulteriori non titolate*, cit., p. 94.

¹²⁰ Prima del loro ingresso nel c.p.i. la dottrina li qualificava come segni distintivi «atipici» o «aggiuntivi», come rileva TOSI, *La tutela delle proprietà industriale*, in TOSI (a cura di), *I problemi giuridici di internet. Dall'E-Commerce all'E-Business*, Milano, 2003, p. 2003, p. 442; MAYR, *I domain names ed i diritti sui segni distintivi: una coesistenza problematica*, in *Aida*, 1996, p. 237.

¹²¹ Si tratta di un indirizzo alfanumerico, utilizzato a seguito dell'introduzione del DNS per facilitare la memorizzazione degli indirizzi numerici di IP dei computer. Per una esaustiva definizione si rimanda a FINOCCHIARO, *Arbitrato e domain name*, in *Aida*, 2006, pp. 62 ss.

¹²² In verità assolvono a una duplice funzione: l'una di vero e proprio indirizzo, che consente all'utente di accedere al sito contrassegnato e l'altra ad attirare gli utenti e ad invogliarli a visitare il sito. La giurisprudenza (Trib. Modena, 27 settembre 2004, in *Dir. inf.*, 2005, pp. 281 ss.) lo ha accostato all'insegna, perché al pari di quest'ultima identifica il luogo «sia pure virtuale, in cui l'imprenditore contatta il cliente fino a concludere con esso il contratto». Per una completa disamina, DAMBROSIO, *La natura giuridica del nome di dominio*, in VACCÀ (a cura di), *Nomi di dominio, marchi e copyright: proprietà intellettuale ed industriale in internet*, Milano, 2005, pp. 3 ss.

il sistema internazionale di assegnazione dei nomi fa capo all'*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (Icann)*, quello su scala nazionale è attribuito alle *National Registration Authority*, presenti in ogni paese.

Per quanto riguarda il dominio “.it”, nel caso di eventuali controversie concernenti l'assegnazione e l'uso dei nomi a dominio, è possibile accedere all'arbitrato disciplinato dal regolamento “Risoluzione delle dispute nel ccTLD.it”, la cui ultima versione risale al 3 novembre 2014¹²³. Si tratta di una procedura arbitrale irrituale. Il consenso ad accedervi può essere esplicitato al momento della registrazione del nome di dominio oppure successivamente avvalendosi di un apposito formulario reperibile nel sito *web* del Registro (clausola 2.1 Regolamento)¹²⁴.

La presenza di una specifica disciplina sembrerebbe confermare la compromettibilità di tali diritti¹²⁵. Tale conclusione è anche avallata dalla natura contrattuale¹²⁶ del rapporto sul quale si fonda il potere attribuito alla *naming authority*. Infatti, è destituita di fondamento l'idea che le regole emanate da detto istituto abbiano natura amministrativa¹²⁷. Inoltre, la conclusione accolta trova conferma

¹²³ Consultabile in *www.nic.it*.

¹²⁴ È previsto il tradizionale sistema di nomina binario e la possibilità per il Registro di attivarsi per la nomina suppletiva. Questo potere, tuttavia, stride, come rileva anche la dottrina (CORSINI, *Arbitrati amministrati, proprietà intellettuale questioni processuali*, in *Aida*, 2006, p. 194, che qualifica detto arbitrato come un arbitrato *ad hoc*) con quello di dare esecuzione ad eventuali cautele o al lodo (cfr. clausole 2.4 e 2.5). Il lodo è emesso secondo equità, sulla base delle norme del Regolamento e nel rispetto di quelle dell'ordinamento italiano e non è impugnabile nel merito. È altresì previsto che il lodo sia reso pubblico, salva diversa volontà delle parti.

¹²⁵ Anche l'*Icann* prevede la possibilità di accedere ad appositi strumenti di risoluzione privata delle liti (v. *www.icaan.org*). Sul punto: VALENTE, *Le controversie relative alla registrazione e all'utilizzo del domain name: l'arbitrato obbligatorio disciplinato da Icann*, in AA.VV., *Nomi di dominio, marchi e copyright: proprietà intellettuale ed industriale in internet*, cit., pp. 150 ss.; esclude che si tratti, invece, di arbitrato CORSINI, *Arbitrati amministrati*, cit., pp. 194-195).

¹²⁶ FINOCCHIARO, *Arbitrato e domain name*, cit., p. 70, MENDOLA, *La Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy. Genesi della procedura e profili critici*, in *Dir. comm. int.*, pp. 57 ss.; STABILE, *Il sistema dei nomi di dominio e l'arbitrato «irrituale»*, in *Dir. ind.*, 2002, pp. 249 ss.

¹²⁷ FINOCCHIARO, *Arbitrato e domain name*, cit., p. 70.

nell'analisi della disciplina del c.p.i., che esclude, da una parte, la registrazione dei *domain names* e, dall'altra, l'applicazione degli artt. 122 e 123 c.p.i. In sostanza, con riguardo a questa fattispecie non si pongono i problemi – peraltro, ampiamente superati dall'interpretazione esegetica offerta – concernente l'azione di nullità propria dei marchi e dei brevetti. A maggior ragione la compromettibilità di tali diritti deve essere ammessa, non dovendo assumere alcuna rilevanza la natura prettamente tecnica delle posizioni giuridiche soggettive in gioco.

Al contempo, l'azione arbitrale non potrà operare nel caso di controversie vertenti sull'uso indebito del nome altrui come nome a dominio. Più precisamente, l'azione arbitrale è inammissibile qualora si debba tutelare direttamente il diritto al nome, fattispecie che fuoriesce dall'ordine pubblico arbitrale¹²⁸; mentre vi è spazio per le controversie relative ai diritti patrimoniali derivati, come nel caso di risarcimento del danno.

6. *Segue: il diritto d'autore*

Per potere individuare gli spazi di esercizio dell'azione arbitrale all'interno del diritto d'autore è necessario chiarirne il contenuto. Quest'ultimo, disciplinato nella l. 22 aprile 1941, n. 633 (più volte modificata), nasce con l'opera stessa (art. 6), tanto che il deposito presso l'Ufficio della proprietà letteraria, *ex art.* 103 ss., e la registrazione hanno mero valore dichiarativo¹²⁹.

Si tratta di una posizione giuridica soggettiva caratterizzata da un insieme di facoltà tra loro eterogenee¹³⁰, le une poste a difesa degli interessi morali e personali dell'autore, le altre all'utilizzazione

¹²⁸ Trib. Salerno, 25 febbraio 2003, in *Dir. inf.*, 2003, pp. 832 ss.

¹²⁹ FABIANI, *Il diritto d'autore*, in RESCIGNO (a cura di), *Trattato di diritto privato*, XVIII, Torino, 1982, pp. 182 ss.; GRECO, VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, cit., pp. 203 ss. Manca, quindi, una competenza amministrativa, come nel caso dei brevetti o dei marchi.

¹³⁰ Trib. Milano, 22 luglio 2011, in *DeJure*. Per una panoramica: V. DE SANCTIS, voce *Autore (diritto di)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, pp. 399 ss.

economica dell'opera. I due distinti diritti soggettivi¹³¹, pur collegati da inevitabili interferenze, si differenziano per natura e regime. L'art. 107 l.d.a. stabilisce che i diritti di utilizzazione delle opere dell'ingegno¹³², nonché quelli connessi avente carattere patrimoniale, possono essere «acquistati, alienati o trasmessi in tutti i modi e forme consentite dalla legge [...]». È quindi, confermata la loro arbitrabilità, poiché, come ho già detto, eventuali limitazioni in merito alla disponibilità del diritto non incidono sulla compromettibilità¹³³: infatti, non è sufficiente che il legislatore comprima parzialmente il libero esercizio o la sua autonoma disponibilità per potere discorrere di inarbitrabilità¹³⁴.

Controversa è, invece, la possibilità di ritenere ammissibile l'azione arbitrale con riguardo al diritto morale d'autore¹³⁵, che tradizionalmente è considerato una posizione giuridica indisponibile¹³⁶, e, quin-

¹³¹ Si tratta di un aspetto che è stato oggetto di ampio dibattito, come evidenzia SANTINI, *I diritti della personalità nel diritto industriale*, Milano, 1959, pp. 15 ss.; GRECO, VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, cit., pp. 175 ss., UBERTAZZI, *Il diritto morale dell'inventore*, in *Studi in onore di Remo Franceschelli*, Milano, 1983, pp. 163 ss. La dicotomia si rinviene anche in Francia e trova enunciazione nello stesso art. L. 111-1, comma 2°, *Code de la propriété intellectuelle*. Sul punto anche OPPETIT, *L'arbitrabilité des litiges de droit d'auteur et droits voisins*, in AA.VV., *Arbitrage et propriété intellectuelle*. Colloque organisé per l'Institut de recherche en propriété intellectuelle Henri-Desbois (Paris, 26 janvier, 1994), Paris, 1994, pp. 121 ss.; FORTUNET, *Arbitrability of Intellectual property disputes in France*, cit., pp. 294 ss.

¹³² Qualificati secondo alcuni come diritti di proprietà e secondo altri come diritti di monopolio (v. SANTINI, *I diritti della personalità nel diritto industriale*, cit., p. 18, note 9 e 10).

¹³³ Mi riferisco all'art. 46-bis sui compensi per l'utilizzazione di opere cinematografiche, come tali irrinunciabili; all'art. 119, comma 3° sui limiti di assoggettabilità a contratto di edizioni di diritti futuri; all'art. 120 concernente norme inderogabili per i contratti di edizione estensibili anche ad altre forme di alienazione di diritti patrimoniali di autore e all'art. 147 sul diritto d'autore sulla vendita successiva di opere d'arte e manoscritti. Si tratta di disposizioni che introducono un regime di disponibilità relativa e, quindi, per quanto già enunciato nella parte introduttiva, pienamente rientrante nell'ordine pubblico arbitrale.

¹³⁴ VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2015, p. 74.

¹³⁵ È opportuno precisare che le osservazioni che seguiranno trovano anche applicazione con riguardo al diritto morale dell'inventore, sancito dall'art. 62 c.p.i., che richiama il contenuto dell'art. 23, l.d.a. Sul punto UBERTAZZI, *Il diritto morale dell'inventore*, cit., pp. 163 ss.

¹³⁶ BERTANI, *Arbitrabilità delle controversie sul diritto d'autore*, in Aida, 2006, pp. 33 ss.

di, incompromettibile¹³⁷. Gli artt. 22 e 23 l.d.a. confermano l'assunto: il primo stabilisce che i diritti di paternità, integrità e rivelazione sono inalienabili; il secondo dispone che l'azione sia concessa anche ai congiunti, dopo la morte del titolare – si discute se essi siano titolari di un diritto acquistato a titolo originario o derivativo¹³⁸ – e, qualora vi siano specifiche finalità pubbliche anche al Ministero dei beni culturali. Inoltre, l'art. 142, comma 2° attribuisce all'autore il potere di ritirare l'opera dal commercio quando ricorrono gravi ragioni morali. Si tratta di un diritto qualificato come personale e non trasmissibile.

L'esegesi illustrata sembra trovare smentita nella disciplina degli artt. 18, comma 4° e 22, l.d.a.: il primo comma conferisce all'autore il diritto di introdurre nell'opera qualsiasi modificazione, il secondo stabilisce che «l'autore che abbia conosciute ed accettate le modifiche della propria opera non è più ammesso ad agire per impedirne l'esecuzione o per chiederne la soppressione», tanto che parte della dottrina ha iniziato a discorrere d'indisponibilità relativa¹³⁹, che non

¹³⁷ GRECO, VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, cit., 1974, pp. 103 ss., con la dovuta eccezione con riguardo alla previsione di cui all'art. 22 l.d.a.; RICOLFI, *Il diritto d'autore*, in ABRIANI, COTTINO, RICOLFI (a cura di), *Diritto industriale*, Padova, 2001, p. 473; AMMENDOLA, *Arbitrato e diritti d'autore*, in Aida, 1998, pp. 416 ss.; FIGÀ, TALAMANCA, *Controversie sulle modifiche necessarie dell'opera cinematografica e "alternative dispute resolution" nella legge sul diritto d'autore*, in Aida, 2006, p. 61, secondo cui, giustamente, lo speciale procedimento disciplinato dall'art. 47, l.d.a. ha natura amministrativa, non potendo rientrare nell'alveo dell'arbitrato. Stessi dubbi vengono anche posti in relazione alla procedura enunciata all'art. 4 del d.lgs. luogotenenziale 20 luglio 1945, n. 440 (sul punto anche UBERTAZZI, *I diritti d'autore e connessi: scritti*, Milano, 2003, pp. 338 ss.); ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrato in materia IP*, cit., pp. 556-557.

¹³⁸ BLONDEL, *La transmission à cause de mort des droits extrapatrimoniaux et des droits patrimoniaux à caractère personnel*, Paris, 1969, p. 49 ss.; T. AULETTA, *Riservatezza e tutela della personalità*, Milano, 1978, pp. 213 ss.

¹³⁹ BERLINGUER, *La compromettibilità*, II, cit., pp. 109 ss. che rinviene uno scollamento tra situazione sostanziale del diritto e la sua tutelabilità all'interno del processo; RESTA, *Autonomia privata*, cit., p. 350, secondo cui non sono devolvibili ad arbitri le controversie che importino un giudizio sulla spettanza e conformazione di tali situazioni giuridiche. In realtà anche la letteratura straniera condivide la compromettibilità, imponendo il consenso del disponente; e ancora prima GRECO, VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, cit., p. 362, che, pur ritenendo non compromettibili le controversie relative a pretese violazioni del diritto di paternità e di prima pubblicazione nonché quelle che possono sorgere per l'esercizio del diritto di ritiro dall'opera dal commercio, ammettono la devoluzione agli arbitri dei diritti nascenti dall'art. 22, l.d.a.

consente di escludere automaticamente il ricorso alla giustizia arbitrale.

Altri interpreti¹⁴⁰, pur ritenendo incompromettibile il diritto morale d'autore, reputano arbitrari i cc.dd. «atti di esercizio del diritto», tra cui il patto di *ghost writing* e quello di modificazione lesive dell'onore e della reputazione¹⁴¹.

A mio parere, la soluzione del conflitto esegetico risiede nella qualificazione che si vuole attribuire al diritto morale d'autore. Analizzando gli indici che offre il testo normativo, già in precedenza richiamati, ritengo che sia inevitabile inquadrarlo all'interno dei diritti della personalità¹⁴² e, quindi, concludere per l'inammissibilità dell'azione arbitrale.

Come meglio cercherò di argomentare nel proseguo, i diritti della personalità sono posizioni giuridiche soggettive che incidono sull'essenza della persona, sulla sua struttura originaria e intersoggettiva, tanto che lo Stato ha il dovere di riconoscere e garantire. Tale compito può essere adempiuto solo da quest'ultimo.

L'interpretazione accolta non trova smentita negli artt. 18, comma 4° e 22: si tratta di norme che devono essere lette alla luce della previsione dell'art. 20, che stabilisce «indipendentemente dai

¹⁴⁰ BERTANI, *Arbitrabilità delle controversie sul diritto d'autore*, cit., p. 34, nota 30 e pp. 43 ss.

¹⁴¹ Si tratta di un'esegesi che non merita accoglimento, poiché è contraddittorio scindere il diritto d'autore dalle sue forme di attuazione: una volta concluso per l'incompromettibilità della posizione giuridica soggettiva si deve affermare, per coerenza logica prima che giuridica, anche l'inarbitrabilità delle sue modalità di attuazioni.

¹⁴² Non è questa la sede per offrire la compiuta dimostrazione dell'assunto. Mi limito a rilevare la piena adesione alla ricostruzione di SANTINI, *I diritti della personalità*, cit., pp. 56 ss., che evidenzia come il diritto morale d'autore contenga al suo interno una molteplicità di diritti della personalità (il diritto di paternità, il diritto di pentimento, ecc.; in senso contrario si pone ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, cit., 1960, p. 753). L'autore evidenzia come la rinuncia ad apporre il proprio nome sull'opera non priva l'autore di essere riconosciuto come tale. Al contempo, la possibilità di pubblicare l'opera anonima o pseudonima non priva l'autore di rilevarsi e di pretendere l'apposizione del proprio nome (art. 21, comma 1°). Diversamente non ritengo di condividere la sua opinione in merito alla natura del diritto d'inedito che, a mio avviso, anche alla luce della sua collocazione all'interno del testo normativo, non può che essere inquadrato tra i diritti patrimoniali.

diritti esclusivi di utilizzazione economica dell'opera [...] ed anche dopo la cessione dei diritti stessi, l'autore conserva il diritto a rivendicare la paternità dell'opera e di opporsi a qualsiasi deformazione, mutilazione od altra modificazione, ed ogni atto a danno dell'opera stessa, che possono essere di pregiudizio al suo onore o alla sua reputazione».

Ciò vuole dire che le libertà riconosciute nelle disposizioni richiamate – peraltro la previsione di cui all'art. 22 si pone in linea con il divieto generale di *venire contra factum proprium* –, come osserva la dottrina¹⁴³, non possono mai incidere sulla reputazione o sull'onore dell'autore, a riprova del respiro pubblicistico di tali diritti¹⁴⁴.

È, quindi, confermata l'inarbitrabilità della posizione giuridica in esame.

7. *La tutela della superindividualità, con particolare riguardo alle azioni di nullità dei titoli*

Una volta delineati i confini dell'azione arbitrale, è ora il momento di definire le modalità della sua attuazione all'interno del contenzioso industriale.

In questa sede si prenderanno in esame le controversie che riguardano la nullità dei titoli di privativa, ma le osservazioni che verranno svolte possono, *mutandis mutatis*, essere estese anche alle ulteriori fattispecie ritenute passibili di arbitrato.

Come già si è visto nel campo societario, la natura superindividuale del contenzioso, che si traduce a sua volta in un complesso di norme inderogabili, condiziona l'esercizio dell'azione arbitrale. Quest'ultima dovrà garantire non solo la piena tutela di coloro che

¹⁴³ In questo senso anche ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, cit., 1960, pp. 757 ss. In questo senso, a mio avviso, deve anche essere letta la previsione di cui all'art. 18, comma 4°, della menzionata legge.

¹⁴⁴ BUCCI, *Interesse pubblico e diritto d'autore*, Padova, 1976, pp. 37 ss.; SPEDICATO, *Interesse pubblico e bilanciamento nel diritto d'autore*, Milano, 2013, pp. 94 ss. L'interpretazione accolta, non si può nascondere, contrasta con la tendenza, sviluppatasi anche oltreconfine, di ritenere il diritto d'autore come arbitrabile (sul punto, RESTA, *Autonomia privata*, cit., p. 352, nota 247).

hanno stipulato la convenzione arbitrale, ma anche di chi non abbia aderito alla sua sottoscrizione. Tuttavia, a differenza di quanto si verifica in ambito societario, non esiste una disciplina in grado di fare fronte – almeno nelle intenzioni – a queste esigenze e conoscibile in via preventiva dai terzi.

Diviene, dunque, necessario vagliare se la disciplina comune sia in grado di garantire l'esercizio di una azione "vincolata", tenendo conto del fatto che, alla luce della complessità tecnico-scientifica delle controversie in esame, lo stesso c.p.i. individua specifiche modalità procedurali.

Prima di procedere nell'analisi, voglio precisare, alla luce del tendenziale respiro internazionale che contraddistingue questo genere di liti, che le conclusioni che verranno enunciate trovano applicazione sia nel caso di arbitrato "domestico", tutto italiano, sia con riguardo all'arbitrato italiano "internazionale", con sede in Italia e caratterizzato da elementi di estraneità: dopo la novella del 2006, come è noto, non sussiste più alcuna distinzione, salvo poche particolarità, come quella enunciata all'art. 830 c.p.c.¹⁴⁵, relativa al giudizio di merito dopo l'annullamento del lodo.

7.1. Segue: l'efficacia soggettiva della convenzione arbitrale e l'intervento dei terzi

Per quanto concerne l'efficacia della clausola compromissoria, mancando una specifica disciplina come quella dettata dal d.l.gs. n. 5 del 2003, è inevitabile concludere che deve valere la regola generale: la convenzione arbitrale, come tutti i contratti, non può che avere effetto che fra le parti.

Si è posto il problema della legittimazione ad agire dei licenziatari dei diritti di proprietà industriale al fine di liberarsi delle obbligazioni assunte con i relativi contratti o comunque trarre profitto dalle conseguenze, che, secondo i casi, la declaratoria di nullità o

¹⁴⁵ FUMAGALLI, *Arbitrato IP e diritto internazionale processuale privato*, in *Aida*, 2006, pp. 149 ss.; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrato in materia IP*, cit., p. 546.

decadenza può produrre nella loro sfera giuridica ai sensi dell'art. 77 c.p.i.¹⁴⁶.

In questo caso, dal punto di vista del processo arbitrale, due sono le questioni che devono essere risolte: in primo luogo, la possibilità di riconoscere ai licenziatari dei titoli di privativa la legittimazione ordinaria ad agire (e quindi il potere di stipulare la convenzione arbitrale) e, in secondo luogo, la sussistenza di un vero interesse a richiedere la declaratoria di nullità.

Concordando con quanto sostenuto dalla dottrina¹⁴⁷, non ritengo possibile distinguere tra titolari di diritti reali o di diritti obbligatori sulla privativa. Reputo i licenziatari (esclusivi e non esclusivi) titolari di legittimazione ordinaria¹⁴⁸ e, quindi, capaci di stipulare la convenzione arbitrale. Per tale ragione essi potranno anche promuovere l'azione di declaratoria del titolo di privativa.

Tuttavia, anche qualora non si convenga con questa conclusione, detti soggetti devono essere qualificati come parti necessarie dei giudizi di nullità dei titoli, potendo essere inquadrati come titolari di un diritto sulla privativa oggetto della domanda di declaratoria (art. 122, comma 4°, c.p.i.)¹⁴⁹.

A tale proposito è necessario compiere un passo indietro.

Come è noto l'art. 122, comma 4°, c.p.i. stabilisce che «l'azione di decadenza o nullità di un titolo di privativa industriale è eser-

¹⁴⁶ SCUFFI, *La legittimazione*, in *Diritto industriale italiano*, II, cit., p. 1344.

¹⁴⁷ SPOLIDORO, *La legittimazione attiva dei licenziatari dei diritti di proprietà intellettuale*, in *Aida*, 2006, pp. 227 ss., che pone giustamente in evidenza come il titolare attribuisce al licenziatario lo *ius excludendi alios*. *Contra* MANGINI, *La licenza di brevetto*, Padova, pp. 141 ss., secondo cui la legittimazione attiva del licenziatario sussisterebbe solo nelle ipotesi di licenza obbligatoria.

¹⁴⁸ L'art. 72, comma 6°, c.p.i. prevede che possa agire con l'azione di nullità o di decadenza il licenziatario obbligatorio, mentre l'art. 118, comma 3°, c.p.i. consente all'avente diritto che non intenda ottenere a suo nome il trasferimento del brevetto o dell'attestato di registrazione di farne valere la nullità.

¹⁴⁹ F. FERRARI, *Il litisconsorzio nelle controversie IP*, in *Il processo industriale*, cit., pp. 147 ss., ma con riguardo solo ai titolari di diritti a contenuto obbligatorio. La dottrina (DI CATALDO, *Contratti di licenza, obbligo di uso dell'invenzione e clausole restrittive della concorrenza*, in *Giur. comm.*, 2010, pp. 377 ss.), tuttavia, osserva che i contratti di licenza sono considerati dalle imprese dati sensibili e, proprio per tale ragione, molto frequentemente non sono oggetto di annotazione e/o trascrizione.

citata in contraddittorio di tutti coloro che risultano annotati nel registro quali aventi diritto». Si tratta di un'ipotesi di litisconsorzio necessario *ex lege*¹⁵⁰, di fronte alla quale l'interprete non può fare altro che prenderne atto¹⁵¹. Diversamente è compito di quest'ultimo individuare, alla luce di un dettato normativo ambiguo e contraddittorio, chi possano essere qualificati «quali aventi diritto».

Non si può sottacere che la definizione di tali soggetti sia stata (e ancora continua ad esserlo) al centro di un ampio dibattito dottrinale¹⁵², che al momento sembra essere orientato a riconoscere la qualifica di litisconsorte necessario a tutti coloro che sono titolari di diritti attuali sul titolo, purché, per espressa indicazione legislativa, siano annotati nel registro. Vi rientrano, pertanto, i titolari di usu-

¹⁵⁰ È possibile solo ripercorrere in estrema sintesi il dibattito relativo alla natura del litisconsorzio necessario. Come è noto, secondo la dottrina tradizionale è possibile discorrere di litisconsorzio solo in presenza di una legittimazione ad agire necessariamente congiunta, determinata dalla contitolarietà (afferмата) del rapporto sostanziale che si fa valere (a titolo esemplificativo CHIOVENDA, *Sul litisconsorzio necessario*, in *Saggi di dir. proc. civ.*, II, Roma, 1931, pp. 427 ss.; REDENTI, *Il giudicato civile con pluralità di parti*, 1911, ristampa, Milano, 1960; COSTA, *L'intervento in causa*, Torino, 1953, p. 24; CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Padova, 1941, p. 106; FAZZALARI, *Litisconsorzio necessario ed azioni di filiazione legittima*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1946, pp. 178 ss.; LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile* (ed. a cura di Colesanti, E. Merlin), Milano, 2012, p. 102; di recente condividono questa interpretazione MANDRIOLI, CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2016, p. 441). Diversamente, secondo un'altra interpretazione il litisconsorzio necessario si configura solo per ragioni di opportunità (processuale) e quindi la sua realizzazione è configurabile solo nei casi previsti dalla legge (BETTI, *Diritto processuale italiano*, Roma, 1936, p. 87; ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935, p. 50; DENTI, *Appunti sul litisconsorzio necessario*, in *Riv. dir. proc.*, 1958, p. 36; *contra* TOMEI, *Alcuni rilievi in tema di litisconsorzio necessario*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, p. 669). Si pone in una dimensione intermedia, SATTA, *Sul litisconsorzio necessario*, in *Riv. It. scienze giur.*, 1955-56, p. 49, che non limita il fenomeno litisconsortile solo all'esistenza di rapporti plurilaterali; PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, Napoli, 1965, p. 622. Per un'esegesi della disposizione qui esaminata si rimanda a F. FERRARI, *Il litisconsorzio nelle controversie IP*, in *Il processo industriale*, cit., pp. 140 ss. e in part. p. 146 ove osserva che la peculiare efficacia della sentenza di per sé fa venire meno l'utilità del litisconsorzio necessario.

¹⁵¹ In questo caso il litisconsorzio non deriva dal fatto che il diritto sia plurisoggettivo, ma unicamente da ragioni processuali derivanti dal nesso che lega i rapporti giuridici coinvolti nel diritto di privativa.

¹⁵² F. FERRARI, *Il litisconsorzio nelle controversie IP*, cit., pp. 140 ss.

frutto e di pegno. La possibilità di includervi, nel caso di brevetto, l'inventore¹⁵³ è, invece, dibattuta.

Ai fini della indagine che si sta compiendo, vi è allora da chiedersi se il giudizio arbitrale consenta la realizzazione del processo litisconsortile nei confronti dei titolari di diritti minori annotati nel registro.

La risposta non può che essere positiva: infatti, il dettato normativo consente la realizzazione di un giudizio con pluralità di parti sia *ab origine* che successivamente nel corso del processo arbitrale. Non vi sono ostacoli a immaginare che, una volta sorta la lite sulla validità della privativa, tutte le parti della controversia, ivi inclusi i titolari di diritti minori, possano stipulare un valido compromesso: in tal caso, come è noto, l'art. 816-*quater* c.p.c. individua specifiche modalità di nomina degli arbitri per garantire il rispetto del principio di eguaglianza.

Tuttavia, anche qualora la convenzione arbitrale non venga stipulata da tutti i litisconsorti necessari – fattispecie più probabile nella prassi – la disciplina dell'arbitrato rituale consente la facoltà per il litisconsorte pretermesso, non vincolato al patto compromissorio, di intervenire sempre all'interno del giudizio, senza che sia necessario il consenso né della parti originarie né degli arbitri¹⁵⁴, poiché la con-

¹⁵³ Ci si interroga, invece, se debba considerarsi litisconsorte necessario l'inventore nei giudizi di nullità dei brevetti d'invenzione alla luce del novellato art. 122 che individua il litisconsorzio solo tra «gli aventi diritto quali titolari» (F. FERRARI, *Il litisconsorzio nelle controversie IP*, cit., pp. 147 ss.). La giurisprudenza lo considerava litisconsorte necessario sino all'entrata in vigore del d.lgs. n. 131 del 2010 (App. Milano, 3 marzo 2000, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2000, p. 4142; App., 17 dicembre 1971, in *Riv. dir. ind.*, 1973, pp. 44 ss., con nota di OSSOLA; UBERTAZZI, *Il diritto morale dell'inventore*, cit., p. 182, che nega che sia configurabile un diritto morale dell'inventore alla brevettazione; SANTINI, *I diritti della personalità nel diritto industriale*, cit., p. 76; dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 131 del 2010 si assiste a un cambio di interpretazione: App. Milano, 10 marzo 2011; Trib. Genova, 21 luglio 2011, come ricorda F. FERRARI, *Il litisconsorzio nelle controversie IP*, cit., p. 148, nota 51 e nota 55 per la dottrina che aderisce all'assunto). Alla luce dell'attuale testo normativo, mi è arduo ritenere che l'inventore possa essere qualificato come "titolare" del diritto di privativa (SCUFFI, *La legittimazione*, in *Diritto industriale italiano*, II, cit., p. 1345), non comparando, tra l'altro, il suo nome tra quelli che devono essere indicati nel Registro.

¹⁵⁴ La letteratura sul punto è in sostanza concorde: CONSOLO, *Domande autodeterminate e litisconsorzio necessario nel giudizio arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 1413; ID., *I terzi e il procedimento arbitrale*, ivi, 2012, pp. 841 ss., spec.

troveria oggetto della convenzione e, quindi, anche del contratto di arbitrato, rimane la medesima. In questo caso non possano invocarsi problemi relativi alla nomina degli arbitri: a differenza di quanto sostiene parte della dottrina¹⁵⁵, non reputo¹⁵⁶ che nel caso dell'intervento del litisconsorte necessario non vincolato alla convenzione debba operare l'art. 816-*quater* c.p.c., norma pensata per il caso in cui tutti i soggetti siano vincolati allo stesso patto compromissorio e ci si trovi nella fase iniziale della costituzione del collegio¹⁵⁷.

Certamente, la devoluzione della nomina del collegio arbitrale a un soggetto terzo, come si impone nell'arbitrato societario, consente di evitare qualsiasi dubbio. Nonostante le difficoltà che possono derivare dalla molteplicità delle parti, anche il Regolamento *Wipo* predilige la nomina binaria, intervenendo solo nel caso in cui non sia possibile raggiungere l'accordo (cfr. artt. 14 ss.).

Al contempo è ammissibile, alla luce del generale tenore dell'art. 816-*quinquies* c.p.c., l'intervento del litisconsorte pretermesso vincolato alla clausola compromissoria, che, in virtù delle argomen-

pp. 847 ss.; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, cit., pp. 334 ss.; BOVE, *La giustizia privata*, Padova, 2015, p. 176; GRADI, *sub* art. 816-*quinquies*, in BENEDETTELLI, CONSOLO, RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Commentario breve al diritto dell'arbitrato interno e internazionale*, Padova, 2017, pp. 272 ss.; LIPARI, in BRIGUGLIO, CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, III, 2, Padova, 2009, p. 779; PUNZI, *Il processo civile, sistema e problematiche*, III, Torino, 2010, p. 217; SALVANESCHI, *Arbitrato*, in CHIARLONI (a cura di), *Commentario al c.p.c.*, Bologna, 2014, pp. 520 ss., ma impone il rispetto dell'art. 816-*quater* c.p.c.; *contra*: SASSANI, *Di modificazioni della domanda, diritti autodeterminati, litisconsorti necessari e altro ancora nel giudizio arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2013, pp. 883 ss.; COLESANTI, *Notarelle «controcorrente» in tema di arbitrato e litisconsorzio necessario nel giudizio arbitrale*, *ivi*, 2013, pp. 791 ss.; CORSINI, *L'intervento del litisconsorte necessario nel processo arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, pp. 589 ss., che ritiene necessario l'accordo delle parti.

¹⁵⁵ SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., pp. 520 ss. Sul punto cfr. TIZI, *Litisconsorzio successivo e imparzialità del tribunale arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2008, pp. 485 ss.

¹⁵⁶ Già in questo senso CONSOLO, *Domande autodeterminate*, cit., p. 1415; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, cit., p. 335; LUISO, *Diritto processuale civile*, V, cit., p. 186.

¹⁵⁷ Si potrebbe obiettare che, una volta che il terzo sia intervenuto, siano le parti originali a sollevare la questione dell'equidistanza del collegio arbitrale. Per le medesime ragioni già espresse non ritengo comunque che possa operare l'art. 816-*quater* c.p.c.

tazioni già in precedenza svolte, non può imporre, a mio avviso, modificazioni alla composizione del collegio giudicante¹⁵⁸.

Ulteriore strumento per garantire la realizzazione del contraddittorio risiede, malgrado il silenzio legislativo sul punto, nella possibilità di invitare il terzo litisconsorte pretermesso a partecipare al giudizio. Seppure non possa operare direttamente la previsione dell'art. 102 c.p.c.¹⁵⁹, non vedo ragione per escludere che l'arbitro direttamente o chiedendo alle parti, inviti informalmente il terzo a partecipare al giudizio. Inoltre, nel caso del terzo litisconsorte pretermesso vincolato alla convenzione d'arbitrato credo, a prescindere dell'inapplicabilità dell'art. 102 c.p.c., che egli possa legittimamente essere convenuto nel processo, avendo prestato, come le parti originarie, il proprio consenso alla stipula della convenzione d'arbitrato.

Se, però, il terzo rifiuta di partecipare, la strada arbitrale diviene impraticabile¹⁶⁰.

Una pari facoltà di intervento all'interno del processo è anche offerta al terzo titolare di un diritto dipendente da quello di privativa, ma non iscritto nel registro. Si pensi al caso del titolare di una licenza non registrata¹⁶¹ o dell'inventore, se – come credo – non lo si reputi litisconsorte necessario del giudizio.

¹⁵⁸ In questo caso, come è stato osservato (ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, cit., p. 338), questa conclusione si presta a maggiori perplessità, dato che le parti avrebbero potuto chiamare il terzo in origine, consentendogli di partecipare alla nomina degli arbitri. Per tale ragione, alcuni ritengono che in questo caso viga l'art. 816-*quater* c.p.c., non potendo qualificarsi il terzo litisconsorte pretermesso vincolato al patto compromissorio come vero terzo. In verità al terzo è garantita la possibilità di incidere sulla nomina degli arbitri: qualora si rifiuti di intervenire, infatti, obbliga le parti ad iniziare un nuovo arbitrato con la sua partecipazione.

¹⁵⁹ GRADI, *sub* art. 816-*quinquies*, cit., p. 275.

¹⁶⁰ LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., pp. 179-180. Qualora decida di non intervenire violerebbe il canone della buona fede nell'esecuzione del contratto, perché il suo rifiuto determina l'impossibilità di dare corso all'arbitrato, come osserva ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, cit., p. 338.

¹⁶¹ Trib. Roma, 28 giugno 1977, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1977, pp. 1037 ss., che qualifica detti soggetti una volta entrati nel processo quali litisconsorti necessari. Benché una volta che essi siano entrati nel processo devono essere considerati parti necessarie, stando al dettato normativo, non vi è però l'obbligo della instaurazione del contraddittorio nei loro confronti.

Qualora il terzo sostenga le ragioni di una delle parti, il suo intervento è ammissibile senza il consenso degli arbitri e dei litiganti originari. Diversamente, nel caso in cui il terzo voglia fare valere un proprio diritto, l'art. 816-*quinqüies*, comma 1°, c.p.c. impone che sia possibile il suo ingresso nel giudizio – come la sua chiamata in causa – solo previo accordo delle parti e il consenso degli arbitri.

Per quanto concerne il problema dell'imparzialità ed equidistanza dell'organo giudicante, per non appesantire la lettura, richiamo quanto già espresso con riguardo all'arbitrato societario.

Per completezza espositiva, rilevo che la devoluzione della lite ad arbitri consente ai litiganti di scegliere giudici altamente specializzati: come si cercherà di porre in luce discorrendo dei mezzi di prova è indiscutibile che il tecnicismo, che connota le liti in questo specifico settore, richieda conoscenze peculiari. Non a caso, per la redazione della *Resolution of Patent Disputes Supplementary Rules* predisposte dall'*American Arbitration Association*¹⁶², tale organizzazione si è avvalsa di uno speciale comitato consultivo di esperti dei brevetti. Scegliendo l'arbitrato le parti possono anche optare per comprovati esperti del settore.

Il quadro tratteggiato dimostra che la disciplina dell'arbitrato rituale offre ampie garanzie di intervento al terzo, che sono ulteriormente rafforzate dalla previsione di cui all'art. 122, comma 6° e 7°, c.p.i.¹⁶³.

Questa norma prevede, da una parte, l'obbligo della comunicazione della copia dell'atto introduttivo di ogni giudizio civile in materia di titoli di proprietà industriale all'Ufficio italiano brevetti

¹⁶² Consultabili in www.adr.org/aaa/faces/aoe/commercial/intellectualpropertylicensing.

¹⁶³ Per l'inutilità di questa previsione nel contesto del giudizio ordinario, BORGHESI, *Gli effetti ultra partes delle pronunce in materia di proprietà industriale*, in *Il processo industriale*, cit., p. 130. In senso contrario, Trib. Monza, 23 dicembre 1971, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1972, p. 24 e in letteratura, *ex multis*, F. DANOVI, *Legittimazione attiva e passiva e tutela delle privative*, in *Il processo industriale*, cit., p. 117; RATTI, *La contraffazione del marchio. Profili processuali*, in TRAVOSTINO, BOTTARO (a cura di), *Il diritto dei marchi di impresa*, Torino, 2009, p. 319.

e marchi, dall'altra, che, in mancanza, prima di decidere nel merito, il giudice abbia l'obbligo di disporla. Stante il silenzio legislativo sul punto, ritengo, alla luce della sostanziale identità di effetti ascrivibili sia alla domanda di arbitrato sia all'atto introduttivo di un giudizio ordinario¹⁶⁴, pienamente estensibile l'obbligo della comunicazione dell'atto introduttivo (*rectius* la domanda di arbitrato) anche nel caso del giudizio arbitrale¹⁶⁵.

7.2. *Segue: i mezzi di prova*

Il c.p.i. introduce una specifica disciplina della istruzione probatoria, modellata sulle peculiarità del contenzioso¹⁶⁶. È doveroso chiedersi se questo apparato di norme possa trovare applicazione anche in arbitrato, costituendo esso un mezzo imprescindibile per garantire il pieno accertamento del diritto.

In verità, non sempre nelle controversie relative alla nullità o alla decadenza delle privative industriali vi sono fatti suscettibili di prova¹⁶⁷: per esempio, in materia di marchio la circostanza che il segno non rientri tra quelli indicati nell'art. 7 c.p.i., non richiede una prova. Lo stesso dicasi in materia di nullità del brevetto qualora l'attore affermi che il trovato coperto dalla privativa non possa essere considerato invenzione ai sensi dell'art. 45 c.p.i.

Dico subito che ritengo estensibile la normativa *de qua* nel giudizio arbitrale, con le precisazioni dovute che seguono.

Sicuramente applicabile, per ragioni di coerenza logica prima che giuridica¹⁶⁸, è la disciplina dell'onere della prova, come enunciata nell'art. 121 c.p.i.

¹⁶⁴ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, cit., pp. 211 ss.

¹⁶⁵ Aderisce alla tesi qui enunciata ZUCCONI GALLI FONSECA, *L'arbitrato in materia di IP*, cit., p. 552.

¹⁶⁶ Trib. Roma, 13 aprile 2011, in *DeJure*, discorrendo del principio dell'onere della prova.

¹⁶⁷ Per una disamina puntuale si rimanda a VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., pp. 544 ss.

¹⁶⁸ Sul punto VANZ, *Onere della prova e vicinanza della prova delle liti IP*, in *L'arbitrato in materia di IP*, cit., pp. 174 ss.

Per quanto concerne, invece, l'ordine di esibizione e la richiesta di informazioni previsti dall'art. 121, comma 2° e 3°¹⁶⁹, nei confronti della sola controparte, qualificati da alcuni come la *discovery* del processo industriale¹⁷⁰, ritengo che si tratti di mezzi di prova utilizzabili anche in arbitrato¹⁷¹.

Come è noto, già l'art. 816-ter c.p.c. prevede una specifica modalità di raccolta di dati, consentendo agli arbitri di chiedere alla pubblica amministrazione «le informazioni scritte relative ad atti e documenti dell'amministrazione stessa, che è necessario acquisire al processo». Giocoforza, non si vedono ragioni per escludere che gli arbitri possano richiedere informazioni alla controparte¹⁷².

Lo stesso dicasi per l'esibizione: nonostante l'assenza di uno specifico richiamo nell'art. 816-ter c.p.c. non vi sono valide ragioni per negarla, con i limiti già individuati discorrendo dell'arbitrato nelle liti di famiglia¹⁷³.

In quella sede, inoltre, ho rilevato che è possibile, in ragione della flessibilità che connota il processo privato, prevedere un'applicazione di questo istituto più estesa rispetto alla disciplina tradizionale, come prevede il legislatore in un campo affine a quello qui ana-

¹⁶⁹ Un discorso diverso deve essere, invece, svolto con riguardo all'art. 121-bis c.p.c. (si rimanda alla disamina di DI FAZZIO, *Il diritto d'informazione*, in *L'arbitrato in materia di IP*, cit., pp. 189 ss.), che ha un'ambito di applicazione completamente diverso, peraltro, richiedibile anche in via cautelare. In questo caso la *discovery* non è rivolta solo alla controparte ma verso tutti coloro che si trovano nella condizione indicata nell'art. citato. Soprattutto alla luce della nota assenza di poteri coercitivi in campo agli arbitri (cfr. *infra*), è necessario verificare la sua effettiva attuazione all'interno del processo arbitrale (non potrà per esempio essere applicata la sanzione di cui all'art. 127, comma 1-bis c.p.c.). Sul punto, ZUCCONI GALLI FONSECA, *L'arbitrato in materia di IP*, cit., p. 547, che la reputa applicabile.

¹⁷⁰ In questo senso si esprime per esempio SCUFFI, *Il sistema probatorio*, in *Diritto industriale italiano*, II, cit., p. 1318; RATTI, *La contraffazione del marchio*, cit., pp. 319 ss., che individua le differenze rispetto all'esibizione e all'interrogatorio codificati nel c.p.c.; dubitativo, invece, DONDI, *Il diritto di esibizione – Struttura e singolarità delle esibizione-discovery nelle controversie in materia di proprietà industriale*, in *L'arbitrato in materia di IP*, cit., pp. 234 ss.

¹⁷¹ ZUCCONI GALLI FONSECA, *L'arbitrato in materia di IP*, cit., p. 546.

¹⁷² Si tratta di un istituto non parificabile all'interrogatorio formale, come osserva FLORIDIA, *Il riassetto della proprietà industriale*, Milano, 2006, p. 502.

¹⁷³ G.F. RICCI, *Svolgimento del processo*, in *Arbitrato*, cit., pp. 428-429; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, cit., p. 321.

lizzato, tramite la normativa introdotta in materia di violazione del diritto europeo e nazionale della concorrenza (d.lgs. del 19 gennaio 2017, n. 3). Pur trattandosi di una disciplina applicabile al processo statale, non vi sono ragioni per impedirne un'applicazione anche in quello privato, ove, semmai, come ho già detto, si pone un problema di rendere effettivo il rispetto dell'ordine di esibizione.

Ritengo comunque applicabile la sanzione enunciata nell'art. 121, comma 4°, che attribuisce al giudicante di desumere argomenti di prova, anche, dal rifiuto ingiustificato di «ottemperare agli ordini»¹⁷⁴.

Infine, anche in arbitrato può essere garantita la protezione delle informazioni sensibili, invitando, per esempio, la parte a cancellare alcuni dati riservati.

Estensibile anche al giudizio arbitrale, vista l'espressa previsione contenuta nell'art. 816-ter, comma 5°, c.p.c., è la possibilità di accedere alla consulenza tecnica *ex art.* 121, comma 5°, c.p.i. Essa si contraddistingue per la facoltà di nomina di più consulenti tecnici, che possono ricevere «i documenti inerenti ai quesiti posti dal giudice anche se non ancora prodotti in causa, rendendoli noti a tutte le parti». L'estensione al giudizio arbitrale della disciplina *de qua* non contrasta con i suoi canoni, fondati, peraltro, sulla libertà riconosciuta alle parti di dettare le regole del gioco.

Inoltre, alla luce del respiro internazionale del contenzioso in esame, si deve anche ricordare la prassi invalsa nell'arbitrato internazionale di ammettere il *party-appointed expert*: un esperto chiamato dalla parte a rendere testimonianza tecnica (*expert witness*) o incaricato, sempre dalla parte, di redigere una perizia (*expert report*)¹⁷⁵.

¹⁷⁴ Come osserva la dottrina (SCUFFI, *Il sistema probatorio*, in *Diritto industriale italiano*, II, cit., pp. 1321-1321), anche nel processo innanzi al giudice ordinario, l'inottemperanza agli ordini del giudice non dà luogo ad alcun reato né l'ordinanza costituisce titolo esecutivo attuabile con gli strumenti di cui all'artt. 605 e ss. c.p.c.

¹⁷⁵ Sul punto si rimanda agli artt. 5 e 6 delle *Iba Rules on the Taking of Evidence*: il primo stabilisce che «A party may rely on a Party-Appointed Expert as a means of evidence on specific issues. Within the time ordered by the Arbitral Tribunal, (i) each Party shall identify any Party-Appointed Expert on whose testimony it intends to rely and the subject-matter of such testimony; and (ii) the Party-Appoint-

Infine, nel giudizio arbitrale può trovare applicazione l'art. 128 c.p.i., cioè la consulenza tecnica preventiva¹⁷⁶, che per i connotati che prescindono dal requisito del *periculum in mora*, a stretto rigore non può essere inclusa tra i procedimenti cautelari¹⁷⁷.

L'estensione della disciplina probatoria dettata dal c.p.i. all'interno della procedura arbitrale, tuttavia, incontra l'ostacolo dell'assenza in capo agli arbitri dei poteri coercitivi. Per superare detto inconveniente, come già si è visto scorrendo del contenzioso familiare, valido ausilio, in attesa di un intervento legislativo sul punto, può derivare dall'ipotesi interpretativa di attenta dottrina, che ritiene possibile modellare il *periculum* dettato dall'art. 696 c.p.c. alle esigenze del processo arbitrale¹⁷⁸.

7.3. *Segue: i provvedimenti cautelari*

L'accertamento dei diritti in esame impone anche l'adozione di specifiche misure cautelari.

ed Expert shall submit an Expert Report»; il secondo che «The Arbitral Tribunal, after consulting with the Parties, may appoint one or more independent Tribunal-Appointed Experts to report to it on specific issues designated by the Arbitral Tribunal. The Arbitral Tribunal shall establish the terms of reference for any Tribunal-Appointed Expert Report after consulting with the Parties. A copy of the final terms of reference shall be sent by the Arbitral Tribunal to the Parties».

¹⁷⁶ In senso contrario si rimanda a TEDOLDI, *La consulenza tecnica preventiva ex art. 696-bis c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 825; In senso positivo, invece, F. AULETTA, in VERDE (a cura di), *Diritto dell'arbitrato*, Torino, 2005, p. 303; ZUCCONI GALLI FONSECA, *L'arbitrato in materia di IP*, cit., p. 548 (ma cambia posizione in *Diritto dell'arbitrato*, cit., p. 295); BIAVATI, «L'ausilio giudiziario all'arbitrato tra sostegno, controllo e interferenza», in *Riv. arb.*, 2013, p. 343; BONATO, *L'arbitrato, l'accertamento tecnico preventivo e la Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, 2010, p. 1652.

¹⁷⁷ Come osserva, tra gli altri, SCUFFI, *La consulenza tecnica preventiva e gli istituti deflattivi del contenzioso*, in *Diritto industriale italiano*, II, cit., pp. 1388 ss. e, in generale, MONTANARI, *Brevi note sulla natura giuridica della consulenza tecnica preventiva in funzione di composizione della lite (art. 696-bis c.p.c.) e sulle relative conseguenze di ordine applicativo*, in *Il giusto proc. civ.*, 2012, pp. 701 ss.; BONATTI, *Un moderno dottor Jekyll: la consulenza tecnica preventiva*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, pp. 247 ss.

¹⁷⁸ TARZIA, *Istruzione preventiva e arbitrato rituale*, in *Riv. arb.*, 1991, p. 723.

Tuttavia, come è noto, il nostro ordinamento contempla un assoluto divieto sul punto (art. 818 c.p.c.)¹⁷⁹. Si tratta di una norma oggetto di ampie critiche da parte della dottrina¹⁸⁰ e che da lungo tempo si pone in controtendenza rispetto alle esperienze straniere¹⁸¹. Irragionevole appare l'attuale divieto per gli arbitri di pronunciare misure *self-executing*, che ha trovato deroga esclusivamente in ambito societario.

Alla luce dell'espresso divieto di cui all'art. 818 c.p.c., è evidente che la tecnica arbitrale appaia deficitaria rispetto a quella ordinaria, alla quale si deve necessariamente ricorrere.

Come già anticipato, una dottrina, valorizzando l'inciso «salva diversa disposizione di legge»¹⁸² prospetta una lettura correttiva

¹⁷⁹ Sull'origine del divieto si rimanda a CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, Roma, 1941, II ed., p. 61. G.F. RICCI, *Istruzione probatoria*, in *Arbitrato*, cit., pp. 514 ss.; GHIRGA, *art. 818 c.p.c. Provvedimenti cautelari*, in *Nuove leggi civ. e comm.*, 2007, pp. 1325 ss.; CARPI, *L'arbitrato rituale fra autonomia e aiuto giudiziario*, in *Contr. e impr.*, 1990, pp. 929 ss.; LUISO, *Arbitrato e tutela cautelare nella riforma del processo civile*, in *Riv. arb.*, 1991, pp. 253 ss. In una prospettiva di riforma, PELLEGRINELLI, «De iure condendo»: *la concessione dei poteri cautelari agli arbitri*, in *Il giusto proc. civ.*, 2015, pp. 905 ss.; SERRA, *Arbitrato e tutela sommaria*, ivi, pp. 533 ss.

¹⁸⁰ Sul punto, per una ampia ricostruzione, BIAVATI, «*L'ausilio giudiziario all'arbitrato tra sostegno, controllo e interferenza*», cit., pp. 331 ss., che considera, almeno dal punto di vista teorico, le misure cautelari come elemento imprescindibile di ogni tutela, ivi inclusa quella arbitrale. Egli riconduce, da ultimo, la loro ammissibilità nel processo arbitrale anche alla luce del principio della ragionevole durata del processo (da intendersi anche e specialmente come «ragionevole distribuzione delle risorse della giurisdizione pubblica»).

¹⁸¹ Come ricorda BIAVATI, «*L'ausilio giudiziario all'arbitrato tra sostegno, controllo e interferenza*», cit., pp. 331-332, che richiama l'esperienza svizzera, francese, tedesca, spagnola e inglese. Per l'ammissibilità della tutela cautelare in capo agli arbitri si pone anche la legge modello Uncitral e, per quanto concerne propriamente la proprietà industriale, il Regolamento *Wipo*. Più in generale si rimanda a CARLEVARI, *La tutela cautelare nell'arbitrato internazionale*, Padova, 2006, spec. pp. 586 ss.; POZZI, *Arbitrato e tutela cautelare: profili comparatistici*, in *Riv. arb.*, 2005, pp. 17 ss.

¹⁸² BIAVATI, «*L'ausilio giudiziario all'arbitrato tra sostegno, controllo e interferenza*», cit., pp. 335 ss., che individua tre eccezioni alla totale chiusura sancita dall'art. 818 c.p.c.: una esplicita dettata dall'art. 35, comma 5°, d.lgs. n. 5 del 2003; una indiretta indicata dall'art. 669-duodecies c.p.c. e una implicita, collegata all'art. 832 c.p.c. *Contra*: PELLEGRINELLI, «De iure condendo», cit., p. 911, che la considera norma inderogabile e anche CORSINI, *L'arbitrato secondo regolamenti precostituiti*, in *Riv. arb.*, 2007, p. 311.

dell'art. 818 c.p.c., ritenendo superabile il divieto nel caso in cui le parti facciano ricorso ad un arbitrato amministrato. Infatti, grazie a una lettura a contrario dell'art. 832 c.p.c., è possibile attribuire alle istituzioni arbitrali la facoltà di derogare alle disposizioni codicistiche, tra cui anche il divieto per gli arbitri di concedere misure cautelari¹⁸³.

Detta ricostruzione è degna di pregio e consente anche di valorizzare l'attribuzione di simili poteri all'interno dei regolamenti arbitrali¹⁸⁴, evitando di doverli limitare nei rari casi in cui un procedimento arbitrale non sia regolato da norme procedurali italiane¹⁸⁵. Se è indiscutibile che la menzionata lettura consenta di spostare il confine del divieto¹⁸⁶, essa, come rileva lo stesso autore¹⁸⁷, da una parte, non permette il suo totale superamento, con l'ovvia conseguenza che, nei restanti casi¹⁸⁸, i provvedimenti cautelari dovranno essere richiesti al giudice ordinario, dall'altra non consente di superare il vuoto normativo connesso alla mancanza di una norma che

¹⁸³ Tuttavia si precisa che questa interpretazione opera solo nel caso di arbitrato amministrato vero e proprio e non qualora le parti, all'interno di un arbitrato *ad hoc*, decidano di regolare il procedimento facendo richiamo alle norme di un regolamento precostituito. Precisa inoltre che detta lettura, tra l'altro, non possa essere ostacolata dall'art. 832, comma 5°, c.p.c., che attribuisce alle istituzioni arbitrali il potere di aggiungere ulteriori motivi di ricusazione, ma vieta di eliminare quelli già indicati dall'art. 815 c.p.c.

¹⁸⁴ Così prevede l'art. 22 del Regolamento Arbitrale della Camera Arbitrale di Milano, leggibile in www.camera-arbitrale.it; l'art. 22 del Regolamento della Camera Arbitrale di Venezia, reperibile in www.camera-arbitrale-veneziana.com; l'art. 17 del Regolamento Associazione italiana arbitrato, reperibile in www.arbitratoaia.com.

¹⁸⁵ In questo senso, invece, si pone ZUCCONI GALLI FONSECA, *L'arbitrato in materia di IP*, cit., p. 549, che ritiene che gli arbitri possano adottare misure non coercitive, una «sorta di "raccomandazioni", che possono essere osservate dalle parti».

¹⁸⁶ Si tratta di una possibilità condivisa anche dalla Commissione di riforma delle procedure *Adr* presieduta da Guido Alpa. Sul punto, AA.VV., *Un progetto di riforma delle Adr*, Napoli, 2017, pp. 40-41.

¹⁸⁷ BIAVATI, «*L'ausilio giudiziario all'arbitrato tra sostegno, controllo e interferenza*», cit., pp. 340 ss.

¹⁸⁸ Mi riferisco alle ipotesi di arbitrato *ad hoc*, alle misure cautelari *ante causam*. Per quanto concerne questo ultimo aspetto si deve dare atto del fatto che l'art. 49 *Rules Wipo* consente alle parti di rivolgersi alla istituzione arbitrale per richiederle. Sul punto, CELLI, *Arbitration and Intellectual Property*, in *European Business Organization law Review*, 2002, pp. 593 ss., reperibile in *JurisClasseur Academy*.

permetta, *de iure condito*¹⁸⁹, alla parte interessata di ottenere l'esecutorietà del provvedimento cautelare concesso.

7.4. *Segue: il lodo e la sua impugnazione. Il problema dei costi*

Superato il "falso" problema posto dall'art. 123 c.p.i., vi è da chiedersi se il lodo possa essere oggetto della disciplina della pubblicità imposta alle sentenze dal c.p.i., che costituisce conseguenza della natura amministrativa del titolo di privativa industriale e che giustifica l'efficacia anomala della pronuncia di nullità. Una dottrina¹⁹⁰ si pone in senso ostativo a questa possibilità, ritenendo che essa possa configurarsi solo qualora le parti siano d'accordo.

Se è indiscutibile che l'arbitrato per sua natura offra maggiori garanzie di riservatezza del giudizio ordinario, ritengo che l'esigenza di protezione dei soggetti terzi, a cui è ispirata sia la disciplina sostanziale che quella processuale del contenzioso industriale, imponga delle limitazioni. Pertanto, in assenza di una previsione contraria e alla luce della natura riconosciuta all'arbitrato nella presente trattazione¹⁹¹, non vedo ostacoli a ritenere che il lodo (rituale) possa essere trascritto al pari della sentenza¹⁹², nonché comunicato e annotato¹⁹³ in tutti i casi in cui lo sia la decisione giudiziale¹⁹⁴.

¹⁸⁹ *De iure condendo* si potrebbe ritenere estensibile anche per l'attuazione delle misure cautelari la previsione di cui all'art. 825 c.p.c. (possibilisti: BIAVATI, «L'ausilio giudiziario all'arbitrato tra sostegno, controllo e interferenza», cit., p. 341; CARPI, *I procedimenti cautelari e l'esecuzione nel disegno di legge per la riforma urgente del c.p.c.: la competenza e il procedimento*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1990, p. 1262; LUISO, *Arbitrato e tutela cautelare nella riforma del processo civile*, cit., pp. 253 ss.).

¹⁹⁰ FRIGNANI, *Il futuro della proprietà industriale: l'arbitrato*, cit., p. 156, nota 2.

¹⁹¹ Anche per tale ragione il richiamo all'«autorità giudiziaria» contenuto nell'art. 122 c.p.i. non può considerarsi dirimente.

¹⁹² Come già osservano LA CHINA, *L'arbitrato (Il sistema e l'esperienza)*, Milano, 2011, p. 235; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, cit., pp. 393 ss.

¹⁹³ Ritengo, quindi, applicabili gli artt. 122, 138, 187, 188, 189 c.p.i.

¹⁹⁴ Per quanto riguarda la trascrizione la conclusione trova ulteriore conferma negli artt. 2652, 2653, 2690 e 2961 c.c. (sul punto SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., pp. 804 ss.; BORGHESI, *La domanda di arbitrato*, in *Arbitrato*, cit., p. 378).

Ugualmente estensibile al processo privato è la previsione di cui all'art. 126 c.p.i., che consente la pubblicazione della sentenza (*recitius* lodo), «integralmente o in sunto o nella sola parte dispositiva» su uno o più giornali¹⁹⁵.

Grande importanza assumerà l'impugnativa del lodo: infatti, la materia della proprietà industriale, anche alla luce delle inevitabili commistioni derivanti dalla normativa *antitrust*, è caratterizzata dalla presenza di norme di applicazione necessaria. Come ho già avuto modo di osservare nei precedenti capitoli, la disciplina dell'arbitrato di diritto comune consente il sindacato sulla violazione delle norme di diritto¹⁹⁶ solo nel caso di espressa previsione delle parti o della legge e qualora l'arbitro abbia dovuto risolvere una questione pregiudiziale su materia che non possa essere oggetto di convenzione d'arbitrato. In altri termini, non esiste un sindacato generalizzato sulla corretta applicazione della legge sostanziale, ponendosi, in un certo senso, in contrasto con le indicazioni di protezione evidenziate dalla Corte di giustizia Ue, nel caso *Ecoswiss v. Benetton*. Queste stesse esigenze, a mio avviso, devono condurre a una lettura adeguatrice dell'art. 829 c.p.c. anche in materia di controversie relative alla proprietà industriale. Ne segue che l'impugnazione per violazione dell'ordine pubblico deve garantire il rispetto delle norme inderogabili – quelle che condividono la natura di ordine pubblico – che sono a presidio dei diritti in esame.

Se l'impugnazione per nullità assicura un'indiretta tutela dei soggetti terzi, a questi ultimi è sempre riconosciuta, come si è visto, la possibilità di esperire l'opposizione di terzo, *ex art.* 404 c.p.c.

¹⁹⁵ Più problematica è invece l'applicazione della previsione dell'art. 124, comma 2°, c.p.i., che assume rilievo con riguardo i giudizi di contraffazione. Si discute se gli arbitri possano pronunciare misure coercitive. Il nodo che deve essere sciolto è quello di individuare la natura della misura, e cioè se la stessa si configuri come un vero e proprio diritto soggettivo ad una prestazione aggiuntiva oppure assolva una funzione accessoria a natura e contenuto cautelare. Sul punto ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, cit., pp. 394 ss., che esclude l'applicazione a cura degli arbitri dei provvedimenti di cui all'art. 614-bis c.p.c.

¹⁹⁶ Si confronti l'art. 61, Regolamento Wipo «*The Tribunal may decide as amiable compositeur or ex aequo et bono only if the parties have expressly authorized it to do so*».

Unitamente all'impossibilità per gli arbitri di pronunciare i provvedimenti cautelari, altro grande limite del processo privato, al momento difficilmente superabile se non incorrendo a un arbitrato amministrato¹⁹⁷, si rinviene nella disciplina dei costi: infatti al terzo che interviene nel giudizio arbitrale si impone di sostenere le spese della giustizia privata, alle quali generalmente si dovranno aggiungere quelle delle consulenze tecniche che la materia spesso impone.

Detto vuoto normativo, come ho già evidenziato nei precedenti capitoli, determina un vero e proprio *vulnus* all'utilizzo proficuo della giustizia privata.

8. Sintesi

L'indagine condotta ha evidenziato che i confini dell'azione arbitrale spesso sono limitati da questioni esulanti dall'effettiva arbitrabilità del diritto. Si tratta di un errore compiuto non solo all'interno del nostro ordinamento.

Al fine di sviscerare questi fittizi limiti l'analisi si è dapprima concentrata sulla corretta qualificazione dei diritti al brevetto e al marchio. Ho affermato che la natura superindividuale delle posizioni giuridiche soggettive litigiose, pur trovando conferma nel momento genetico, tende a mitigarsi nella fase attuativa, tanto che non possono essere sollevati dubbi in merito alla disponibilità contrattuale dei diritti *de quibus*. Si tratta di una conclusione condivisa dalla maggior parte della dottrina e fatta propria anche nelle esperienze straniere, che invece, assumono una posizione restrittiva con riguardo alle azioni di nullità e di decadenza dei diritti di privativa industriale.

Il monopolio che lo Stato concede al titolare di questi diritti, unitamente all'efficacia *erga omnes* della pronuncia sono i principali ostacoli all'affermazione dello strumento arbitrale. Si tratta di due profili strettamente connessi: infatti, il regime soggettivo delle nullità trova origine nella natura del titolo.

¹⁹⁷ Soddisfacente e molto dettagliata su tale aspetto è invece la disciplina contenuta nel Regolamento *Wipo*. Sul punto, COOK, GARCIA, *International Intellectual Property arbitration*, New York, 2010, pp. 235 ss.

Avvalendomi del concetto di ordine pubblico arbitrale, dopo avere circoscritto l'oggetto del processo, ho concluso per la compromettibilità delle liti inerenti le azioni di nullità e di decadenza. Oggetto della controversia è la declaratoria di nullità di un atto amministrativo sul quale l'arbitro ha la facoltà di statuire, alla luce della riconosciuta identità di poteri con il giudice ordinario. Una volta raggiunto questo risultato non è possibile negare la compromettibilità della lite in forza dell'efficacia *erga omnes* della pronuncia, poiché argomentare in modo diverso vorrebbe dire, arbitrariamente, modellare gli effetti dell'accertamento in funzione dell'atto in cui si trova ad essere contenuto. Inoltre, come ho dimostrato, anche il lodo può soggiacere alle medesime forme di pubblicità, trascrizione e annotazioni proprie della sentenza. Al contempo, anche le modalità di esplicazione del processo arbitrale consentono la partecipazione di tutti i soggetti indicati dall'art. 122 c.p.i.

L'esigenza di garantire la protezione dei terzi incide inevitabilmente sulla segretezza della procedura. Non credo, però, che detto fattore possa generare effetti negativi sull'arbitrato: il sacrificio che viene richiesto, di evitare che il processo arbitrale rimanga una lite potenzialmente sconosciuta alla collettività, consente di trasformarlo in uno strumento credibile e, quindi, più forte¹⁹⁸. Ritengo che, qualora entrino in gioco diritti superindividuali, è indispensabile procedere a un corretto bilanciamento tra le ragioni della riservatezza e quelle della difesa, come insegna la stessa disciplina dell'arbitrato societario.

Permangono, tuttavia, vistose lacune nella modalità attuativa del processo arbitrale: mi riferisco all'impossibilità per il terzo di conoscere a priori le specifiche regole processuali che sono applicate al conflitto, al divieto per gli arbitri di emettere misure cautelari e al contenimento dei costi.

¹⁹⁸ In verità gli artt. 75, 76, 77 e 78 *Wipo* prevedono rigidi meccanismi di riservatezza, imponendo che la parte non possa divulgare notizie del procedimento a terzi, a meno che detta divulgazione non costituisca espressione di buona fede, o non sia imposta dalla legge; o stabilendo il carattere confidenziale delle prove; ma precisando anche che il lodo non possa essere reso noto a terzi senza il consenso delle parti, a meno che non sia di pubblico dominio per effetto di una lite giudiziale o per consentire l'esercizio del diritto di difesa.

Se la prima e la terza mancanza possono essere colmate tramite il ricorso all'arbitrato amministrato, la seconda, anche abbracciando l'interpretazione adeguatrice formulata nel presente scritto, costituisce un *vulnus* per la procedura arbitrale, che risulta incapace di garantire un completo accertamento del diritto. Anche in questo caso, come ho già osservato in materia di famiglia, i vincoli imposti all'azione arbitrale possono fare apparire, attualmente, la giustizia privata, a prescindere dai problemi di compromettibilità del diritto, uno strumento non conveniente per l'accertamento del diritto. Per questo motivo diviene preminente che il legislatore disciplini in modo puntuale l'aiuto giudiziario.

Diversamente non è ammissibile l'azione arbitrale qualora le modalità dell'accertamento del diritto impongano peculiari meccanismi, come per esempio nelle controversie relative alle opposizioni alla registrazione o alla brevettazione e qualora entrano in gioco i diritti della persona, come nel caso del diritto morale d'autore.

Insomma, sciogliendo il nodo interpretativo lasciato in sospeso nel capitolo precedente, alla luce dell'ontologica identità delle posizioni giuridiche soggettive che contraddistinguono il contenzioso industriale e quello societario, si deve ritenere che la disciplina comune dell'arbitrato sia inadeguata a raggiungere un soddisfacente accertamento del diritto anche con riguardo alle controversie endosocietarie non scaturenti da clausola compromissoria statutaria.

PARTE TERZA

FUORI DALL'ORDINE PUBBLICO ARBITRALE:
L'INAMMISSIBILITÀ DELL'AZIONE ARBITRALE

1. *Premessa*

A suo tempo ho affermato che fuori dall'ordine pubblico arbitrale alcuna azione può essere esperita. Individuavo, quindi, l'inammissibilità dell'azione arbitrale quando: *a)* l'oggetto del processo non è una situazione giuridica soggettiva da tutelare; *b)* manca una controversia; *c)* l'interesse che è alla base del diritto è così forte da impedire al suo titolare di scegliere la giustizia arbitrale al posto di quella statale; *d)* vi è un divieto di legge.

Vediamo ora l'applicazione pratica delle categorie individuate.

2. *La mancanza di una situazione giuridica soggettiva da tutelare e l'assenza di una controversia*

La compromettibilità del diritto presuppone l'esistenza di una situazione giuridica soggettiva da tutelare¹, in termini di diritto o di interesse legittimo (anche di natura privata)².

¹ Sulla questione degli interessi legittimi e degli interessi legittimi di diritto privato si rimanda a quanto ho già detto nel par. 9, cap. I, parte prima e nel par. 3, cap. III, seconda parte.

² Un discorso specifico deve essere svolto con riguardo al rapporto tra arbitrato e le liti possessorie. Ampia parte della dottrina individua una vera e propria incompatibilità tra i due istituti (ANDRIOLI, *Commento al c.p.c.*, IV, Napoli, 1964, p. 760;

PROTETTI, *Arbitrato nei giudizi possessori?*, in *Giur. it.*, 1959, I, 2, cc. 740 ss.). Benché numerosi indici porterebbero a questa conclusione, è necessario procedere con cautela. Secondo l'impostazione tradizionale il possesso deve essere qualificato come una mera situazione di fatto (MONATERI, voce *Diritto soggettivo*, in *Dig. Disc. priv.*, sez. civ., IV, Torino, 1990, p. 425; CARRATTA, *I procedimenti possessori*, in CHIARLONI, CONSOLO (a cura di), *I procedimenti sommari e speciali*, III, 2005, pp. 64 ss.; *contra*: DELLA PIETRA, *La compromettibilità delle liti possessorie*, in F. AULETTA *et al.* (a cura di), *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, pp. 343 ss.; LEVONI, *La pregiudizialità nel processo arbitrale*, Torino, 1975, pp. 80 ss.; PUNZI, *Disegno sistematico sull'arbitrato*, I, Padova, 2012, pp. 403 ss.; PICCININNI, *Tutela possessoria e arbitrato*, in CARRATTA (a cura di), *I procedimenti possessori*, Bologna, 2015, pp. 509 ss.; possibilista ZUCCONI GALLI FONSECA, *Controversie arbitrabili*, in CARPI (a cura di), *Arbitrato*, Bologna, 2016, p. 49). Questa qualificazione, nel tempo, è venuta a modificarsi: si è parlato di possesso come diritto affievolito (BRANCA, *Il possesso come diritto affievolito*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, III, Padova, 1950, pp. 385 ss.), come interesse legittimo (SALVATORE ROMANO, *Osservazioni sulle qualifiche «di fatto» e «di diritto»*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, GENTILE, *Il possesso*, Torino, 1977; DENTI, voce *Azione possessoria*, in *Noviss. dig. it.*, II, Torino, 1958, pp. 98 ss.), come una vera e propria posizione soggettiva (NATOLI, *Il possesso*, Milano, 1992, p. 147; CARIOTA FERRARA, *Il possesso come figura tipica di diritto soggettivo patrimoniale*, in *Dir. giur.*, 1966, p. 709; LEVONI, *L'azione ordinaria come difesa possessoria e il giudizio*, Milano, 1982, pp. 60 ss. In giurisprudenza si veda Cass., sez. un., 24 febbraio 1998, n. 1984, in *Giur. it.*, 1998, I, pp. 631 ss., che parla di diritto alla conservazione e integrità della situazione possessoria). A mio avviso, benché non si possa negare che il possesso esprima una potestà di fatto sul bene, non si deve dimenticare che la protezione giudiziale del possesso è «funzionalmente equiparabile alla tutela dei diritti» (PICCININNI, *Tutela possessoria e arbitrato*, cit., p. 511; ma ancora prima emblematiche sono le pagine di ALLORIO, *Per una nozione di processo cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1936, I, p. 41; LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, Milano, 2017, p. 295, parla di «diritti sotto forma di azioni»; CARRATTA, *I procedimenti possessori*, cit., pp. 78 ss. che discorre di «diritto alla tutela giurisdizionale del potere di fatto che l'ordinamento configura come possesso»). Ne segue, a mio avviso, che deve reputarsi ammissibile l'azione arbitrale, alla luce dell'esegesi accolta (*contra*: PROTO PISANI, *La riforma del procedimento possessorio*, in *Giur. merito*, 2007, p. 1852). Inoltre, come osserva una dottrina (ZUCCONI GALLI FONSECA, *Controversie arbitrabili*, in *Arbitrato*, cit., p. 49) nel c.d. merito possessorio possono venire in questione situazioni giuridiche soggettive piene, quali il risarcimento del danno da spossessamento. La bontà dell'interpretazione abbracciata deve, però, misurarsi con il problema dell'inquadramento della tutela possessoria. Dal tenore della norma sembrerebbe esservi una prima fase di tipo cautelare (in senso contrario, invece, F. D'ANNOVI, *Competenza cautelare e provvedimenti possessori*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, pp. 1115 ss.; DELLA PIETRA, *Il procedimento possessorio. Contributo allo studio della tutela del possesso*, Torino, 2003, p. 345; PICCININNI, *Tutela possessoria e arbitrato*, cit., p. 516), alla quale può, ma non deve, seguire una fase a cognizione piena, da introdursi entro sessanta giorni. Sennonché il problema che si pone è quello di determinare il legame che caratterizza queste due fasi: qualora si ritenga che sussista uno sdoppiamento pieno, non vi sono ragioni per escludere la cognizione arbitrale nella fase

Questo assunto trova conferma nella disciplina positiva in materia di arbitrato nonché in virtù della natura ascritta all'azione arbitrale. Nonostante che le norme generali dedicate alla convenzione arbitrale non prendano una precisa posizione sul punto, il richiamo contenuto nell'art. 806 c.p.c., e fatto proprio anche dall'art. 34 d.lgs. n. 5 del 2003³ e dall'art. 1 d.l. n. 132 del 2014, porta ad escludere, a mio avviso, che posizioni giuridiche diverse dai diritti (o interessi legittimi) possano essere oggetto di giudizio arbitrale. Peraltro, ogni tentativo, come è avvenuto nella legge delega sull'arbitrato societario⁴, di estendere l'ambito oggettivo del patto compromissorio non è mai stato recepito positivamente dal legislatore.

Ciò posto, qualora non vi sia una posizione giuridica soggettiva da tutelare, non è possibile discorrere di ammissibilità dell'azione arbitrale: si tratta di un assunto su cui ho già avuto modo di soffermarmi, analizzando, nella parte generale, il rapporto tra arbitrato e giurisdizione oggettiva.

Ne segue che è inibito agli arbitri di pronunciarsi sullo stato di adottabilità: benché sia indiscutibile che l'interesse generale che connota la materia impedisca l'esplicarsi della giustizia privata, detto divieto trova giustificazione, prima ancora, nell'assenza di una vera e propria posizione soggettiva da tutelare, poiché oggetto del processo è il dovere del giudice di provvedere⁵.

di merito (come osserva DELLA PIETRA, *La compromettibilità delle liti possessorie*, cit., pp. 343 ss., che, peraltro, non ritiene essenziale la fase sommaria); diversamente, se si ritiene che le due fasi siano inscindibilmente legate, tanto che non è necessario procedere a un nuovo atto introduttivo per accedere alla seconda fase, la cognizione degli arbitri è inammissibile. A mio avviso, stante la possibilità di includere il primo momento nell'alveo della tutela cautelare, ritengo estensibile anche in questo caso la disciplina delineata dall'art. 669-octies, comma 5°, c.p.c. (sulla possibilità di una simile applicazione si veda PICCININI, *Tutela possessoria e arbitrato*, cit., p. 523).

³ Non ritiene che vi sia coincidenza tra l'ambito dell'art. 806 c.p.c. e quello dell'art. 34, d.lgs. n. 5 del 2003, F. AULETTA, *Oggetti nuovi di arbitrato? Prime note sopra un emergente «diritto processuale privato»*, in *Sull'arbitrato*, cit., p. 37.

⁴ Anche quando il legislatore avrebbe potuto procedere ad un'estensione del patto compromissorio, ha deciso di rimanere ancorato alla disponibilità del diritto. Sul punto NELA, *Controversie arbitrabili*, in CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile*, II, Bologna, 2007, p. 1587.

⁵ MONTESANO, *Sull'efficacia, sulla revoca e sui sindacati contenziosi dei provvedimenti non contenziosi dei giudizi civili*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, p. 602; LANFRANCHI, *Profili sistematici dei procedimenti decisorii sommari*, in *Riv. trim. dir. e*

Stesso discorso deve essere svolto con riguardo al giudizio di interdizione e di inabilitazione. Sul punto rimando a quanto dirò nel proseguo.

Per la medesima ragione⁶, si deve ritenere escluso il processo arbitrale con riguardo al giudizio di querela di falso e alla verifica della scrittura privata.

Per quanto concerne la querela di falso, come è noto, le teorie che sono state prospettate sono numerose. Alcuni ritengono che oggetto del processo sia l'accertamento di un fatto⁷, altri di un «rapporto probatorio»⁸; taluni, invece, reputano, inglobando il processo *de quo* in quelli di tipo costitutivo (o risolutorio), che la querela di falso riguardi il potere di annullamento dell'atto⁹; infine vi è chi, facendo leva sull'identità dell'oggetto rispetto al giudizio di falso in sede penale e valorizzando, quindi, la funzione pubblicistica dell'istituto, afferma che oggetto del processo è il dovere del giudice

proc. civ., 1987, p. 123; TOMMASEO, *I processi a contenuto oggettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, p. 510. In senso contrario: BIANCA, *Diritto civile*, I, Milano, 1981, p. 274 che individua nella dichiarazione dello stato di adottabilità l'accertamento del diritto del minore ad essere adottato.

⁶ CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, p. 34, che qualifica sia la querela di falso che la verifica della scrittura privata come procedimenti probatori anticipatori.

⁷ LIEBMAN, *L'oggetto del processo civile di falso*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1957, p. 602; CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1933, p. 213; DE STEFANO, *Note sul processo civile di falso*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, p. 378; Id., *Falso (querela di)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1967, p. 701. Accosta, invece, la qualità del documento agli *status*, MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, III, Milano, 1923, p. 740; BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936, p. 378; ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935, p. 299; MANDRIOLI, CARRATTA, *Diritto processuale civile*, II, Torino, 2016, p. 247, nota 76, ove viene evidenziato che, nonostante l'oggetto dell'accertamento investa un fatto non come fondamento di un diritto, ma come presupposto per l'efficacia di una prova, non ha impedito al legislatore di strutturare il processo come un «giudizio dichiarativo della falsità o della verità del documento, e quindi come anomalo giudizio di accertamento con funzione probatoria». *Contra*, CARNELUTTI, *Teoria del falso*, Padova, 1935, p. 95 che afferma che l'accertamento di un fatto giuridico si risolve nell'accertamento, almeno parziale, di un rapporto, dato che un fatto è giuridico, poiché influisce sul modo di essere del rapporto giuridico; E.F. RICCI, *Accertamento giudiziale*, in *Dig. it. sez. civ.*, Torino, 1987, pp. 17 ss.

⁸ GARBAGNATI, *Opposizione di terzo contro la sentenza dichiarante la falsità di un documento*, in *Giur. it.*, 1947, I, 2, c. 272.

⁹ ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1955, p. 187.

di compiere l'eliminazione del documento falso¹⁰, tanto da includerlo all'interno dei giudizi a contenuto oggettivo.

L'assenza di una situazione giuridica da tutelare è valorizzata anche nel procedimento di verifica della scrittura privata. Si dice che il vaglio del giudice cade su un mero fatto giuridico, intorno al quale non sarebbe configurabile alcuna produzione di effetti di giudicato sostanziale, neppure a seguito della formazione del giudicato formale¹¹.

Ritenendo che sia possibile individuare, come affermava illustre dottrina, «un'unità dello scopo pratico» dei due istituti, reputo che l'oggetto di entrambi i giudizi debba identificarsi nella verifica di un fatto giuridico, che «si configura a seconda dei casi come verità o come falsità del documento»¹². Ne segue che anche in questo caso si deve concludere per l'inammissibilità dell'azione arbitrale¹³.

Per quanto concerne, invece, la verifica della scrittura privata, pur restando ferma l'autonoma incompromettibilità della lite¹⁴,

¹⁰ DENTI, *La verifica delle prove documentali*, Torino, 1957, p. 139; Id., *Querela di falso*, in *Noviss. Dig. it.*, XIV, Torino, 1967, p. 662; Id., *Querela di falso e scrittura privata*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, Padova, 1950, p. 394, ove identifica il dovere *de quo* con l'interesse legittimo, definito comunque come indisponibile.

¹¹ LIEBMAN, *L'oggetto del processo civile di falso*, cit., pp. 602 ss.; DENTI, *Querela di falso e scrittura privata*, cit., pp. 396 ss., tanto che la sentenza che contiene l'accertamento del fatto opera solo sul piano processuale (nega l'esistenza del giudicato Denti, attribuendo all'azione di verifica esperita in via principale natura cautelare, come già osservava CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, p. 34).

¹² LIEBMAN, *L'oggetto del processo civile di falso*, cit., p. 603.

¹³ Così F. AULETTA, *L'istruzione probatoria*, in VERDE (a cura di), *Diritto dell'arbitrato*, Torino, 2005, pp. 303 ss.; ma muta il proprio pensiero in *Oggetti nuovi di arbitrato? Prime note sopra un emergente «diritto processuale privato»*, cit., p. 41; a favore dell'ammissibilità anche SALVANESCHI, *Arbitrato*, in CHIARLONI (a cura di), *Commentario del c.p.c.*, Bologna, 2014, p. 47. Dubitativa, invece, ZUCCONI GALLI FONSECA, *Controversie arbitrabili*, cit., p. 43; ZULBERTI, *Querela di falso e arbitrato rituale*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, pp. 1022 ss. Non ritengo invece che possa assumere alcuna rilevanza ai fini dell'esegesi accolta, per i motivi già esposti, né la previsione dell'intervento obbligatorio del pubblico ministero (*contra*, ZULBERTI, *Querela di falso*, cit., pp. 1023-1024) né la disciplina dell'art. 1968 c.c. (ZUCCONI GALLI FONSECA, *Controversie arbitrabili*, cit., p. 42).

¹⁴ In senso contrario si pone BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri: studio di diritto italiano e comparato*, I, Torino, 1999, p. 77, che evidenzia la natura rinunciabile del diritto sotteso. In particolare pone in luce che l'art. 214 c.p.c.

si potrebbero aprire degli spiragli a favore della sua utilizzazione all'interno del giudizio arbitrale, qualora venisse valorizzato il suo fine probatorio¹⁵. Ritengo che sia una lettura condivisibile¹⁶ alla luce dell'interpretazione accolta dell'oggetto del giudizio nonché della previsione enucleata dall'art. 819 c.p.c., che attribuisce agli arbitri il potere di risolvere «senza autorità di giudicato tutte le questioni rilevanti per la decisione della controversia, anche se vertono su materie che non possono essere oggetto di convenzione arbitrale»¹⁷.

Senonché, questa esegesi trova il limite invalicabile dell'art. 221 c.p.c.: a prescindere dal valore attribuito alla decisione incidentale sulla verifica della scrittura privata, delicati problemi di coordinamento si pongono con il giudizio di querela di falso¹⁸, qualificato senza dubbio, come si è visto, fuori dall'ambito dell'ordine pubblico arbitrale.

Anche le cc.dd. situazioni processuali, intese come posizioni che, invece di collocarsi sul terreno dei rapporti sostanziali delle parti, incidono sui mezzi della loro tutela, sono escluse dal giudizio privato. Rientrano in questa ipotesi, per esempio, i procedimenti¹⁹

lascia interamente all'iniziativa di parte la facoltà di riconoscere o meno la propria sottoscrizione, come quello di approfittare del riconoscimento altrui, escludendo persino la rilevanza d'ufficio della tardività del riconoscimento.

¹⁵ MONTESANO, ARIETA, *Diritto processuale civile*, II, Torino, 1999, pp. 174 ss. *Contra*, LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, II, Milano, 1983, p. 133; E.F. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, Milano, 1974, pp. 55 ss.; MAGNONE CAVATORTA, *Prova documentale e arbitrato*, Padova, 2008, p. 149 che identificano il disconoscimento della scrittura privata come una vera e propria controversia.

¹⁶ GIUSSANI, *La verifica in via incidentale della scrittura privata nel procedimento arbitrale rituale*, in *Sull'arbitrato*, cit., pp. 419 ss.; ancora prima CARNACINI, voce *Arbitrato rituale*, in *Noviss. dig. it.*, I, 2, Torino, 1958, p. 892.

¹⁷ Come osserva DI MEGLIO, *Gli incidenti di falso nel procedimento arbitrale riformato*, in *Riv. arb.*, 2009, p. 167.

¹⁸ Cioè si pone il problema di verificare l'esistenza di un "giudicato" sull'istanza di verifica, capace di ostacolare il giudizio di querela di falso, come stabilisce l'art. 221, comma 1°, c.p.c.

¹⁹ A diverse conclusioni si deve, invece, pervenire con riguardo sia all'opposizione all'esecuzione sia all'opposizione di terzo, ove, aderendo all'esegesi di una dottrina (BOVE, *Sull'oggetto delle c.d. opposizioni di merito*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2013, pp. 884 ss., in part. p. 887; ID., *L'esecuzione forzata ingiusta*, Torino, 1996, pp. 55 ss.), reputo che debbano essere qualificate come processi dichiarativi con oggetto sostanziale. In particolare è possibile affermare che «il debitore con l'opposizione all'esecuzione e il terzo con l'opposizione di cui all'art. 619 c.p.c., contestano

di opposizione agli atti esecutivi e le controversie in sede di distribuzione del ricavato *ex art. 512 c.p.c.*²⁰: nelle prime fattispecie oggetto del processo è la verifica della legittimità del modo col quale

la giustificazione sostanziale dell'aggressione, che, se condotta dagli organi esecutivi secondo regole processuali, rappresenta un illecito imputabile al creditore, se condotta senza il fondamento sostanziale (il credito) ovvero contro le regole della responsabilità patrimoniale (beni di un terzo)». Non si può sottacere che il dibattito sul punto sia molto acceso, specialmente con riguardo all'opposizione all'esecuzione, che, per l'interpretazione generalmente accolta, può avere anche ad oggetto l'esistenza stessa del titolo esecutivo. Senza alcuna pretesa di esaustività, per quanto riguarda l'oggetto dell'opposizione all'esecuzione si rimanda a: ANDRIOLI, *Commento al c.p.c.*, III, Napoli 1957, pp. 337-338; MANDRIOLI, *L'azione esecutiva. Contributo alla teoria unitaria dell'azione e del processo*, Milano, 1955, pp. 397 ss.; Id., voce *Opposizione all'esecuzione e agli atti esecutivi*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, pp. 431 ss., spec. 439 ss.; BONSIGNORI, *L'esecuzione forzata*, Torino, 1991, p. 298; VACCARELLA, voce *Opposizione all'esecuzione*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1991, pp. 7-8 (la tesi è sostenuta anche dalla giurisprudenza maggioritaria, *ex multis*, Cass., 13 ottobre 2009, n. 21683, in *DeJure*; Cass., 5 maggio 2009, n. 10296; Cass., 8 marzo 2001, n. 3400, ivi; Cass., 19 giugno 1993, n. 6845, ivi), che identificano l'oggetto dell'opposizione nell'accertamento negativo dell'azione esecutiva; LIEBMAN, *Le opposizioni di merito nel processo di esecuzione*, Roma, 1931, pp. 189 ss.; GARBAGNATI, voce *Opposizione all'esecuzione (diritto processuale civile)*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, pp. 1068 ss., che vedono nell'oggetto del processo l'esercizio di un'azione costitutiva a contenuto processuale. Per quanto concerne, invece, l'opposizione di terzo all'esecuzione, vi è chi ritiene che mediante essa si accerti in negativo il diritto al debitore sul bene pignorato (FAZZALARI, *Lezioni di diritto processuale civile*, II, Padova, 1986, p. 150); chi ritiene che si esperisca un'azione di accertamento dell'illegittimità sostanziale del processo esecutivo (SATTA, *Commentario c.p.c.*, III, Milano, 1965, p. 485; ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 1946, p. 343; TOMMASEO, *L'esecuzione forzata*, Padova, 2009, p. 303; DURELLO, *Contributo allo studio della tutela del terzo nel processo esecutivo*, Napoli, 2016, pp. 275 ss., in part. p. 264; in questo senso si pone anche la giurisprudenza, *ex multis*, Cass., 12 aprile 2011, n. 8426, in *Rep. Giust. civ.*, 2011, voce *Esecuzione forzata*, n. 22, Cass., 5 luglio 2011, n. 14686, ivi, n. 23); altri, ancora, sostengono che con detta azione si accerterebbe il diritto del terzo nonché l'illegittimità del processo esecutivo (FURNO, *Disegno sistematico delle opposizioni nel processo esecutivo*, Firenze, 1942, pp. 217 ss.). Infine alcuni interpreti affermano che tramite detto processo si esperirebbe un'azione costitutiva a contenuto processuale (ANDRIOLI, *Commento al c.p.c.*, cit., p. 372; CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, III, Padova, 1931-1932, p. 170; PUNZI, *La tutela del terzo nel processo esecutivo*, Milano, 1971, pp. 327 ss.). Rimane, però, a mio avviso, l'impossibilità per gli arbitri di interloquire sulla sorte del processo esecutivo, come osserva PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, cit., p. 400; SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, 1988, p. 89; VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, 1971, p. 223.

²⁰ Il testo novellato, da una parte, attribuisce alla competenza del giudice dell'esecuzione la decisione in merito a questa vertenza e, dall'altra, prevede che l'ordinanza sia impugnabile nei modi e nei termini di cui all'art. 617 c.p.c.

l'esercizio dell'azione esecutiva è avvenuta²¹ mentre, nelle seconde, il diritto a partecipare alla distribuzione della somma ricavata²².

L'interpretazione accolta dell'oggetto del processo arbitrale mi porta ad escludere che possano essere deferite alla cognizione degli arbitri le mere questioni, ovvero l'esistenza e/o il modo di essere di uno o più fatti rilevanti per un presunto diritto²³.

A suo tempo, pur attribuendo all'azione arbitrale una specifica peculiarità rispetto a quella proponibile innanzi al giudice statale, si

²¹ FURNO, *Disegno sistematico delle opposizioni nel processo esecutivo*, cit., pp. 173 ss.; ritengono, invece, che mediante l'opposizione ex art. 617 c.p.c. si possa giungere a una cognizione sul diritto di credito, ANDRIOLI, *Commento al c.p.c.*, cit., pp. 350 ss.; MANDRIOLI, voce *Opposizione all'esecuzione e agli atti esecutivi*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, pp. 450 ss.; ORIANI, *L'opposizione agli atti esecutivi: la sua attuale configurazione e le prospettive de iure condendo*, in *Scritti sul processo esecutivo e fallimentare in ricordo di Raimondo Anzecchino*, Napoli, 2005, pp. 503 ss.; VACCARELLA, *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, Torino, 1993, pp. 226 ss.; CAPPONI, *La verifica dei crediti nell'espropriazione forzata*, Napoli, 1990, pp. 132 ss.; PROTO PISANI, *In tema di poteri del giudice dell'opposizione agli atti esecutivi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1963, pp. 387 ss.

²² Come osservano, a titolo esemplificativo, BOVE, *La distribuzione*, in BALENA, BOVE (a cura di), *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2006, p. 63; MENCHINI, *Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell'accertamento con efficacia di giudicato*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, pp. 895 ss.; CANALE, *Risoluzione delle controversie*, in CHIARLONI (a cura di), *Recenti riforme del processo civile*, I, Bologna, 2007, p. 748; CARPI, *Alcune osservazioni sulla riforma dell'esecuzione per espropriazione forzata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2006, p. 222; DE CRISTOFARO, *Il nuovo processo «competitivo» secondo la l. 80 del 2005*, ivi, 2006, p. 171; SALETTI, *Le (ultime) novità in tema di esecuzione forzata*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 208, spec. nota 45; TOMMASEO, *L'esecuzione forzata*, Padova, 2009, p. 232; TEODOLDI, *L'oggetto della domanda di intervento e delle controversie sul riparto nella nuova disciplina dell'espropriazione forzata*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 1314; VINCRE, *Profili delle controversie sulla distribuzione del ricavato (art. 512 c.p.c.)*, Padova, 2010, pp. 64 ss.; E.F. RICCI, *Accertamento giudiziale*, cit., p. 21, che ritiene che anche l'opposizione all'esecuzione e al terzo abbia un oggetto di natura processuale. In senso contrario, invece, CAPPONI, *L'opposizione distributiva dopo la riforma dell'espropriazione forzata*, in *Corr. giur.*, 2006, II, p. 1762; LANFRANCHI, *Costituzione e procedure concorsuali*, Torino, 2010, pp. 240 ss.; TISCINI, *I provvedimenti decisori senza accertamento*, Torino, 2009, pp. 219 ss.; NASCOSI, *Contributo allo studio della distribuzione della somma ricavata nei procedimenti di espropriazione forzata*, Napoli, 2013, pp. 193 ss.

²³ LUISO, *L'oggetto del processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1996, p. 670; F. AULETTA, *Oggetti nuovi di arbitrato? Prime note sopra un emergente «diritto processuale privato»*, cit., pp. 41 ss.; SCADUTO, *Gli arbitratori nel diritto privato*, Cortona, 1923, p. 30.

era comunque evidenziata un'identità di fine tra i due tipi di processo. Questa esegesi mi aveva condotto ad individuare una necessaria correlazione tra gli oggetti dei due giudizi: ne segue che anche in arbitrato²⁴ la «minima unità azionabile»²⁵ è data, come avviene nel processo pubblico²⁶, dall'esistenza di una situazione giuridica soggettiva.

Pertanto, a differenza di quanto sostenuto da alcuni interpreti²⁷, non è possibile includere nell'alveo dell'arbitrato rituale la c.d. perizia contrattuale. Malgrado la molteplicità di fini che lo strumento *de quo* possa perseguire²⁸, esso non è mai posto al servizio dell'accertamento del diritto²⁹. In molti casi, inoltre, manca l'esistenza della controversia, altro requisito imprescindibile per accedere alla giustizia privata.

Ed ancora.

L'azione arbitrale non può trovare attuazione con riguardo alle questioni di volontaria giurisdizione³⁰: qui, come osserva attenta dottrina³¹, manca l'esistenza di un diritto spettante a un soggetto giuridico contro un altro, poiché la giurisdizione volontaria, a differenza di quella vera e propria, difetta della presenza di vere e proprie

²⁴ Di diverso avviso è BOVE, *La perizia arbitrale*, Torino, 2001, pp. 176 ss.

²⁵ L'espressione è di BOVE, *La perizia arbitrale*, cit., p. 178.

²⁶ MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, pp. 24 ss.

²⁷ BOVE, *La perizia contrattuale*, cit. p. 171; LUISO, *L'oggetto del processo arbitrale*, cit., p. 670. Contra, ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, Bologna, 2016, pp. 42 ss.

²⁸ La perizia contrattuale consente la possibilità di integrare il contratto qualora sia mancante di un elemento negoziale, per il quale occorrono nozioni di natura tecnica, oppure di individuare un dato tecnico per la sua corretta esecuzione, anche nell'ambito di obbligazioni non contrattuali. Si pensi, per esempio, alla determinazione del danno da risarcire.

²⁹ Sul punto, BOVE, *La perizia contrattuale*, cit., pp. 8 ss.

³⁰ Diversamente, come si dirà nel proseguo, non è dirimente l'adozione da parte del legislatore del procedimento in camera di consiglio per negare la compromettibilità del diritto.

³¹ CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Napoli, 1934, pp. 16 ss., osserva, inoltre, che gli atti di giurisdizione volontaria tendono sempre alla costituzione di stati giuridici nuovi o cooperano allo svolgimento di rapporti esistenti; mentre la giurisdizione vera e propria mira all'attuazione di rapporti esistenti. Precisa, inoltre, che questa distinzione non può essere smentita dalla presenza nel nostro ordinamento delle sentenze costitutive, poiché in quel caso vi è «l'attuazione di un diritto alla costituzione di un nuovo stato giuridico, diritto che spetta a un soggetto giuridico contro l'altro».

parti contrapposte, e, quindi, anche di una lite³². In questo caso entrano in gioco meri soggetti richiedenti, che si rivolgono al giudice per l'amministrazione di interessi³³.

Deve reputarsi escluso dall'ordine pubblico arbitrale anche il settore dell'illecito penale: prima ancora di potersi porre un problema di inarbitrabilità, manca l'esistenza di un conflitto fra due parti private sull'*an* o sul modo d'essere di una determinata situazione giuridica³⁴. Inoltre, seguendo la ricostruzione alloriana, il rito penale rientrerebbe nella categoria dei processi a contenuto oggettivo: ulteriore elemento per escludere l'ammissibilità dell'azione arbitrale³⁵.

3. *L'interesse generale escludente l'azione arbitrale*

Non è possibile ricorrere alla giustizia arbitrale tutte le volte in cui l'interesse che circonda il diritto impone il ricorso all'accertamento tramite un processo innanzi al giudice ordinario.

Ciò si verifica con riguardo ai quei diritti che sono l'espressione dell'essenza di un ordinamento giuridico; si tratta, in sostanza, di

³² Come si verifica nel caso della richiesta di autorizzazioni a compiere atti negoziali concesse a rappresentanti dei minori, incapaci o gruppi, ove si chiede al giudice la valutazione di mera opportunità in merito a un «affare» e il provvedimento giudiziale è destinato ad integrare la fattispecie costitutiva di atti negoziali; oppure qualora si chieda la nomina di rappresentanti dei minori o incapaci o di curatori di patrimoni separati, ove si chiede al giudice di integrare la capacità di agire di minori o di consentire la gestione di patrimoni separati. Stesso principio vale per quanto riguarda i procedimenti in cui il giudice è chiamato ad effettuare un mero controllo di legalità di atti, come è previsto, per esempio, dagli artt. 2350, 2411, 2436, 2446 c.c. Per una completa disamina si rimanda a PROTO PISANI, *I diritti e le tutele*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Trattato di diritto civile del consiglio nazionale del notariato*, IX, 2, Napoli, 2008, pp. 221 ss.

³³ CERINO CANOVA, *Per la chiarezza delle idee in tema di procedimento camerale e di giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, p. 464.

³⁴ F. DANOVÌ, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, Padova, 1999, pp. 163 ss.; ZUMPARO, *Arbitrato e giurisdizione penale*, in *Riv. arb.*, 2002, pp. 237 ss.; BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri*, I, cit., pp. 73 ss., che pone in evidenza degli spiragli nel caso di depenalizzazione. Un discorso diverso deve essere compiuto con riguardo alle conseguenze civili derivanti da reato (Cass., 26 gennaio 1988, n. 664, in *Rep. Foro it.*, 1988, voce «arbitrato», n. 27; SATTA, *Commentario al c.p.c.*, IV, Milano, 1971, p. 203).

³⁵ ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, in *Problemi di diritto*, I, Milano, 1957, p. 90.

posizioni giuridiche soggettive che non sono «create» dal diritto oggettivo, bensì sono «trovate»³⁶ dal diritto oggettivo.

In questa categoria rientrano i diritti della personalità³⁷ (alla vita, all'integrità fisica, alla salute, al nome, all'onore, alla libertà personale, all'espressione del pensiero e così via³⁸) che spettano all'uomo in quanto tale e che lo Stato ha il dovere di riconoscere e garantire³⁹. Si tratta di diritti in cui viene in gioco l'essenza stessa dell'uomo, la sua struttura originaria e intersoggettiva, tanto che l'ordinamento non può tollerare che essi non si realizzino senza con ciò rinnegare sé stesso⁴⁰. Si tratta, peraltro, di "beni" inseparabilmente congiunti al soggetto⁴¹. Questa peculiarità impone che la loro realizzazione sia conseguibile solo tramite un processo statale⁴².

Al contempo, sono ricondotte alla menzionata categoria, salvo quanto già dedotto nel capitolo sulle liti familiari, anche le controversie sullo stato delle persone⁴³, ivi comprese le liti sulla paternità, quelle

³⁶ F. GALGANO, *I diritti della personalità*, in *Le categorie generali. Le persone. La proprietà*, in *Diritto civile e commerciale*, I, Padova, 2004, p. 161. Parla di originalità con riguardo a dette posizioni giuridiche soggettive MORO, *I diritti indisponibili. Presupposti moderni e fondamento classico nella legislazione e nella giurisprudenza*, Torino, 2004, pp. 184 ss. Quest'ultimo ritiene che i diritti indisponibili si propongano nella prassi «come valori etici orientativi per l'esperienza sociale».

³⁷ ZENO-ZENCOVICH, *Personalità (diritti della)*, in *Dig. disc. priv.*, XIII, Torino, 1995, p. 434.

³⁸ Non è possibile una classificazione definitiva dei diritti inviolabili dell'uomo, poiché risentono dei cambiamenti incessanti che caratterizzano l'evoluzione del genere umano (sul punto, NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e responsabilità civile*, Torino, 1996, pp. 9 ss.; BIFULCO, CARTABIA, CELOTTO, *L'Europa dei diritti*, Bologna, 2001, p. 15).

³⁹ Cass. pen., 23 febbraio 1997, n. 149, in *Mass. giur. lav.*, 1997, pp. 665 ss.

⁴⁰ Così CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, in *Inderogabilità delle norme e disponibilità dei diritti*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Modena, 18-19 aprile 2008, Milano, 2009, p. 97.

⁴¹ EGGER, *Das Personenrecht*, in *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, 1911, Zürich, p. 102.

⁴² MOTTO, *Controversie arbitrabili*, in BRIGUGLIO, CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, III, Padova, 2009, p. 9, che definisce come indisponibili quelle materie «per le quali non è ammissibile che sia il lodo arbitrale la fonte della loro regolamentazione»; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Controversie arbitrabili*, cit., p. 30, nota 103.

⁴³ Come già deducevano ANDRIOLI, *Commento al c.p.c.*, IV, cit., p. 755; SATTA, *Commentario al c.p.c.*, IV, cit., p. 201; SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., p. 27; CECHELLA, *Il contratto di arbitrato*, in CECHELLA (a cura di), *L'arbitrato*, Torino, 2005,

attinenti alla capacità delle persone e allo stato civile⁴⁴. In questo caso l'inarbitrabilità deriva dalle peculiari esigenze sociali che sono sottese agli *status*⁴⁵: esse, infatti, trascendono dalla volontà dei singoli individui e assumono valore di fatto obiettivo, il cui esercizio è indissolubilmente legato al ricorso al giudice ordinario⁴⁶. Taluno enfatizza l'assunto affermando che lo *status* abbia un valore morale in sé stesso⁴⁷.

In verità, parte della dottrina non ritiene neppure possibile qualificare lo *status* come una vera e propria posizione giuridica soggettiva⁴⁸. Si tratta di una esegesi che non mi convince, poiché ritengo

p. 39. A tale proposito è, però, giusto ricordare che, prima della riforma del 2006, le questioni di *status* erano espressamente comprese nell'ambito della incompromettibilità. Inoltre, non è un compito semplice qualificare il concetto di *status*: senza alcuna pretesa di esaustività si rimanda alle osservazioni di RESCIGNO, *Situazioni e status nell'esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, p. 209; CICU, *Il concetto di «status»*, in *Studi in onore di Simoncelli*, Napoli, 1917, pp. 59 ss.; D'ANGELO, *Il concetto giuridico di «status»*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1938, pp. 249 ss.; CORASANITI, voce *Stato delle persone*, in *Enc. dir.*, Milano, 1990, XLIII, pp. 948 ss.; ALPA, *Status e capacità giuridica*, in *Vita not.*, 1992, pp. 433 ss.; BARLETTA, *Contributo allo studio sull'accertamento degli status*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, pp. 231 ss.

⁴⁴ RECCHIA, *Arbitrati anomali in materia di diritti nobiliari*, in *Riv. arb.*, 1994, pp. 133 ss., che si pone in modo critico rispetto al Lodo arbitrale reso a Firenze, 8 maggio 1991, che aveva riconosciuto la competenza degli arbitri a decidere sull'appartenenza di un titolo nobiliare. Tuttavia, è giusto rilevare che, per parte della dottrina, non è possibile discorrere con riguardo al titolo nobiliare di vero e proprio *status* (D'ANGELO, *Il concetto giuridico di «status»*, cit., p. 295).

⁴⁵ Tanto che all'inizio del secolo scorso gli *status* erano considerati «diritti pubblici subiettivi». Sul punto, JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, Milano, 1912, spec. pp. 92 ss.

⁴⁶ Sulla natura del processo in materia di *status* si rimanda a CARPI, *L'efficacia «ultra partes» della sentenza civile*, Milano, 1974, p. 188 e ai richiami in esso contenuti.

⁴⁷ JELLINEK, *La dottrina generale dello Stato*, trad. it., Milano, 1949, pp. 23 ss.

⁴⁸ COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano, Parte generale*, Milano, 1929, p. 150; CICU, *Il concetto di «status»*, cit., p. 181, che lo qualifica come «il rapporto o vincolo giuridico che lega il singolo nell'aggregato». REDENTI, *Il giudizio civile con pluralità di parti*, Milano, 1960, p. 78, parla di una qualità giuridica (a questa definizione si associa PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, I, Napoli, 1965, p. 169, nota 33); ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935, pp. 297 ss., che discorre di effetto giuridico. L'a. ritiene che lo *status* sia un «comune presupposto» che «dà intonazione a una serie di rapporti giuridici». Sulla complessità del concetto di *status*, anche alla luce della recente giurisprudenza, BARLETTA, *Contributo allo studio sull'accertamento degli status*, cit., pp. 231 ss. L'a. qualifica gli *status* come «situazioni giuridiche aventi carattere originario e durevole, le quali danno luogo ad una peculiare tutela, caratterizzata sul piano processuale da un'assolutezza perfetta, connessa alla specifica e prevalente certezza in materia».

che lo *status* possa definirsi come un peculiare diritto soggettivo, caratterizzato dalla capacità di creare altre posizioni giuridiche soggettive⁴⁹. L'inarbitrabilità, quindi, deriva solo dall'interesse generale che lo connota e non, come potrebbe anche apparire, dal fatto che non sia possibile discorrere di un diritto *tout court*.

A una diversa *ratio*, invece, rispondono i giudizi di interdizione e di inabilitazione⁵⁰.

Questi ultimi non possono essere inclusi nell'alveo dei processi d'accertamento a contenuto soggettivo, vertenti sui diritti e sugli *status*. Allorio riteneva di potere comprendere il giudizio di interdizione e quello penale nei processi a contenuto oggettivo, poiché non aventi ad oggetto una situazione giuridica da tutelare, bensì un mero «dovere giurisdizionale»⁵¹. In questi giudizi, ricordando le parole di un altro interprete⁵², non è possibile neppure richiamare lo schema ordinario dell'azione, in quanto manca un diritto soggettivo privato o comunque un «rapporto bilaterale o plurilaterale cui corrisponde una dualità o pluralità di soggetti titolari».

Convenendo con tali osservazioni⁵³, si deve negare l'ammissibilità dell'azione arbitrale con riguardo ai procedimenti di interdizione e di inabilitazione in ragione, ancora prima dell'inarbitrabilità del diritto, dell'impossibilità di individuare una posizione giuridica soggettiva da tutelare.

Da ultimo, appare opportuna una precisazione con riguardo al più ampio tema degli *status*.

⁴⁹ Come pone in luce D'ANGELO, *Il concetto giuridico di "status"*, cit., pp. 277 ss. Parla di un comune diritto soggettivo VASSALLI, *Lezioni di diritto matrimoniale*, Padova, 1932, pp. 37 ss.

⁵⁰ BARLETTA, *Contributo allo studio sull'accertamento degli status*, cit., p. 250.

⁵¹ Come ricorda ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, cit., p. 90, che, rinnegata la distinzione tra diritto disponibile e indisponibile, ritiene di attribuire all'accertamento giudiziale della qualifica di *status* carattere indisponibile. Riconduce l'interdizione nella giurisdizione oggettiva anche REDENTI, *Natura del processo d'interdizione e conseguenze sulle spese*, in *Scritti e discorsi giuridici di mezzo secolo*, I, Milano, 1962, pp. 587 ss.; CARPI, *L'efficacia «ultra partes» della sentenza civile*, cit., p. 65; TOMMASEO, *I processi a contenuto oggettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, p. 498. *Contra*, CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, cit., p. 20, che riconduce il processo di interdizione alla giurisdizione vera e propria.

⁵² POGGESCHI, *Il processo d'interdizione e di inabilitazione*, Milano, 1958, p. 40.

⁵³ Estensibili oggi giorno, a mio avviso, anche all'amministrazione di sostegno.

Se per le ragioni sopra enunciate è indiscutibile concludere per la loro incompromettibilità, a diverse conclusioni si deve pervenire qualora la questione di stato rilevi ai fini dell'annullamento del contratto. La dottrina del passato⁵⁴, ponendosi in antitesi rispetto a pronunce giurisprudenziali in senso favorevole⁵⁵, aveva evidenziato che anche in siffatto caso si dovesse concludere per l'inarbitrabilità: si riteneva che, solo negando la competenza degli arbitri, fosse possibile scongiurare il rischio di un conflitto con la decisione a seguito di un procedimento giudiziale per interdizione o inabilitazione. Eppure, a ben guardare, l'incapacità non si pone come un fatto-diritto⁵⁶ tecnicamente pregiudiziale al diritto potestativo all'annullamento, bensì il giudizio sull'incapacità è meramente strumentale alla decisione del diritto (il diritto potestativo all'annullamento) pienamente arbitrabile.

4. *Il divieto di legge*

All'interno di questa ampia categoria è possibile individuare una serie di fattispecie eterogenee che per semplicità è possibile catalogare in due grandi gruppi: i divieti espliciti e quelli impliciti. Mentre i primi trovano chiara enunciazione nel dettato normativo, i secondi possono essere individuati in ragione della natura attribuita all'azione arbitrale.

4.1. *I divieti espliciti di legge*

I divieti espliciti di legge riguardano: *a)* la materia di assistenza e previdenza obbligatoria, come dispone l'art. 147 disp. att. c.p.c.; *b)* la disciplina delle opere pubbliche «inerenti programmi di ricostruzioni di territori colpiti da calamità naturali» (art. 1, comma 2°*quater* del d.l. 15/2003, convertito in legge 62/2003) e, infine, *c)* le controversie in tema di erogazione agraria, ove è prevista la par-

⁵⁴ VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, cit., p. 215.

⁵⁵ Cass., 27 luglio 1938, n. 2967, in *Foro it.*, 1938, I, cc. 1534 ss.; App. Torino, 5 febbraio 1937, ivi, 1937, I, c. 866.

⁵⁶ PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, ed. aggiornata a cura di Caponi, Napoli, 2014, pp. 62 ss.

tecipazione del Ministero delle politiche agricole e forestali (art. 16, 5° comma, d.m. 3 marzo 2006)⁵⁷.

A questi limiti deve essere aggiunto, come già anticipato nel capitolo IV della seconda parte, quello relativo all'esclusione dell'arbitrato nelle liti endosocietarie in cui è previsto l'intervento del pubblico ministero⁵⁸.

Non rientra, invece, all'interno dei divieti espressi di legge, l'impossibilità di ricorrere all'utilizzazione della clausola compromissoria o del compromesso con riguardo a determinate liti. In questi casi l'inibizione di avvalersi dello strumento arbitrale risiede solo nell'interdizione a utilizzare una specifica modalità arbitrale. Spesso queste proibizioni trovano giustificazione nella necessità di proteggere, come si è visto, una parte considerata debole oppure in specifiche scelte legislative. In queste ultime rientra, per esempio, il peculiare divieto di compromesso, sancito dall'art. 209 del codice degli appalti pubblici (d.lgs. n. 50/2016).

Altro espresso divieto che incide indirettamente sulla compromettibilità del diritto è quello previsto dall'art. 818 c.p.c., su cui si è già detto in precedenza.

4.2. *I divieti impliciti di legge*

In questa categoria è possibile enucleare tutte quelle ipotesi in cui l'arbitrato non può operare in ragione della sua natura. Ciò si verifica quando il processo arbitrale: *a)* benché abbia ad oggetto un diritto compromettibile, è inadeguato a “modellarsi” alla modalità proces-

⁵⁷ Si tratta in via generale di divieti coinvolgenti le liti con la Pubblica Amministrazione, che, però, come si è dimostrato, in linea generale, possono essere devolute al giudizio di arbitri se riguardano i diritti disponibili (sul punto è interessante l'esperienza della Camera arbitrale dell'agricoltura (d.m. 20 dicembre 2006), destinata a risolvere le liti fra l'agenzia per l'erogazione dell'agricoltura, regioni e imprenditori agricoli, con un arbitrato obbligatoriamente amministrato).

⁵⁸ Prima all'interno della menzionata categoria doveva annoverarsi anche il divieto in materia di locazioni urbane, sancito dall'art. 54, l. 27 luglio 1978, n. 392, oggi, invece, eliminato in seguito alla integrale abrogazione dell'art. 54. Sul punto, BORGHESI, *L'arbitrato immobiliare*, in *Riv. arb.*, 2002, p. 575; Cass., 13 marzo 2013, n. 6284, in *Foro online*.

suale imposta dalla posizione giuridica soggettiva che entra in gioco, b) non è in grado di raggiungere l'effetto previsto dall'ordinamento.

a) L'esclusione dell'arbitrato per ragioni di inadeguatezza della disciplina processuale

Già procedendo all'analisi dell'azione arbitrale "vincolata" si sono evidenziati alcuni divieti impliciti di legge derivanti dall'impossibilità di modellare l'arbitrato alle specifiche necessità richieste dalla legge. In altre parole, il processo, statuale o amministrativo che sia, come avviene in materia di brevetti e marchi, costituisce il mezzo esclusivo per l'accertamento del diritto.

Detto assunto merita una precisazione: se, come si è cercato di dimostrare, l'arbitrato è un fenomeno eterogeneo rispetto al sistema giustiziale, non è possibile ritenere a priori che esso sia escluso per l'incapacità di trasporre gli strumenti giurisdizionali all'interno del mondo arbitrale⁵⁹. L'esclusione dell'azione arbitrale, in presenza di un diritto sostanzialmente compromettibile, può derivare solo dall'accertata impossibilità dell'attuazione della forma di tutela predisposta dal processo speciale⁶⁰ all'interno di quello arbitrale. Inoltre, questa verifica deve essere condizionata solo dal tipo di attività decisoria demandata e non dalla forma del provvedimento previsto dalla legge⁶¹.

Per tale ragione non è ravvisabile a priori un'incompatibilità tra il mondo arbitrale e la tutela sommaria o speciale⁶², ma bisogna sempre distinguere fra procedimenti con funzione accertativa e quelli

⁵⁹ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, cit., p. 295.

⁶⁰ SATTA, *Commentario al c.p.c.*, IV, cit., p. 199, che ritiene che sia sempre necessario, per poter escludere il giudizio arbitrale, ricercare il «motivo per cui la deroga alla giurisdizione ordinaria è stabilita».

⁶¹ *Contra*, ANDRIOLI, *Commentario al c.p.c.*, IV, cit., p. 760.

⁶² In linea generale, non ritengo che gli arbitri abbiano un dovere di *plena cognitio* (conforme, BERGAMINI, *Clausola compromissoria e tutela monitoria*, in *Riv. arb.*, 2012, p. 65; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, cit., p. 295; *contra*, F. AULETTA, *Cognizione sommaria e giudizio arbitrale*, in *Diritto dell'arbitrato rituale*, cit., p. 505; G.F. RICCI, *Provvedimenti cautelari*, in CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., p. 592; CECHELLA, *Il contratto d'arbitrato*, cit., p. 36; VERDE, *La cognizione di arbitrato*, in *Diritto dell'arbitrato rituale*, cit., p. 101): ne segue che non vi sono ostacoli affinché il processo arbitrale si adatti alle esigenze insite nelle procedure sommarie. L'informalità, la flessibilità della cognizione istruttoria, nonché l'adattamento del contraddittorio a forme meno rigide di quelle del processo ordinario,

senza accertamento e, poi, verificare se il modello arbitrale consenta, attraverso le proprie regole, la realizzazione della modalità predisposta dall'ordinamento.

Avvalendomi di questa interpretazione, ritengo che sia inibito agli arbitri pronunciare provvedimenti *inaudita altera parte*⁶⁵ e a funzione meramente esecutiva, privi di accertamento.

Ne segue che l'azione arbitrale è esclusa qualora sia necessario emanare un provvedimento *inaudita altera parte* come il decreto ingiuntivo, benché esso abbia ad oggetto diritti indiscutibilmente arbitrabili. Infatti, l'assenza preventiva del contraddittorio⁶⁴ contrasta con uno dei principi cardine della giustizia arbitrale, tanto che un lodo, eventualmente emesso a seguito di una mancata opposizione, è nullo *ex art.* 829, n. 9. c.p.c.⁶⁵. L'ostacolo derivante dalla peculiare conformazione del lodo non è neppure superabile qualora si prospetti la possibilità di ricorrere allo strumento dell'ordinanza. Abbracciare una simile opzione esegetica vorrebbe dire lasciare le parti prive di reale tutela, poiché, come è noto, l'ordinanza è per sua natura ineseguibile. Inoltre, l'eventuale adozione dello strumento processuale *de quo* contrasta con le finalità attribuite al provvedimento in esame dalla legge, che, a mio avviso⁶⁶, consente di adottarlo solo per la soluzione di questioni istruttorie o relative alla conduzione del processo.

benché sufficientemente garantistiche come prescrive l'art. 816-bis c.p.c., sono già previste normativamente.

⁶⁵ BRUNELLI, *Procedimento di ingiunzione e arbitrato: alcune questioni vecchie e nuove*, in *Riv. arb.*, 1994, pp. 85 ss.

⁶⁴ Sul punto, Trib. Livorno, 11 febbraio 2011, in *Riv. arb.*, 2012, p. 375, con nota di VANNI; Trib. Varese, 16 giugno 2010, in *Foro online*; in senso contrario si rimanda a VILLATA, *Arbitrato e procedimenti sommari*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, pp. 898 ss., che ritiene possibile l'attuazione del processo monitorio innanzi agli arbitri, mentre individua delle difficoltà per quanto concerne il loro potere di concedere la provvisoria esecuzione; BERGAMINI, *Clausola compromissoria e tutela monitoria*, cit., pp. 67 ss., che individua delle difficoltà *de iure condito* a delineare un lodo monitorio; in senso contrario: VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, cit., pp. 226-227.

⁶⁵ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Controversie arbitrabili*, cit., p. 50.

⁶⁶ G.F. RICCI, *Svolgimento del processo*, in *Arbitrato*, cit., pp. 486 ss. e in part. p. 488; *contra*, SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., p. 417; LA CHINA, *L'arbitrato*, Milano, 2011, pp. 157 ss., che, però, ammette l'ordinanza anche su questioni sia procedurali che pregiudiziali di merito.

Alle stesse conclusioni si deve pervenire con riguardo al procedimento di convalida di sfratto o licenza, benché la configurazione di questo procedimento speciale offra la possibilità di svolgere delle specifiche osservazioni⁶⁷. Anche in questo caso, come in quello analizzato poc'anzi, i diritti posti alla base del processo (e cioè la restituzione e la risoluzione del contratto) sono compromettibili.

A differenza del procedimento per decreto ingiuntivo, manca la presenza di un provvedimento emesso *inaudita altera parte*: infatti, l'ordinanza di convalida non viene adottata a contraddittorio differito, ma sulla base di una cognizione sommaria, perché basata sull'acquiescenza (663 c.p.c.) o sull'incompletezza della cognizione (art. 665 c.p.c.). Quindi, a differenza di quanto accade nel processo monitorio, l'emanazione del provvedimento sommario è successiva all'attuazione del contraddittorio, vale a dire, come impone l'art. 816-bis c.p.c., è il frutto dell'attribuzione, almeno potenziale, alle parti di «ragionevoli ed equivalenti possibilità di difesa».

La mancata attuazione delle forme previste dalla legge, specialmente con riguardo all'ordinanza *ex art. 663 c.p.c.*, deriva da una consapevole scelta del resistente⁶⁸. Per tale ragione non vedo ostacoli⁶⁹ ad attribuire agli arbitri il potere di pronunciare, tramite lodo, l'ordinanza di cui all'art. 663 c.p.c.⁷⁰ e a ritenere che l'eventuale opposizione *ex art. 668 c.p.c.* possa essere realizzata mediante l'impugnazione per nullità per violazione dell'art. 829, n. 9, c.p.c.

Diversamente non ritengo che gli arbitri possano pronunciare l'ordinanza di cui all'art. 665 c.p.c., poiché il meccanismo arbitrale

⁶⁷ Si deve ricordare che la giurisprudenza ritiene ammissibile la devoluzione al giudizio ordinario della fase ordinaria del procedimento, come osserva MARZIO, *Arbitrato e procedimento per convalida: una relazione difficile*, in *Giur. merito*, 2007, pp. 2823 ss.; più in generale, VILLATA, *Arbitrato e procedimenti sommari*, cit., pp. 896 ss.

⁶⁸ Salvo il caso di eventuale nullità della notificazione dell'atto di intimazione.

⁶⁹ L'esegesi non può essere smentita dal fatto che solo con l'opposizione sorge l'effettiva controversia tra le parti. Mi pare opportuno rilevare che, anche al momento dell'introduzione del giudizio ordinario, manchi effettivamente una controversia.

⁷⁰ Non penso che l'esegesi possa essere scalfita dall'eventuale riconoscimento di una differente ampiezza dell'effetto di giudicato dell'ordinanza di convalida. Sul punto, MANDRIOLI, *Sull'impugnazione dell'ordinanza di licenza o di sfratto*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, p. 1304; GARBAGNATI, *I procedimenti di ingiunzione e per convalida di sfratto*, Milano, 1979, p. 26.

non conosce un provvedimento idoneo a statuire sull'esistenza del diritto in via non definitiva⁷¹.

Anche i processi di impugnazione rientrano, a mio avviso, nella categoria dell'inammissibilità dell'azione arbitrale, benché l'attuale previsione contenuta nell'art. 1, d.l. n. 132 del 2014 possa sollevare dubbi in merito. La norma *de qua* consente alle parti, nelle controversie non vertenti su diritti indisponibili o in materia di lavoro, di trasferire la propria lite dal processo pubblico a quello privato, anche in sede di appello. In sostanza, il legislatore attribuisce agli arbitri il potere di sindacare un provvedimento del giudice ordinario⁷².

Questa possibilità non scalfisce la conclusione enunciata, anche qualora si ritenga di potere individuare quale oggetto dell'arbitrato da lite pendente la stessa domanda devoluta al giudice di primo grado. A prescindere da una simile esegesi, che non reputo di condi-

⁷¹ Come osservano MANDRIOLI, CARATTA, *Diritto processuale civile*, III, pp. 77 ss. e ai riferimenti dagli autori indicati; E. MERLIN, *L'ordinanza di pagamento delle somme non contestate*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, pp. 1009 ss.; FORNACIARI, *La provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo opposto e l'ordinanza provvisoria di rilascio tra tutela cautelare e tutela giurisdizionale differenziata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1994, pp. 1007 ss.; GIORDANO, *La locazione. Disciplina sostanziale e processuale*, Bologna, 2009, p. 720. A mio avviso, l'unico provvedimento che potrebbe inglobare questo genere di ordinanza è il lodo parziale. L'esegesi *de qua*, tuttavia, si scontra con l'impossibilità di applicargli la disciplina della caducazione, qualora il giudizio a cognizione piena accerti l'inesistenza del diritto in capo all'intimante. Questo peculiare aspetto mi induce a valutare con scetticismo – salvo non accogliere un concetto ampio di modificabilità o revocabilità – la possibilità per gli arbitri di adottare i provvedimenti di cui agli artt. 186-bis, -ter e -quater c.p.c. Sul punto si vedano CARPI, *L'arbitrato rituale fra autonomia e aiuto giudiziario*, in *Contr. e imp.*, 1990, pp. 926 e 927, nota 84; G.F. RICCI, *Provvedimenti cautelari*, in *Arbitrato*, cit., p. 593, nota 7; C. CAVALLINI, *Condanne speciali e arbitrato rituale*, in *Riv. arb.*, 1996, pp. 681 ss.; ID., *Ancora sull'inammissibilità delle ordinanze anticipatorie di condanna nel processo civile*, ivi, 2001, pp. 771 ss.

⁷² In verità sull'oggetto del compromesso e del processo arbitrale in sede di appello non vi è uniformità di vedute: sul punto, BRIGUGLIO, *L'ottimistico decreto legge sulla «degiurisdizionalizzazione» ed il trasferimento in arbitrato delle cause civili*, in *Riv. arb.*, 2014, p. 638, che individua una lite a doppio oggetto: accanto al merito, anche la tenuta della sentenza di primo grado, benché gli arbitri non possano fare uso dei poteri del giudice di appello; CONSOLO, *Un d.l. processuale in bianco e nerofumo sull'equivoco della «degiurisdizionalizzazione»*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 1175, che, pur esprimendosi in forma dubitativa sull'oggetto del giudizio, valuta con disfavore l'applicazione di un simile meccanismo; ZUCCONI GALLI FONSECA, *L'arbitrato lite pendente*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, p. 254, identifica, invece, l'oggetto del giudizio nella domanda di primo grado.

vedere⁷³, non si deve dimenticare che, come si è evidenziato analizzando il contenzioso familiare, molte scelte adottate dal legislatore, tramite il d.l. n. 132 del 2014, rispondono a una pura esigenza di abbattimento dell'arretrato giudiziale⁷⁴.

Né è una prova l'istituto qui analizzato: infatti, è previsto che, se il lodo non sia pronunciato entro 120 giorni dall'accettazione della nomina del collegio arbitrale, le parti devono riassumere il processo in sede pubblica. Pertanto, salvo la menzionata deroga, non credo che il processo arbitrale sia in grado di incidere sulle decisioni assunte dall'autorità giudiziaria: l'arbitrato, infatti, è volto all'accertamento del diritto e non alla verifica della correttezza/legittimità di un accertamento già svolto⁷⁵.

b) Casi in cui l'arbitrato non può operare per la sua impossibilità di conseguire l'effetto imposto dall'ordinamento

In questa categoria rientrano il processo esecutivo e quello fallimentare.

Si deve, infatti, escludere che gli arbitri possano condurre un processo esecutivo, poiché in esso manca il fine che contraddistingue il giudizio arbitrale, vale a dire l'accertamento del diritto⁷⁶. Come è noto, lo scopo che il processo esecutivo si prefigge è l'attuazione pratica e materiale della regola di diritto, attraverso l'impiego «effettivo o potenziale della forza, da parte dell'ordinamento»⁷⁷.

⁷³ Le ragioni del mio dissenso si fondano sul momento in cui il trasferimento si verifica; concludere che oggetto dell'arbitrato da lite pendente sia solo la domanda di primo grado significa non tenere in considerazione che la devoluzione avviene in appello, quando già sussiste un accertamento, benché provvisorio, del diritto. In questo senso si esprime BRIGUGLIO, *L'ottimistico decreto legge*, cit., p. 639, che pone in luce anche la contraddittorietà di un tale intervento legislativo per le inutili complicazioni che determina e per il fatto che il lodo sarà comunque soggetto all'impugnazione per nullità.

⁷⁴ VERDE, *Senza risorse eque e un'impostazione realistica la riforma della giustizia rischia l'ennesimo flop*, in *Guida al dir.*, 2014, n. 39, p. 8.

⁷⁵ VERDE, *La convenzione d'arbitrato*, cit., p. 100; ma sul punto anche ANDRIOLI, *Commento al c.p.c.*, III, Napoli, 1947, p. 532 che, pur non ritenendo possibile per gli arbitri sindacare una pronuncia emessa dal giudice ordinario, ricorda la possibilità, sotto l'impero del codice 1865, di deferire alla cognizione di arbitri una causa pendente in secondo grado.

⁷⁶ REDENTI, voce *Compromesso*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1959, p. 797.

⁷⁷ MANDRIOLI, CARRATTA, *Diritto processuale civile*, IV, p. 5.

Un discorso peculiare deve essere svolto con riguardo all'ambiente fallimentare.

5. *Le controversie fallimentari*⁷⁸ (ovvero le future liti della crisi di impresa e dell'insolvenza)⁷⁹

Se le osservazioni precedenti confermano che la specialità del rito non può determinare una valutazione *tout court* di inammissibilità dell'azione arbitrale, al contempo vi sono casi in cui l'arbi-

⁷⁸ In questa sede non verranno trattati né i profili relativi all'opponibilità al fallimento della convenzione arbitrale stipulata dal fallito *in bonis*, né la sorte del procedimento arbitrale pendente al momento del fallimento, né, infine, la questione relativa all'opponibilità del lodo nel successivo fallimento. Per questi profili si rimanda a titolo esemplificativo a BOVE, *Arbitrato e fallimento*, in *Riv. arb.*, 2012, pp. 293 ss.; ID., *Convenzione arbitrale e fallimento*, ivi, 2016, pp. 217 ss.; CASTAGNOLA, *Procedimento arbitrale, lodo e fallimento*, ivi, p. 227; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Ancora su arbitrato rituale e fallimento*, ivi, 2014, pp. 1 ss. e più recentemente in ID., *Controversie arbitrabili*, cit., pp. 131 ss.

⁷⁹ L'11 ottobre 2017, il Parlamento ha approvato il disegno di legge n. 2681 recante "Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza". Il Governo avrà 12 mesi di tempo per adottare uno o più decreti legislativi che andranno a riscrivere la legge fallimentare ma non solo: la delega ha per oggetto la riforma delle procedure concorsuali, la disciplina della composizione della crisi da sovraindebitamento e il sistema dei privilegi e delle garanzie. Per questa ragione, benché, nel momento in cui si scrive, non siano state emanate le norme di attuazione, ritengo opportuno accostare, all'analisi degli istituti facenti parte l'attuale tessuto normativo, l'indicazione dei principi che devono guidare la loro riforma e verificare le possibili ricadute applicative che il nuovo quadro potrebbe generare nella materia oggetto del presente studio. Preciso sin da ora che continuerò ad avvalermi del lessico adottato nell'attuale contesto normativo, seppure la riforma preveda la sostituzione del termine «fallimento» con l'espressione «liquidazione giudiziale» e la distinzione tra il concetto di «stato di crisi» e di «insolvenza», configurando il primo come la «probabilità di futura insolvenza» (art. 2, comma 1, lett. c)). Per una visione d'insieme del disegno di legge, si vedano, tra gli altri, i primi commenti di LO CASCIO, *Le procedure di crisi delle imprese: una riforma internazionale e interna senza fine*, in *Il fall.*, 2017, pp. 501 ss.; DE CESARI, *Riforma Rordorf e sollecitazioni europee: le parallele cominciano a convergere*, ivi, 2016, pp. 1146 ss.; VELLA, *La riforma organica delle procedure concorsuali: un nuovo approccio in linea con le indicazioni dell'Ue*, in *Società*, 2016, pp. 734 ss.; DI AMATO, *Riforma organica della legge fallimentare, unità dell'ordinamento, conseguenze sulla disciplina penale del fallimento*, in *Riv. dir. impr.*, 2016, pp. 623 ss.; FABIANI, *Di un ordinato ma timido disegno di legge delega sulla riforma della crisi d'impresa*, in *Il fall.*, 2016, pp. 261 ss.

trabilità può essere influenzata da essa. Ciò si verifica con riguardo alle liti fallimentari⁸⁰.

⁸⁰ Alla luce dello scopo che è mia intenzione perseguire e per non appesantire la trattazione, in questa sede non mi soffermo sull'analisi delle ulteriori procedure concorsuali. Per quanto concerne il concordato preventivo, in linea generale, si deve osservare che non sussiste un'astratta incompatibilità tra arbitrato e il menzionato strumento. Oggetto della lite è un credito verso l'imprenditore che mantiene l'amministrazione del patrimonio e manca all'interno della procedura *de qua* un procedimento speciale di verifica del passivo, tanto che non vi sono ragioni per escludere la cognizione degli arbitri circa il rapporto tra debitori e terzi. Inoltre, è opportuno ricordare che l'art. 169-bis l. fall., in controtendenza rispetto a quanto previsto in materia di fallimento, prevede che la clausola compromissoria rimanga vincolante anche in caso di scioglimento di un contratto in corso di esecuzione. Sul punto, ampiamente, BRIGUGLIO, *Arbitrato e concordato preventivo*, in *Riv. arb.*, 2016, p. 240. Al contempo vi è da chiedersi se è possibile mediante la procedura arbitrale attuare quella di concordato preventivo. Sarei per una risposta negativa, in virtù di una sostanziale incompatibilità tra il fine perseguito dai due strumenti. Sebbene la dimostrazione della tesi abbracciata meriterebbe una trattazione di più ampio respiro, ritengo che nel caso *de quo* non si ponga un problema di disponibilità del diritto (peraltro, una parte della dottrina – ROCCO, *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, Torino, 1902, n. 75; AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, II, Torino, 1961, p. 1043; SATTA, *Diritto fallimentare*, aggiornata e ampliata da Vaccarella e Luiso, Padova, 1990, p. 361; BONFATTI, CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2011, p. 454; *contra*, CANDIAN, *Il processo di fallimento*, Padova, 1939, n. 339; BRUNETTI, *Diritto concorsuale*, Padova, 1944, p. 206; PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, III, Milano, 1974, p. 1783 – ritiene che sia sufficiente per la conclusione dell'accordo l'incontro della volontà del debitore e della collettività organizzata dei creditori; per una visione attuale, FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, Torino, 2009, pp. 119 ss.), bensì di fine perseguito. Per tale ragione, indipendentemente dal valore che si voglia attribuire al giudizio di omologazione e alle successive eventuali opposizioni, credo che in questi giudizi non si decida di diritti soggettivi violati o contestati; per siffatta ragione alcuna attività accertativa viene posta in essere (PAGNI, *L'omologazione del concordato fallimentare e le impugnazioni*, in VASSALLI, LUISO, GABRIELLI (a cura di), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, II, *Il processo di fallimento*, Torino, 2014, pp. 1051 ss. e alle citazioni in esso contenute). L'esegesi accolta non dovrebbe essere smentita dal nuovo impianto normativo. In verità, la novella enfatizza i poteri di controllo del Tribunale, demandando a quest'ultimo anche la verifica della fattibilità economica del concordato (art. 6, comma 1°, lett. f) (per questo problema, su cui si è pronunciata anche la Suprema Corte a sezioni unite, si rimanda a FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, Padova, 2016, pp. 748 ss.). Un discorso peculiare merita, invece, la previsione dell'introduzione di un unico contenitore processuale per l'accertamento dello stato di crisi e di insolvenza, delineato in conformità all'art. 15 della l. fall. (si tratta di una previsione che è in linea con un altro principio generale indicato nella legge delega, ovvero quello di «uniformare e semplificare, in raccordo con le disposizioni sul processo telematico, la disciplina dei diversi riti speciali previsti dalle disposizioni in materia concorsuale»). La

legittimazione ad agire viene estesa ai soggetti con funzioni di controllo dell'impresa, mentre rimane invariata quella attribuita al pubblico ministero, benché essa sia ampliata a tutti i casi in cui il pubblico ministero abbia notizia che un'impresa si trovi in stato di insolvenza. Il disegno di legge non offre ulteriori dettagli, sennonché la previsione della sua applicazione ad «ogni categoria di debitore sia esso persona fisica o giuridica, ente collettivo, consumatore, professionista o imprenditore esercente un'attività commerciale, agricola o artigianale, con esclusione dei soli enti pubblici, disciplinando distintamente i diversi esiti possibili, con riguardo all'apertura di procedura di regolazione concordata o coattiva, conservativa o liquidatoria, tenendo conto delle peculiarità soggettive e oggettive [...]» e la possibilità che il giudizio possa avere esiti distinti in base alle peculiarità oggettive delle varie procedure e soggettive dei vari debitori. Come meglio si indicherà nel proseguo, ritengo, allineandomi con parte degli interpreti, che l'attuale modello delineato dall'art. 15 l. fall. raffiguri un processo a cognizione piena, sia pure da svolgere con il rito camerale, a cui vanno applicati i principi in materia di giudizi contenziosi, primo fra tutti quello del contraddittorio. La previsione della sua estensione all'interno di tutte le iniziative di carattere giudiziale fondate sulla prospettazione della crisi o dell'insolvenza conduce a chiedersi se la parentesi processuale in esame possa essere demandata alla cognizione arbitrale. A prescindere dall'estensione della cognizione attribuita al tribunale in questa fase, non credo che vi sia spazio per il giudizio di arbitri. Alla stessa conclusione si deve pervenire anche qualora al Tribunale, oltre alla richiesta di accertare lo stato di crisi o di insolvenza, venga domandato di deliberare, *prima facie*, sulla fattibilità della proposta pattizia o di pronunciare l'apertura della liquidazione giudiziale. Puntualizzo subito, come, peraltro, pone in luce la letteratura, che, benché il procedimento di concordato preventivo e quello di liquidazione giudiziale abbiano connotati comuni (sul punto, Cass., sez. un., 15 maggio 2015, nn. 9934, 9935 e 9936, in *Il fall.*, 2015, pp. 898 ss., con nota di F. DE SANTIS e PAGNI; F. DE SANTIS, *Il processo uniforme per l'accesso alle procedure concorsuali*, in *Il fall.*, 2016, pp. 1045 ss., che mette in luce la differenza tra i *petita*), essi non condividono il medesimo oggetto: mentre nella dichiarazione di fallimento è possibile rinvenire, come meglio dirò, una vera e propria situazione sostanziale, nell'ambito del concordato preventivo non vi sono diritti da accertare, ma vi è l'esigenza di verificare la conformità legale di una pattuizione conclusa tra debitore e i suoi creditori. Anche qualora si volesse accedere all'idea, sostenuta da alcuni (FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, cit., p. 233; per ulteriori spunti si rimanda anche a CANDIAN, *Il processo di concordato preventivo*, 1937, p. 137, che parla, invece, di «pretesa che al concorso fallimentare venga sostituito il concorso preventivo»), che anche nel caso di concordato preventivo sia possibile rinvenire l'esistenza di un peculiare diritto del debitore (e si tratta di una tesi che può trovare conforto nel disegno di legge, ove sembra emergere l'esistenza di un vero e proprio diritto a chiedere l'apertura di una procedura pattizia (l'art. 2, comma 1°, lett. g)), esso ha natura di «diritto processuale». Rimane confermata l'inarbitrabilità (sul punto, si veda, PAGNI, *I modelli processuali nella riforma delle procedure concorsuali*, in *www.ilcaso.it*, 2016, pp. 9 ss. e in part. p. 13). Per quanto concerne la liquidazione coatta amministrativa valgono in linea generale le osservazioni che vengono compiute con riguardo al fallimento, precisando che il disegno di legge è finalizzato a ricondurre anche il fenomeno della crisi e dell'insolvenza delle imprese oggi soggette a liquidazione coatta nell'alveo della disciplina comune.

Prima di dimostrare quanto enunciato, è necessario dare per presupposto che il mondo fallimentare vive secondo regole diverse e di più ampio respiro rispetto a quelle che tradizionalmente si è abituati a conoscere. Questo assunto influenza l'esegesi offerta, che individua limitati spazi di attuazione della giustizia arbitrale. Tale conclusione non deriva da una ritenuta inconciliabilità fra arbitrato e fallimento; peraltro smentita dal dettato normativo⁸¹. Le angustie strettoie che limitano l'operare dell'arbitrato trovano giustificazione, a mio avviso, nell'incapacità dello strumento arbitrale di garantire l'effetto (o assolvere la funzione⁸², che dir si voglia) cui la procedura fallimentare è preordinata, vale a dire la liquidazione concorsuale⁸³. In sostanza, i limiti all'azione arbitrale non devono essere individuati nell'asserita competenza inderogabile del tribunale fallimentare, come in passato si credeva,⁸⁴ piuttosto nel fatto

⁸¹ Incompatibilità smentita, direttamente, dagli artt. 25 e 35 l. fall., e indirettamente dall'art. 83-bis l. fall. Sul punto FRASCAROLI SANTI, *L'art. 83-bis e i problemi irrisolti nei rapporti tra fallimento e giudizio arbitrale*, in *Sull'arbitrato*, cit., p. 368, a differenza di quanto alcuni ritenevano in precedenza: PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, II, Milano, 1974, p. 1322 (contra, BONSIGNORI, *Arbitrato e fallimento*, Padova, 200, p. 9).

⁸² E.F. RICCI, *Efficacia ed oggetto delle sentenze sulle opposizioni e sulle impugnazioni nella formazione del passivo fallimentare*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, p. 1080.

⁸³ Come è osservato anche dalla letteratura straniera: CORAPI, BENINCASA, *Considerazioni comparatistiche sui limiti dell'arbitrabilità nel fallimento*, in *Riv. arb.*, 2016, p. 249; POUDRET, BESSON, *Comparative law of international arbitration*, London, 2007, pp. 305 ss.; VORBURGER, *International arbitration and cross-border insolvency*, Alphen aan den Rijn, 2014, pp. 61 ss., per una ricostruzione della problematica anche nell'ordinamento americano. Nello specifico, per quanto riguarda l'ordinamento francese, lucida appare la disamina di FOUCHARD, *Arbitrage et faillite*, in *Rev. arb.*, 1998, p. 474, che ritiene primarie le regole del fallimento rispetto a quelle dell'arbitrato. Per l'ordinamento inglese si rimanda a LIEBSCHER, *Insolvency and arbitrability*, in MISTELIS, BREKOULAKIS (ed.), *Arbitrability*, cit., p. 170; DOUG, *Insolvency and arbitration: an arbitral tribunal's perspective*, in *Arbitration*, 2012, 78, II, p. 123; SUTCLIFFE, ROGERS, *Effect of party insolvency on arbitration proceedings: pause for thought in testing times*, ivi, 2010, 76, II, p. 277. Per l'ordinamento tedesco si rimanda a BÖCKSTIEGEL, KRÖLL, NACIMIENTO, *Arbitration in Germany*, Alphen aan den Rijn, 2015, p. 103.

⁸⁴ BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri*, II, cit., pp. 155 ss. Stessa posizione si rinviene nell'ordinamento francese: ANCEL, *Arbitrage et procédure collectives*, in *Rev. arb.*, 1993, p. 255. In ambito europeo si veda, invece, Regolamento (Ue), 20 maggio 2015, n. 848, ove l'art. 18, ai fini degli effetti della procedura fallimentare su un eventuale giudizio arbitrale pendente, rimanda alla legge dello Stato membro in cui il procedimento si sta svolgendo o ha sede il collegio arbitrale.

che la procedura fallimentare costituisce il mezzo esclusivo per il conseguimento dell'effetto desiderato⁸⁵.

Infatti, una volta dichiarato il fallimento, questo si atteggia come un sistema tendenzialmente chiuso⁸⁶, volto ad assicurare, come conferma l'art. 52 l.fall., che l'accertamento dei crediti si realizzi tramite il rispetto della *par condicio creditorum*. La necessità di garantire la regolazione unitaria di tutte le pretese fatte valere nei confronti del fallito, come è stato detto, raffigura il fallimento come una forma speciale di tutela⁸⁷, che esclude l'applicazione di modalità diverse, ivi incluso l'arbitrato⁸⁸. Pertanto, l'esclusione della giustizia privata deriva dalla natura esecutiva *sui generis* che connota il procedimento fallimentare⁸⁹: non a caso, anche chi vanta un credito accertato all'interno di una sentenza passata in giudicato, una volta dichiarato il fallimento, ha l'onere di presentare la domanda di ammissione al passivo e chiedere che venga verificato il proprio diritto a partecipare al riparto⁹⁰.

Alla luce di tali osservazioni, l'inammissibilità dell'azione arbitrale non deriva dalla natura del diritto (come si dimostrerà), ma

⁸⁵ Questo non toglie che il mondo delle procedure concorsuali conosca meccanismi volti alla composizione negoziale della crisi. In questa direzione si pone ulteriormente il disegno di legge che all'art. 4 introduce e, al contempo, valorizza le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi. Si tratta di strumenti di «natura non giudiziale e confidenziale, finalizzati a incentivare l'emersione anticipata della crisi e ad agevolare lo svolgimento di trattative tra debitore e creditori». Per una prima disamina dell'istituto, CATALDI, *La soggezione dell'impresa in crisi al regime di allerta e di composizione assistita*, in *Il fall.*, 2016, pp. 1021 ss.; M. FERRO, *Misure di allerta e composizione assistita delle crisi*, ivi, 2016, p. 1032 ss.

⁸⁶ Come afferma BOVE, *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 300. Come è stato correttamente rilevato (FERRARA, BORGIOI, *Il fallimento*, Milano, 1995, p. 42), il fallimento è destinato a realizzare l'interesse di tutti i creditori «istituzionalmente e per sua essenza».

⁸⁷ C. VELLANI, *Competenza per attrazione e fallimento*, Padova, 1996, pp. 8 ss.

⁸⁸ GROPPOLI, *Sulla potestas iudicandi degli arbitri in materia di fallimento*, in *Fall.*, 2009, p. 145.

⁸⁹ Ma non si esaurisce in esso. Sul punto, SATTA, *Diritto fallimentare*, 2ª ed. aggiornata e ampliata da Vaccarella e Luiso, Padova, 1999; JORIO, voce *Fallimento (dir. priv. e dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir. (Annali)*, III, 2010, p. 335.

⁹⁰ GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2015, p. 213; JORIO, voce *Fallimento*, cit., p. 335.

da un implicito divieto di legge connesso alle modalità di tutela del diritto⁹¹.

Ne deriva che ogni domanda diretta ad operare nell'ambito del concorso dei creditori non può essere trasposta all'interno di una procedura arbitrale (i cc.dd. *core proceedings*); viceversa, qualora non sia necessario garantire la realizzazione di tale effetto (i cc.dd. *non core proceedings*), non vi sono ostacoli, almeno come ipotesi di lavoro, a ritenere ammissibile l'azione arbitrale⁹².

L'assunto non può essere smentito dall'idea, peraltro da pochi condivisa, che, una volta dichiarato il fallimento, il fallito mantenga comunque una propria legittimazione a fare accertare il proprio debito⁹³. Anche qualora si aderisse a questa interpretazione, le conclusioni affermate non mutano, poiché l'accertamento compiuto dal fallito acquista valore solo nel caso di ritorno *in bonis*⁹⁴. In costanza di procedura fallimentare, esso è inopponibile al curatore.

⁹¹ Cass., sez. un., 21 luglio 2015, n. 15200, in *DeJure*; Cass., 17 febbraio 2011, n. 3918, ivi. BONSIGNORI, *Procedimento arbitrale e fallimento*, in *Dir. fall.*, 1993, II, pp. 601 ss.; FRASCAROLI SANTI, *L'art. 83-bis e i problemi irrisolti nei rapporti tra fallimento e giudizio arbitrale*, cit., p. 376, discorre di inarbitrabilità per carenza di tecnica processuale; BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri*, cit., p. 152.

⁹² Se come detto non è possibile discorrere in ambito fallimentare di diritto indisponibile, qualora non sia necessario attuare il meccanismo fallimentare non si deve escludere il ricorso alla tutela arbitrale. In questo senso, BOVE, *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 302; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Controversie arbitrabili*, cit. pp. 130 e 131. In senso contrario: Cass., 4 settembre 2004, n. 17891, in *Foro it.*, 2005, I, c. 744, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, pp. 868 ss., con nota di DELLA VEDOVA; VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, Padova, 1996, pp. 23 ss.

⁹³ Benché la giurisprudenza attribuisca agli organi fallimentari il potere di valutare se il fallito abbia interesse a proseguire la lite (cfr. Cass., 20 marzo 2012, n. 4448, in *DeJure*). Sul punto, si rimanda alle posizioni favorevoli di MANDRIOLI, *La rappresentanza nel processo civile*, Torino, 1959, pp. 112 ss.; APICE, *Arbitrato e procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2013, pp. 263 ss.; dubbiosi, invece: F. DE SANTIS, *Sull'opponibilità al curatore fallimentare della convenzione d'arbitrato stipulata dal fallito alla luce delle riforme della legge concorsuale*, in *Sull'arbitrato*, cit., p. 357; MONTANARI, *La sopravvenienza del fallimento in corso di causa e recenti evoluzioni giurisprudenziali*, in *Il fall.*, 2008, pp. 308 ss.; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Ancora su arbitrato rituale e fallimento*, cit., p. 8; BONSIGNORI, voce *Fallimento*, in *Dig. disc. priv. sez. comm.*, V, Torino, 1997, pp. 407 ss.; JAEGER, SACCHI, voce *Fallimento: IV) Effetti per il fallito*, in *Enc. giur. Treccani*, XIII, Roma, 1989, spec. p. 10.

⁹⁴ In questa direzione BOVE, *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 300, che pone l'esempio della necessità di ottenere l'accertamento dell'inesistenza del credito,

5.1. *La dichiarazione di fallimento (o di liquidazione giudiziale)*⁹⁵

L'esegesi delineata nel precedente paragrafo si riferisce alle controversie che si sviluppano in seguito alla pronuncia di fallimento; è da questo momento che il procedimento fallimentare si indirizza verso la realizzazione della liquidazione concorsuale.

Esula, invece, dalle osservazioni sopra enucleate la fase preliminare, vale a dire la procedura per la dichiarazione di fallimento⁹⁶. È necessario, prima di saggiare la bontà delle precedenti affermazioni, verificare se anche con riguardo a questo momento si debba concludere per l'inammissibilità dell'azione arbitrale.

La risposta risiede nella identificazione dell'oggetto dell'accertamento prefallimentare, tema al centro, come è noto, di un vivo dibattito.

Secondo una prima interpretazione, che ha origini ormai risalenti nel tempo, l'oggetto del processo per la dichiarazione di fallimento coincide con l'accertamento del diritto di credito⁹⁷. Un'altra esegesi, invece, lo rinviene nei presupposti sostanziali del fallimento, primo fra tutti l'esercizio dell'attività di impresa commerciale da parte del debitore (art. 1 l. fall.) e il suo stato di insolvenza (art. 5 l. fall.), ovvero sia «meri fatti»⁹⁸. A detta tesi è stato, però, replicato che l'accertamento della qualità di imprenditore commerciale è un

per fondare l'eventuale ripetizione dell'indebito *ex art. 114, comma 2°, l. fall.* Ancora prima GROPPOLI, *Sulla potestas iudicandi*, cit., p. 145; CARRATTA, *Arbitrato rituale su credito e interferenze con la verifica del passivo*, in *Riv. arb.*, 1998, pp. 105 ss.

⁹⁵ Come ho già avuto modo di anticipare nelle precedenti note, il disegno di legge sostituisce l'attuale disciplina di fallimento con quella della procedura di liquidazione giudiziale. Diversi sono i principi che in questa fase devono essere attuati, fra cui il potenziamento dei poteri del curatore, a cui è attribuita la legittimazione a promuovere o proseguire specifiche azioni giudiziali. Il disegno di legge, sebbene modifichi la nomenclatura, non introduce elementi idonei a superare l'esegesi accolta. Peraltro, la novella conferma ed estende la legittimazione del pubblico ministero, ogni qual volta quest'ultimo venga a conoscenza di uno stato di insolvenza.

⁹⁶ Nel disegno di legge n. 2681, la dichiarazione di fallimento (*rectius* di liquidazione giudiziale) costituisce l'*extrema ratio*.

⁹⁷ CANDIAN, *Il processo di fallimento*, Padova, 1939, p. 97.

⁹⁸ VASSALLI, *Diritto fallimentare*, I, Torino, 1994, p. 32.

mero punto pregiudiziale, identificandosi l'oggetto del processo unicamente nell'accertamento dello stato di insolvenza⁹⁹.

Altri interpreti ritengono che la situazione giuridica accertata dalla sentenza dichiarativa di fallimento si identifichi esclusivamente con la legittimità dell'apertura del fallimento a carico del debitore, restando esclusi dall'accertamento sia la qualità dell'imprenditore commerciale sia la sussistenza dello stato di insolvenza. In sostanza, la situazione giuridica che rileva non è descrivibile come un diritto soggettivo di una parte nei confronti dell'altra¹⁰⁰. All'interno di questa interpretazione vi è chi, infine, ha identificato detto diritto di contenuto processuale, nel potere di richiedere la regolazione concorsuale del dissesto attraverso il fallimento¹⁰¹.

Contro l'interpretazione *de qua* si schierano coloro che, alla luce della struttura dell'istruttoria fallimentare, identificano l'oggetto del processo in una situazione sostanziale piena¹⁰², individuata da una dottrina nel diritto di tutti i creditori e dell'imprenditore di beneficiare del regime speciale offerto dalla liquidazione e amministrazione concorsuale dell'impresa¹⁰³. Altri ancora ritengono che oggetto dell'accertamento sia lo *status* di fallito¹⁰⁴, nonché i diritti di

⁹⁹ Come ricorda FABIANI, *L'oggetto del processo per la dichiarazione di fallimento*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, pp. 770 ss.

¹⁰⁰ E.F. RICCI, *Lezioni sul fallimento*, I, Milano, 1992, p. 147 che, pur ritenendo che la sentenza di dichiarazione di fallimento sia inquadrabile all'interno della tutela costitutiva, rileva che oggetto del processo è una situazione giuridica mera, non descrivibile nei termini di diritto soggettivo. BONSIGNORI, *Il fallimento*, in F. GALGANO (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1986, p. 547, che, pur discorrendo di accertamento costitutivo, evidenzia che nella sentenza manca un vero e proprio accertamento, occorrendo definire la stessa impropriamente costitutiva, poiché dal provvedimento scaturiscono effetti schiettamente ordinatori. Vedono, invece, nella sentenza dichiarativa di fallimento un provvedimento di natura meramente esecutiva: VITALE, *La dichiarazione di fallimento*, Milano, 1967, p. 244; AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 1961, p. 315; BOVE, *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 299, nota 15; SEGNI, *La sentenza dichiarativa di fallimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1938, I, p. 267.

¹⁰¹ FABIANI, *L'oggetto del processo per dichiarazione di fallimento*, cit., pp. 771 ss.

¹⁰² PUNZI, *La dichiarazione di fallimento*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, pp. 1507 ss.

¹⁰³ Come osserva CECHELLA, *Il giudizio*, in *Il processo di fallimento*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, cit., pp. 116 ss.

¹⁰⁴ BOZZA, *Arbitrato e fallimento*, in *Fall.*, 1993, p. 483.

quei soggetti che hanno intrattenuto con l'imprenditore dei rapporti commerciali¹⁰⁵.

Le esegesi ricordate sono il frutto del diverso inquadramento sistematico accolto del processo per la dichiarazione di fallimento¹⁰⁶, compreso da alcuni nell'alveo della giurisdizione volontaria, da altri in quella oggettiva o puramente oggettiva, da altri ancora in quella contenziosa, di cognizione o di esecuzione¹⁰⁷.

Dissentendo da quanto sostenuto da una parte della dottrina, ritengo¹⁰⁸ che la struttura complessiva dell'istruttoria prefallimentare¹⁰⁹ delineata dall'art. 15 l. fall., che non dovrebbe mutare nel futuro quadro normativo, sia in grado di originare un processo di natura giurisdizionale-contenziosa, culminante con un provvedimento finale idoneo a produrre quello che può essere generalmente

¹⁰⁵ Prima delle riforme così ARIETA, *Il processo per la dichiarazione di fallimento*, in *Trattato di diritto processuale civile*, II, I, Padova, 2002, p. 828. Dopo le riforme in questo senso si esprime anche PUNZI, *La dichiarazione di fallimento*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 1508; critica FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, cit., p. 456.

¹⁰⁶ Tanto che alcuni lo considerano un *unicum* nel suo genere: BONELLI, *Del fallimento*, in *Commentario al codice di commercio*, I, Milano, 1923, p. 106; ANDRIOLI, voce *Fallimento*, in *Enc. dir.*, XVI, 1967, pp. 344 ss., seppure ritenga di collocare la sentenza nella categoria degli atti di giurisdizione obiettiva.

¹⁰⁷ Per la natura di volontaria giurisdizione, FAZZALARI, *La giurisdizione volontaria*, cit. p. 212; DENTI, *Il giudizio di opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1951, p. 1010; CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, p. 235, che parla, in verità, di procedimento amministrativo. Per la natura di esecuzione forzata LIEBMAN, *La contestazione dei crediti nel fallimento*, in *Riv. dir. proc.*, 1930, pp. 210 ss.; CARNELUTTI, *Carattere della sentenza di fallimento*, ivi, 1931, p. 159; E.F. RICCI, *Lezioni sul fallimento*, I, cit., p. 128. Per la valenza di processo a contenuto oggettivo: MONTANARINI, *Clausole limitative della responsabilità dell'assuntore del concordato e giudicato di omologazione*, in *Il fall.*, 2005, p. 545; NICOTINA, voce *Omologazione*, in *Dig. civ.*, XIII, Torino, 1995, p. 52, entrambi con riguardo al giudizio di omologazione; FABIANI, *L'oggetto del processo per dichiarazione di fallimento*, cit., pp. 769 ss. Oramai superata, invece, è la tesi che concepiva il fallimento come una persona giuridica (BONELLI, *Del fallimento*, cit., p. 106).

¹⁰⁸ Cass., 29 ottobre 2009, n. 22926, in *Il fall.*, 2010, pp. 557 ss.; Cass., 3 giugno 2014, n. 12338, in *DeJure*, che confermano che la dichiarazione di fallimento è un procedimento a cognizione piena, sia pure da svolgersi con il rito camerale.

¹⁰⁹ Sulla inadeguatezza della disciplina CARRATTA, *Profili processuali della riforma della legge fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2007, p. 12.

qualificato¹¹⁰ come lo «stato di fallimento», con la «molteplicità di effetti soggettivi e oggettivi che lo caratterizzano e con un contenuto anche ordinatorio, in funzione dell'apertura della procedura di fallimento». In altri termini, credo che la disciplina delineata dall'art. 15 l. fall. assolve una funzione di giurisdizione contenziosa di tipo dichiarativo¹¹¹, rientrando nell'alveo della c.d. tutela costitutiva necessaria¹¹², ancorché *sui generis*¹¹³.

La bontà di quanto sostenuto trova conferma nella complessità della procedura, che solo in apparenza può essere ricondotta ai procedimenti in camera di consiglio¹¹⁴. Infatti, come emerge dalla disciplina enucleata dall'art. 15 l. fall., il procedimento di dichiarazione di fallimento consente la piena realizzazione del principio di difesa delle parti, nonché l'articolazione dei mezzi istruttori, la cui assun-

¹¹⁰ PUNZI, *La dichiarazione di fallimento*, cit., p. 1502; DE MATTEIS, *Istruttoria prefallimentare: il procedimento*, in CAIAFA (a cura di), *Le procedure concorsuali*, I, Padova, 2011, p. 179, che parla di giudizio di cognizione; CECHELLA, *Il giudizio*, cit., p. 86, che parla di «categoria giuridica nuova», poiché esulante da quello della volontaria giurisdizione.

¹¹¹ MINUTOLI, *sub. art. 16*, in M. FERRO (a cura di), *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, Padova, 2014, p. 16.

¹¹² TEDESCHI, *Disposizioni generali. Della dichiarazione di fallimento*, in SCIAJOLA, BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1974, p. 440. Parla di sentenza costitutiva anche SATTÀ, *Diritto fallimentare*, cit., pp. 48 ss. e in part. p. 65, che però la riconduce nell'alveo della volontaria giurisdizione; DENTI, *Il giudizio di opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1951, p. 1010; CALAMANDREI, *La sentenza dichiarativa di fallimento come provvedimento cautelare*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, pp. 279 ss., che reputa che la sentenza dichiarativa di fallimento, oltre a contenere un accertamento costitutivo, si caratterizza per essere un provvedimento di esecuzione cautelare.

¹¹³ Rilevano l'incapacità di attribuire alla sentenza una natura unitaria FERRARA, BORGIOI, *Il fallimento*, Milano, 1995, p. 251. È indiscutibile (come osservano, *ex multis*, CECHELLA, *Il giudizio*, cit., pp. 117 ss., in part. pp. 131 ss.; MINUTOLI, *sub. art. 16*, cit., p. 295) che la sentenza dichiarativa di fallimento abbia una natura complessa: infatti, oltre a statuire sul fallimento, essa contiene la nomina del giudice delegato alla procedura e del curatore fallimentare; l'ordine del deposito in cancelleria dei bilanci e delle scritture contabili e fiscali obbligatorie, nonché l'elenco dei creditori; l'indicazione della data dell'adunanza e l'assegnazione del termine per la presentazione delle domande di insinuazione.

¹¹⁴ Peraltro, nella legge fallimentare più che altrove, il rito camerale è stato assunto come «contenitore neutro», ritenuto in grado non solo di abbracciare i procedimenti di volontaria giurisdizione (Cass., 19 giugno 1996, n. 5629, in *Foro it.*, 1996, I, c. 3070, con nota di CIVININI).

zione può essere anche delegata al giudice relatore. È altresì conferito alle parti il potere di presentare memorie, depositare documenti e relazioni tecniche. Questa interpretazione è anche confermata dalla circostanza che il provvedimento finale del giudizio sia costituito da una sentenza¹¹⁵, tipico mezzo volto all'affermazione dei diritti di natura sostanziale¹¹⁶.

Benché sia possibile individuare una vera e propria situazione sostanziale (il diritto al mutamento giuridico¹¹⁷, coinvolgente molteplici profili), ritengo che si debba concludere per l'inammissibilità dell'azione arbitrale, alla luce dell'interesse generale connotante la posizione giuridica soggettiva che entra in gioco¹¹⁸. Malgrado l'attuale disciplina abbia eliminato l'iniziativa d'ufficio, tanto che si è parlato di privatizzazione della procedura dichiarativa di fallimento, è indiscutibile che ancora oggi sussista un interesse generale sottostante la materia *de qua*, che impone un ruolo attivo dello Stato (e quindi degli organi della giustizia ordinaria), al fine di assicurare che le società in stato di insolvenza non arrechino nocimento al mercato.

La bontà della lettura offerta trova sostegno nella disciplina dell'art. 7, comma 2°, l. fall., ove è imposto al pubblico ministero di presentare richiesta per la dichiarazione di fallimento, qualora l'insolvenza venga rilevata nel corso di un giudizio civile¹¹⁹.

L'interesse generale si riverbera sulla necessità che la sentenza dichiarativa di fallimento sia emanata dal giudice statale.

¹¹⁵ Diversamente, se la domanda di fallimento non trova accoglimento, la decisione, per espressa previsione di legge, assume la forma del decreto, comunque in grado di passare in giudicato, qualora non venga reclamato, come osserva CECHELLA, *Il giudizio*, cit., pp. 130 ss.

¹¹⁶ Semmai si pone un problema dell'individuazione dei limiti oggettivi e soggettivi dell'accertamento. Per una visione complessiva del dibattito si rimanda a MINUTOLI, *sub. art. 16*, cit., p. 296; CECHELLA, *Il giudizio*, cit., pp. 120 ss.

¹¹⁷ CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, p. 195.

¹¹⁸ Come già osservano FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, cit., p. 456; SATTA, *Diritto fallimentare*, cit., p. 84; BOZZA, *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 483.

¹¹⁹ RIGHETTI, *Il processo di fallimento*, in SCHIANO DI PEPE (a cura di), *Il diritto fallimentare riformato*, Padova, 2007, pp. 27 ss.; FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, cit., pp. 456 ss. Ancora più ampi sono i poteri riconosciuti al pubblico ministero all'interno dell'attuale disegno di legge. Sul punto si cfr. nota 95.

Come non è possibile ricorrere al giudizio di arbitri per la dichiarazione di fallimento, così è esclusa la devoluzione ad arbitrato della successiva fase di reclamo¹²⁰, stante, oltre al naturale interesse generale che connota il diritto, l'impossibilità per l'arbitrato di modellarsi a giudizio impugnatorio¹²¹.

5.2. *Il contenzioso endofallimentare*

a) Il procedimento di accertamento del passivo

In seguito alla dichiarazione di fallimento si apre il concorso dei creditori sul patrimonio del fallito, la cui realizzazione si attua tramite il procedimento di accertamento del passivo.

La natura di tale procedura e il suo oggetto sono al centro di ampi contrasti, che trovano la loro spiegazione nella diversa valutazione di due aspetti: l'impossibilità di qualificare il fallito quale parte del processo¹²² e l'efficacia del decreto che rende esecutivo lo stato passivo, in grado di produrre effetto solo ai fini del concorso¹²³.

Secondo un primo indirizzo interpretativo l'oggetto del processo deve identificarsi con il diritto di credito *tout court*¹²⁴; altro filone di pensiero, invece, ritiene che l'oggetto della procedura sia il diritto

¹²⁰ Il disegno di legge n. 2681, all'art. 2, comma 1°, lettera *d*), attribuisce al Governo anche il compito di armonizzare «il regime delle impugnazioni, con particolare riguardo all'efficacia delle pronunce rese avverso i provvedimenti di apertura della procedura di liquidazione giudiziale ovvero di omologazione del concordato».

¹²¹ VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, cit., p. 18; FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, cit., p. 457; E.F. RICCI, *Lezioni sul fallimento*, cit. p. 331; BONSIGNORI, *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 59, che osserva che l'opposizione non è compromettibile non tanto perché sia intransigibile, quanto perché inserita indefettibilmente nel procedimento fallimentare.

¹²² Quest'ultimo può partecipare, ma naturalmente non quale parte processuale. L'art. 95 l. fall. prevede che il fallito può chiedere di essere sentito.

¹²³ Ribadito, come noto, dalla Suprema Corte nel 2010, che ha evidenziato la valenza solo endofallimentare di giudicato dell'accertamento giudiziale del credito (Cass., 14 luglio 2010, n. 16508, in *Fall.*, 2010, pp. 1380 ss., con note di SALVATO e PAGNI; in *Foro it.*, 2010, I, c. 3376, con nota di FABIANI; ed ancora Cass., 9 giugno 2011, n. 12638, in *DeJure*).

¹²⁴ LANFRANCHI, *La verifica del passivo nel fallimento*, Milano, 1979, pp. 240 ss.; PELLEGRINO, *L'accertamento del passivo nelle procedure concorsuali*, Padova, 1992, p. 27; MONTANARI, *Fallimento e giudizi pendenti su crediti*, Padova,

del creditore al concorso sul patrimonio del fallito, cioè un diritto di contenuto eminentemente processuale, volto a consentire al creditore di partecipare al riparto¹²⁵. In questa prospettiva il diritto di credito rappresenta solo una questione pregiudiziale da risolvere senza effetto di giudicato.

Entrambe le teorie si prestano a facile confutazione. Se si ritenesse che oggetto del processo sia solo il diritto di credito, verrebbe disconosciuto il profilo della concorsualità: infatti, chi invoca l'apertura del fallimento desidera che la realizzazione del proprio credito avvenga secondo canoni specifici e diversi da quelli propri dell'esecuzione individuale. Per tale motivo, al momento della presentazione della domanda di ammissione al passivo è necessario, oltre che allegare l'esistenza del credito, dimostrare che esso è precedente alla dichiarazione di fallimento e che non è affetto da vizi di inefficacia concorsuale.

Al contempo, ritenere che oggetto del giudizio sia il diritto al concorso impone la necessità di coordinare questa conclusione con le previsioni in tema di esdebitazione (art. 142 l. fall.), di stabilità dei riparti (art. 114 l. fall.) e della possibilità di utilizzare il provvedimento di accoglimento della domanda come prova scritta a favore

1991, pp. 125 ss.; TEDESCHI, *L'accertamento del passivo*, in DIDONE (a cura di), *Le riforme della legge fallimentare*, Torino, 2009, p. 924.

¹²⁵ SEGNI, *Giudizio di verifica dei crediti ed estensione del giudicato*, in *Riv. dir. comm.*, 1994, II, pp. 97 ss.; questa prospettazione è ripresa da RICCI (E.F. RICCI, *Efficacia ed oggetto delle sentenze sulle opposizioni e sulle impugnazioni nella formazione del passivo fallimentare*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, p. 1080; ID., *Formazione del passivo fallimentare e decisione del credito*, Milano, 1979, pp. 52 e 61; BOZZA, SCHIAVON, *L'accertamento dei crediti nel fallimento e le cause di prelazione*, Milano, 1992, p. 39; PAGNI, *Formazione dello stato passivo: ruolo del curatore e del giudice delegato*, in JORIO, FABIANI (a cura di), *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2010, p. 388; BOVE, *Arbitrato e fallimento*, cit., p. 300, nota 16; PRESTI, *Ipoteca per debito altrui e fallimento*, Milano, 1992, p. 130; GIORGETTI, *Gli accertamenti incidentali nella decisione sul passivo fallimentare*, in *Foro it.*, 1998, I, cc. 1268 ss.; CANALE, *La formazione dello stato passivo e il sistema delle impugnazioni*, in AMBROSINI (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, Bologna, 2006, p. 195; CORNO, *sub art. 96 c.p.c.*, in BOCCHIOLA, PALUCHOWSKI (a cura di), *Codice del fallimento*, Milano, 2013, p. 1172; parlano invece di «accertamento del diritto a concorrere al riparto», PLENTEDA, *Profili processuali del fallimento dopo la riforma*, Milano, 2008, p. 184; CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2009, p. 360.

del creditore per l'ottenimento del decreto ingiuntivo (art. 120 l. fall.)¹²⁶.

Dico subito che entrambe le teorie prospettate non mi convincono: se da una parte è riduttivo pensare che il procedimento per la formazione dello stato passivo abbia ad oggetto il diritto di credito, dall'altra non reputo neppure corretto postulare, alla luce della disciplina degli artt. 92 e ss., che la procedura in esame possa avere ad oggetto un diritto di contenuto meramente processuale. A tale proposito, non si può non osservare che il procedimento di ammissione del passivo è oggi profondamente diverso rispetto a quello delineato nella versione originaria¹²⁷ e nonostante le numerose peculiarità che lo contraddistinguono, come per esempio le specifiche attività demandate al curatore (art. 95 l. fall.) e l'efficacia limitata ai confini del concorso del decreto pronunciato al termine della procedura di formazione del passivo, ritengo, allineandomi all'opinione della maggiore parte degli interpreti¹²⁸, di concludere per la sua natura giurisdizionale e contenziosa. Ne segue che sarebbe contraddittorio affermare che oggetto del processo possa essere un diritto a contenuto meramente processuale¹²⁹.

Per la verità una dottrina evidenzia che il diritto al concorso non deve avere una «consistenza tutta e necessariamente processuale», tanto da indurla a qualificarlo come «la proiezione, in seno alla

¹²⁶ FABIANI, *La formazione dello stato passivo: i principi e la domanda*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., pp. 331 ss.

¹²⁷ Anche questa fase è oggetto di ampie modifiche nel disegno di legge n. 2681. Per esempio si prevede che sia favorita la presentazione in via telematica delle domande; che siano introdotte forme semplificate per le domande di minor valore e complessità; che siano inserite preclusioni attenuate già in fase monocratica. Sul punto, PAGNI, *I modelli processuali nella riforma delle procedure concorsuali*, cit., pp. 19 ss.

¹²⁸ MENCHINI, in *Il processo di fallimento*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, cit., p. 377; PELLEGRINO, *Natura dell'accertamento del passivo*, in APICE (a cura di), *La procedura di fallimento. Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, Torino, 2010, pp. 48 ss.; ma in verità detto assunto era già sostenuto da E.F. RICCI, *Efficacia ed oggetto delle sentenze sulle opposizioni e sulle impugnazioni nella formazione del passivo fallimentare*, cit., p. 1089.

¹²⁹ FABIANI, *La formazione dello stato passivo: i principi e la domanda*, cit., p. 330.

procedura concorsuale, del diritto di credito e della sua attitudine a partecipare alla distribuzione del ricavato»¹³⁰.

Se una commistione tra i due piani – cioè fra il diritto al concorso (di natura processuale) e il diritto di credito (di natura sostanziale) – è inevitabile¹³¹, mi pare più opportuno affermare, seguendo l'interpretazione di altra dottrina, che oggetto del processo di formazione del passivo è il «diritto di credito nella sua “porzione concorsuale”»¹³².

In altri termini, oggetto del giudizio e del conseguente accertamento è il diritto di credito, ma la sua esistenza e misura è parametrata ai fini della liquidazione concorsuale. Pertanto, il suo accertamento¹³³, come risulta anche dall'art. 96 l. fall., può produrre effetti solo all'interno della procedura fallimentare, non assumendo rilievo nei rapporti esterni, poiché manca un giudicato sull'esistenza o meno del credito in sé¹³⁴.

¹³⁰ PAGNI, *Accertamento del passivo e revocatoria: efficacia preclusiva del decreto di esecutività*, in *Fall.*, 2010, p. 1397.

¹³¹ A mio avviso questa interpretazione è frutto anche della mia personale visione della procedura fallimentare, che costituisce, come già evidenziavano alcuni interpreti, un *unicum* nel suo genere: BONELLI, *Del fallimento*, cit., p. 106.

¹³² FABIANI, *L'efficacia dello stato passivo*, in *Fall.*, 2011, p. 1098; ID., *La formazione dello stato passivo*, cit., p. 333. Esso individua una identità strutturale tra il procedimento di ammissione del passivo e il procedimento sommario di cognizione e conclude per la piena capacità del decreto del giudice delegato di acquistare efficacia di cosa giudicata, con l'avvertenza che i «i limiti oggettivi e soggettivi tipici della cosa giudicata acquisiscono nel fallimento ancor maggiori spigolosità, sì che ciò che fuori dal fallimento potrebbe essere decisione idonea al giudicato, non è detto accada dentro il fallimento». Ad esso si rimanda anche nel caso in cui l'oggetto della domanda sia una richiesta di rivendicazione o di restituzione del bene.

¹³³ Si discute da lungo tempo sulla possibilità di attribuire efficacia di giudicato al decreto di accoglimento. Secondo una dottrina (PAGNI, *Accertamento del passivo e revocatoria*, cit., p. 1398, ripresa da MOTTO, *L'accertamento del passivo e dei diritti reali e personali dei terzi sui beni*, in *Il processo di fallimento*, pp. 543 ss.), il principio espresso dall'art. 96 l. fall. rileva solo qualora non si voglia esportare gli effetti della decisione giudiziale «in una situazione processuale relative a parti diverse, come avviene col creditore e il fallito una volta che il fallimento sia chiuso e il debitore sia tornato *in bonis*». Altro interprete (FABIANI, *L'efficacia dello stato passivo*, cit., p. 1104), invece, reputa di discorrere di giudicato alla luce della struttura del processo.

¹³⁴ Senza alcuna pretesa di esaustività si rimanda a Trib. Bari, 21 ottobre 2015, in *DeJure*; Trib. Milano, 15 settembre 2011, ivi; Cass., 5 aprile 2013, n. 8431, ivi, che riguarda una fattispecie a cui era applicabile la disciplina antecedente.

In sintesi. L'oggetto della procedura è un diritto di natura sostanziale¹³⁵, pienamente disponibile, che, tuttavia, subisce gli effetti dell'ambiente in cui si trova ad operare. Pertanto il suo accertamento rileva solo ai fini della procedura.

Nonostante ciò, si deve, però, concludere per l'inammissibilità dell'azione arbitrale alla luce delle specifiche modalità con cui l'accertamento del passivo deve realizzarsi e che costituiscono condizioni legittimanti della liquidazione concorsuale¹³⁶. La mancata utilizzazione di quelle forme, peraltro incompatibili – almeno allo stato – con lo strumento arbitrale, non consentirebbe un effetto opponibile alla procedura¹³⁷. Si tratta di un principio desumibile dall'art. 52 l. fall.¹³⁸, che stabilisce il diritto dei creditori di soddisfarsi su tutti i beni del fallito, nel rispetto della *par condicio creditorum* e delle cause legittime di prelazione, nonché l'utilizzazione, quale mezzo esclusivo¹³⁹, del procedimento di accertamento del passivo¹⁴⁰. Solo quest'ultimo consente la verifica contestuale, nel contraddittorio di tutti gli interessati, delle pretese sostanziali. In altre parole, non si può correre il rischio che eventuali soggetti terzi, che non hanno stipulato la convenzione arbitrale, possano rimanere esclusi dalla

¹³⁵ Su punto PAGNI, *Accertamento del passivo e revocatoria*, cit., p. 1395.

¹³⁶ FRASCAROLI SANTI, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, cit., p. 458, che nega l'arbitrabilità non tanto per un problema di compromettibilità o meno della materia, quanto piuttosto per una questione di specialità di rito.

¹³⁷ A tale proposito questa necessità viene ulteriormente valorizzata nel disegno di legge n. 2681, ove l'art. 7, comma 7°, lett. e) impone di adottare misure idonee ad «attrarre nella sede concorsuale l'accertamento di ogni credito opposto in compensazione ai sensi dell'art. 56 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267».

¹³⁸ Oggi la norma ricordata ingloba anche i cc.dd. crediti di massa, sui quali, in precedenza, si riteneva che vi fosse spazio per la giustizia arbitrale. Sul punto VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, cit., pp. 23 ss.

¹³⁹ F. DE SANTIS, *La formazione e le impugnazioni dello stato passivo nella l.c.a. dell'impresa bancaria: tracce per una riflessione de jure condendo*, in *Fall.*, 2015, pp. 129 ss.; PAGNI, *L'accertamento del passivo nella riforma della legge fallimentare*, in *Foro it.*, 2006, V, c. 194; BOZZA, SCHIAVON, *L'accertamento dei crediti nel fallimento*, cit., p. 159; FABIANI, *L'esclusività del rito dell'accertamento del passivo*, in *Fall.*, 1990, p. 899. In giurisprudenza, fra le tante: Cass., 24 novembre 2011, n. 24847, in *DeJure*).

¹⁴⁰ BOZZA, *Arbitrato e fallimento*, in *Fall.*, 1993, p. 483.

formazione del passivo, poiché solo in quella sede avviene il soddisfacimento di tutte le ragioni creditorie¹⁴¹.

Viceversa, se la sommarietà della procedura non costituisce un ostacolo per l'ammissibilità dello strumento arbitrale¹⁴², le peculiari attività che si svolgono all'interno della formazione del passivo, come quelle demandate al curatore, sono inconciliabili con il processo arbitrale. Inoltre, anche qualora si voglia attribuire al decreto di accoglimento efficacia di giudicato¹⁴³, si tratta di un'efficacia incompatibile con quella enucleata dall'art. 824-bis c.p.c., poiché una cosa è l'accertamento del diritto in esso previsto, altra è la verifica del credito indispensabile per la realizzazione della liquidazione concorsuale.

Anche in questo caso si è di fronte a un divieto implicito di legge, tanto che l'eventuale procedimento arbitrale in corso va dichiarato improcedibile, almeno con riguardo all'accertamento rilevante ai fini fallimentari¹⁴⁴.

¹⁴¹ Il potenziamento della disciplina dell'intervento del terzo all'interno della procedura arbitrale, come già in precedenza illustrato, non consente comunque di ritenere superato detto limite, poiché in questo caso al terzo non è lasciata la libertà di decidere di intervenire o meno: se desidera il riconoscimento della propria pretesa creditoria ha l'obbligo di partecipare al procedimento di formazione del passivo (MOTTO, *L'accertamento del passivo e dei diritti realie personali dei terzi sui beni*, in *Il processo di fallimento*, cit., pp. 382 ss.).

¹⁴² LANFRANCHI, *La verifica del passivo nel fallimento*, cit.; contra, BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, cit., p. 56; CAPPACCIOLI, *L'amministrazione fallimentare di fronte all'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1959, pp. 538 e 545.

¹⁴³ Ritengono, per esempio, che si possa parlare di cosa giudicata: FABIANI, *L'efficacia dello stato passivo*, cit., p. 1098; PAGNI, *Accertamento del passivo e revocatoria*, cit., pp. 1395 ss.; AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, II, Torino, 1961, pp. 789 ss.; contra: CAVALAGLIO, *Fallimento e giudizi pendenti*, Padova, 1975, p. 119; GARBAGNATI, *Osservazioni sull'efficacia del provvedimento del giudice delegato, che ammette od esclude un credito dal passivo fallimentare*, in *Riv. dir. proc.*, 1943, p. 146, che considera il procedimento di accertamento del passivo come una fase del processo di fallimento, quale processo di esecuzione forzata; Id., *Fallimento e azioni dei creditori*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1960, pp. 367 ss.; E.F. RICCI, *Efficacia ed oggetto delle sentenze sulle opposizioni e sulle impugnazioni nella formazione del passivo fallimentare*, cit., p. 1079, che esclude qualsiasi accertamento sull'esistenza del credito da far valere al di fuori della procedura.

¹⁴⁴ CARRATTA, *Arbitrato rituale su credito e interferenze sulla verifica del passivo*, in *Riv. arb.*, 1998, p. 104.

Per le medesime ragioni, anche le fasi di impugnazione dello stato passivo, *ex art. 98 l. fall.*, non possono essere devolute al giudizio di arbitri¹⁴⁵. A ciò si aggiunga che, come ho già detto con riguardo alla fase di reclamo nel giudizio di dichiarazione di fallimento, il divieto trova ulteriore sostegno nell'impossibilità per l'arbitrato di modellarsi a giudizio impugnatorio.

b) Le ulteriori fattispecie¹⁴⁶: brevi cenni

Sono altresì escluse dalla tutela arbitrale le insinuazioni tardive dei crediti¹⁴⁷. Malgrado vi siano incertezze sulla loro connotazione in chiave cumulativa o concorsuale¹⁴⁸, reputo che, alla luce del richiamo alla disciplina della formazione del passivo, sia preclusa l'ammissibilità dell'azione arbitrale per le ragioni in precedenza enucleate.

Già analizzando la dichiarazione di fallimento e dell'accertamento dello stato passivo, si è affermata l'incompatibilità tra arbitrato e mezzi impugnatori, stante l'impossibilità per l'arbitro di sindacare un provvedimento giudiziale. Per questa ragione ritengo che i reclami disciplinati dall'art. 26 l. fall.¹⁴⁹ non siano devolvibili al giudizio di arbitri.

¹⁴⁵ Parte della dottrina (BONSIGNORI, *Arbitrati e fallimento*, cit., p. 57) evidenzia che l'impossibilità del ricorso al giudizio arbitrale contrasta con il principio di unitarietà del giudizio di opposizione enunciato dall'art. 99 l. fall. Di contrario avviso, alla luce della previgente normativa, TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006, p. 171, che ammette l'arbitrabilità della fase relativa al procedimento di contestazione dello stato passivo; *contra* CARRATTA, *Arbitrato rituale su credito*, cit., p. 105.

¹⁴⁶ Occorre precisare che l'art. 2, comma 1°, lett. h) del disegno di legge n. 2681 prevede che il Governo uniformi e semplifichi, in raccordo con le disposizioni sul processo telematico, la disciplina dei diversi riti speciali previsti dalle disposizioni in materia concorsuale.

¹⁴⁷ Alla medesima conclusione si deve pervenire per le domande tardive di rivendicazione, restituzione e separazione di cose mobili, poiché anche in relazione ad esse trova applicazione il procedimento previsto per l'ammissione al passivo dei crediti (ZUCCONI GALLI FONSECA, *Controversie arbitrabili*, cit., p. 130).

¹⁴⁸ CAVALAGLIO, *Le dichiarazioni tardive dei crediti*, in *Dir. fall.*, 2009, I, p. 312.

¹⁴⁹ VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, cit., p. 15, che esclude l'arbitrabilità anche in ragione della natura sommaria del reclamo. Ma, sul punto, E.F. RICCI, *Il reclamo contro i provvedimenti del giudice delegato nel fallimento*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, p. 109, spec. nota 33, che non concorda sulla natura sommaria del procedimento.

Al contempo, fuoriescono dall'ordine pubblico arbitrale i procedimenti di controllo della legalità degli atti degli organi amministrativi (curatore e comitato), *ex art.* 36 l. fall.¹⁵⁰: questa esclusione trova fondamento, unitamente alle ragioni poc'anzi enunciate, nel fatto che il procedimento in questione si traduce in un controllo di legalità degli atti gestori, incompatibile con il fine perseguito dall'arbitrato¹⁵¹. In entrambe le fattispecie da ultimo analizzate, si deve anche aggiungere che la struttura del processo delineato dal legislatore fallimentare è inconciliabile con lo strumento arbitrale, poiché si tratta di procedure camerali da svolgersi innanzi al giudice delegato e il provvedimento finale (il decreto motivato) non è equiparabile, sotto il profilo degli effetti, alla sentenza¹⁵².

Ugualmente deve essere negata la compromettibilità con riferimento ai giudizi volti a far dichiarare le nullità degli atti della procedura¹⁵³, trattandosi di procedimenti che si innestano all'interno del processo fallimentare e che, in quanto tali, possono trovare attuazione solo al suo interno. Si tratta nuovamente di un divieto esulante dalla incompromettibilità del diritto.

Stesso discorso può essere esteso al giudizio di opposizione al rendiconto¹⁵⁴.

¹⁵⁰ CECHELLA, *I controlli*, in *Il processo di fallimento*, cit., pp. 364 ss.

¹⁵¹ Pertanto è escluso dalla tutela arbitrale anche il reclamo avverso il progetto di ripartizione dell'attivo *ex art.* 110 l. fall., dove trova applicazione la disciplina dell'art. 36 l. fall.

¹⁵² Stesso discorso vale per i procedimenti per decreto ingiuntivo riguardanti i versamenti ancora dovuti dai soci a responsabilità limitata *ex art.* 150 l. fall. Il giudizio di arbitri è escluso anche in relazione al procedimento di chiusura del fallimento (definito quale procedimento camerale unilaterale, sul punto FABIANI, *La chiusura del fallimento e la riapertura*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., p. 826) e alla fase di impugnazione, disciplinata dalle regole enucleate dall'art. 26 l. fall.

¹⁵³ VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, cit., p. 21.

¹⁵⁴ Sull'oggetto di tale giudizio si rimanda a: AGOSTINELLI, *sub art.* 116, in *Codice del fallimento*, cit., p. 1143; D'ATTORRE, *sub art.* 116, in NIGRO, SANDULLI, SANTORO (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, II, Torino, 2010, pp. 1622 ss. A una diversa conclusione, invece, si potrebbe pervenire qualora si consideri la controversia sul rendiconto esulante dalla procedura fallimentare, come osserva PERAGO, *I pagamenti nel fallimento*, in *Il processo di fallimento*, cit., p. 807, nota 217.

Infine, neppure il procedimento di revoca del curatore può essere sottoposto alla cognizione arbitrale: in questo caso difetta l'esistenza di un diritto soggettivo da tutelare¹⁵⁵.

¹⁵⁵ Non ritengo che si possa configurare un diritto soggettivo del curatore alla permanenza dell'ufficio, come chiaramente pone in luce D'ORAZIO, *sub* art. 37, in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, cit., pp. 516 ss.; in senso contrario VASSALLI, *Il curatore*, in *Il processo di fallimento*, cit. p. 270, che lo qualifica come un diritto della personalità. Resta comunque confermata l'inarbitrabilità della controversia.

PARTE QUARTA

SINTESI E CONCLUSIONI

1. *Il sistema della compromettibilità: l'ordine pubblico arbitrale*

La definizione di un concetto positivo di arbitrabilità del diritto trova le sue fondamenta nella valorizzazione del legame inscindibile tra il mondo sostanziale e quello processuale, connubio che costituisce il substrato su cui si erge l'istituto arbitrale.

La ricostruzione storica ha evidenziato come, tradizionalmente, la nozione in esame sia stata relazionata al diritto sostanziale e non all'azione. Inoltre, in più occasioni, i legislatori del passato si sono avvalsi del concetto di ordine pubblico per delineare i confini della compromettibilità. Tuttavia, la struttura dell'istituto arbitrale, riconducibile al concetto di processo così come definito da Fazzalari, impone di verificare come l'attività di giudizio trovi attuazione al suo interno.

Essa, a differenza del processo statale, nascendo dall'autonomia privata e non dalla legge, trova un limite insuperabile nella necessità di individuare, sia pure in modo indiretto, il rapporto sostanziale su cui si andrà a incidere. Quest'ultimo, per espressa previsione di legge enucleata dall'art. 806 c.p.c. e richiamata anche nelle altre fonti disciplinanti l'istituto, deve essere disponibile.

Da qui la possibilità di qualificare l'azione arbitrale come "tipica", ovvero non generica. La tipicità non rileva in senso romanistico, ma deriva dalla disponibilità della "concreta ragione" dedotta

in giudizio. Questo specifico attributo costituisce una peculiare possibilità giuridica dell'azione arbitrale, che la distingue da quella statuale.

Se, da una parte, l'azione arbitrale può essere esperita da tutti coloro che hanno stipulato il patto compromissorio, dall'altra, può essere esercitata solo se volta alla tutela di un diritto disponibile. L'assenza di quest'ultimo rende inammissibile la domanda; per questo motivo si parla di inesistenza del lodo, che, a sua volta, è diretta conseguenza di quella della convenzione arbitrale e, quindi, della stessa azione, che si origina dall'accordo compromissorio.

La coesistenza all'interno del fenomeno arbitrato di due diversi mondi, quello sostanziale e quello processuale, impone di non qualificare la disponibilità connotante la "concreta ragione" fatta valere in giudizio in una chiave puramente negoziale, poiché, come dimostrano gli ampi studi del concetto di disponibilità, esso è mutevole, oltre che nel tempo, anche nello spazio, ovvero nel contenitore ove si trova ad operare. Si tratta di un assunto che già trova applicazione nella disciplina della confessione e del giuramento.

Per questo motivo, la dimensione della disponibilità rilevante nel mondo arbitrale ha confini più ampi rispetto a quella che connota lo spazio negoziale, poiché si basa sulla facoltà di rinuncia o di abdicazione di un diritto già esistente, tipico dei cc.dd. negozi di secondo grado, a cui l'arbitrato si avvicina solo per questa peculiarità.

Nello specifico, i contendenti, scegliendo lo strumento arbitrale, rinunciano alla giurisdizione tradizionale in favore di una diversa, che, in virtù, della scelta compiuta, assume valore preminente.

Per potere circoscrivere le ipotesi di ammissibilità dell'azione arbitrale – salvo gli espressi indici che trovano enunciazione nel dettato normativo – è necessario rifarsi al concetto di ordine pubblico, criterio accolto direttamente dall'ordinamento francese, ma che può operare anche all'interno del nostro sistema giuridico, poiché, come si desume dall'analisi storica, esso ha tradizionalmente permesso di qualificare la stessa "essenza" di disponibilità.

La peculiarità dell'ordine pubblico, così come quella della disponibilità, è di essere un concetto mutevole in virtù della funzione assoluta. A dire il vero, è proprio la diversità della funzione che consente all'ordine pubblico di qualificarsi.

Emblematico a tale proposito è il *distinguo* accolto, in campo privatistico dall'ordinamento francese, tra ordine pubblico di direzione e di protezione. Mentre il primo ha come fine quello di imporre una certa concezione di interesse generale sul piano della politica, della morale e dell'economia, attraverso l'adozione di principi non necessariamente scritti ma immanenti all'ordinamento, l'ordine pubblico di protezione, che trova esplicazione, invece, in un dettato normativo imperativo, è indirizzato a garantire l'equilibrio all'interno di un rapporto sostanziale.

Date queste premesse è inevitabile ritenere che in arbitrato non possa essere accolto un concetto di ordine pubblico di matrice prettamente sostanziale, poiché l'arbitrato non è disposizione, ma accertamento. In sostanza, mentre l'ordine pubblico sostanziale consente di delimitare i confini dell'autonomia privata, l'ordine pubblico arbitrale permette di individuare quali siano i diritti che consentono di essere oggetto di un processo privato.

Se il potere dispositivo valevole in arbitrato è quello che permette di abdicare al processo statuale per quello privato, nell'ordine pubblico arbitrale vi rientrano tutti quei diritti in cui: *a)* la posizione giuridica soggettiva del singolo non è dominata da alcun interesse generale; *b)* l'interesse generale che è alla base della posizione giuridica soggettiva non è talmente forte da impedire al suo titolare di scegliere la via del processo privato al posto di quella statuale per ottenerne l'accertamento.

Qualora si configuri quest'ultima ipotesi emerge la peculiarità dell'ordine pubblico arbitrale. Quest'ultimo è un ordine positivo¹, poiché l'interesse generale che è alla base del diritto determina – a differenza di quanto accade in quello ideale – le prescrizioni entro cui è consentito l'utile esperimento dell'azione arbitrale. Infatti, in questo caso, l'ordine pubblico sostanziale, pur influenzando la posizione giuridica soggettiva, non è in grado di escludere il ricorso a un processo privato. La sua interferenza determina che l'ambiente in cui opera l'azione sia soggetto a particolari restrizioni; da qui la definizione di un'azione arbitrale “vincolata”: la salvaguardia delineata

¹ Sulla sua definizione si rimanda al par. 1, cap. II, seconda sezione, prima parte.

a livello sostanziale si ripercuote sulle modalità di realizzazione del processo, che può essere validamente esperito solo qualora sia garantita una tutela adeguata dell'*iter* processuale.

Per raggiungere questo risultato, è indispensabile l'adozione, come avviene già in altri settori, di un "diritto processuale arbitrale", cioè una normativa informata ai principi che si adattano alle esigenze di tutela del singolo diritto.

Con ciò non si vuole asserire che vi sia la necessità di delineare un modello *ad hoc* per ogni posizione giuridica soggettiva che entra in gioco, bensì, come ha dimostrato la ricostruzione prospettata, è imprescindibile vagliare come le regole generali possano plasmarsi alle esigenze di tutela imposta dal diritto sostanziale.

In difetto di osservanza, il lodo è invalido e non inesistente, come, invece, si verifica quando l'azione arbitrale è inammissibile.

2. *Le ipotesi di azione arbitrale "libera"*

All'interno di questa categoria è possibile includere tutte quelle fattispecie in relazione alle quali già l'ordinamento ammette il dispiegarsi dell'autonomia privata. Infatti, sarebbe contraddittorio consentire alle parti di regolare autonomamente i propri rapporti sostanziali ed escludere, invece, la loro facoltà di accedere a un diverso strumento processuale per regolare i contrasti nascenti dai diritti liberamente disciplinati.

L'azione arbitrale "libera" è stata individuata nelle seguenti fattispecie:

- a) nelle controversie collettive di lavoro;
- b) nelle azioni di responsabilità e di revoca degli amministratori;
- c) in materia di proprietà industriale: c1) nelle liti relative al diritto al marchio e al brevetto, come per esempio, quelle concernenti la loro contraffazione e la loro violazione, le controversie relative ai contratti di cessione e di licenza; c2) nelle controversie in materia di diritti di privativa non titolati; c3) nelle liti relative alla divulgazione illecita dei segreti aziendali; c4) nelle dispute concernenti le indicazioni geografiche e denominazione d'origine; c5) nelle liti in materia di *domain names* e di diritto d'autore.

3. I casi di azione arbitrale “vincolata in senso stretto”

Questa fattispecie si configura in tutti i casi in cui l'interesse generale che è alla base della posizione giuridica soggettiva non è talmente forte da impedire al suo titolare di scegliere la via del processo privato al posto di quella statuale.

Oggetto di questa categoria sono i diritti, tradizionalmente ricondotti all'interno dell'ordine pubblico sostanziale di protezione. Si tratta di posizioni giuridiche soggettive caratterizzate da una disciplina imperativa, indirizzata alla tutela della parte debole del sinallagma contrattuale. L'ordine pubblico di protezione sottrae ai privati il diritto-potere di dettare delle regole autonome con riferimento a specifici aspetti del rapporto, riservando a sé la facoltà di delineare una parte della disciplina, *id est* di predeterminare le regole per la composizione degli interessi in gioco. Tale assetto è inderogabile per i contraenti, ma non indisponibile. L'inderogabilità della normativa, come non esclude il potere negoziale dei contendenti, così non impedisce l'esplicarsi dell'azione arbitrale.

Se nel mondo sostanziale l'inderogabilità vincola l'esercizio del potere negoziale delle parti e lo subordina al rispetto di determinate prescrizioni, nella sfera arbitrale essa, pur non escludendo il ricorso al giudizio privato, impone l'adozione di un processo in grado di garantire l'equilibrio processuale dei contendenti.

Nello specifico l'operare dell'azione arbitrale “vincolata in senso stretto” è stato individuato nelle seguenti fattispecie²:

a) in materia familiare: a1) nelle controversie tra coniugi, sia con riguardo allo scioglimento del vincolo³ che con riferimento agli aspetti patrimoniali; a2) nelle liti concernenti le unioni civili e la famiglia di fatto;

b) nelle dispute in materia di consumo⁴;

c) in materia di lavoro: c1) nelle controversie patrimoniali di lavoro, ivi incluse le liti relative al diritto alla retribuzione; c2) nelle liti di lavoro in materia sportiva.

² Salvo le eccezioni che verranno ricordate nel paragrafo 6.

³ Sono però escluse le ipotesi enunciate nel paragrafo 6.

⁴ Ivi inclusa la *class arbitration*, sebbene con i limiti connessi alla fase preventiva di ammissibilità.

I diritti rientranti in queste tre sfere si connotano per una normativa improntata alla protezione della parte debole, che, a seconda delle ipotesi, si identifica nel coniuge economicamente dipendente dall'altro, nel lavoratore e nel consumatore. La disciplina sostanziale non esclude l'operare dell'autonomia privata, ma la vincola al rispetto di specifici canoni.

a) Oggigiorno le controversie in ambito familiare sono connotate da ampi spazi riservati all'autonomia privata dei coniugi. In verità già da tempo, la giurisprudenza, valorizzando il dettato normativo, rileva come la famiglia tenda a porsi in funzione delle persone che ne fanno parte, tanto da riconoscere l'incoercibilità del vincolo coniugale e il diritto di ciascun coniuge alla separazione e ad acquisire poi, con il divorzio, la libertà di stato. Infatti, la disciplina della separazione-divorzio consente a ciascuno dei coniugi, unilateralmente e anche contro la volontà dell'altro, di porre fine al consorzio matrimoniale, senza che a tale proposito rilevino le responsabilità personali.

Questa libertà trova attuale conferma nella disciplina della negoziazione assistita e in quella relativa all'accordo stipulato innanzi all'ufficiale dello stato civile: dal suo esame emerge un ampio riconoscimento dell'autonomia privata dei coniugi, benché nel rispetto di determinati canoni.

Ne segue che se le parti possono addivenire allo scioglimento pattizio del rapporto coniugale e al regolamento degli aspetti patrimoniali che dalla dissoluzione del vincolo sorgono, esse possono anche decidere di raggiungere un accordo in merito al tipo di processo da utilizzare per l'accertamento dei propri diritti. I vincoli imposti all'autonomia negoziale dei contendenti nel mondo sostanziale, come per esempio il controllo demandato al pubblico ministero in merito alla correttezza degli accordi conclusi dai coniugi, si traducono nella adozione di una disciplina processuale differenziata nel mondo arbitrale.

Tale ricostruzione trova anche applicazione con riguardo alle liti relative all'unione civile e alla famiglia di fatto.

b) Lo stesso ragionamento vale per le liti in materia di lavoro, ove, peraltro, l'ammissibilità del giudizio arbitrale trova diretta conferma nell'art. 806 c.p.c. Esso già disciplina gli elementi costitutivi del "diritto processuale arbitrale": infatti, la cognizione dei giudici

privati può essere ammessa solo in forza di una previsione della contrattazione collettiva o della legge.

In altri termini, le restrizioni che connotano la disciplina sostanziale e che trovano chiara enunciazione nell'art. 2113 c.c., si traducono, in campo arbitrale, in limitazioni alla libertà di scelta a favore del processo privato.

c) Simili osservazioni possono anche essere svolte con riguardo alle controversie consumeristiche. In questo settore, il *deficit* cognitivo del consumatore ha da sempre portato gli interpreti a confondere il problema dell'arbitrabilità del diritto con quello della valida formazione del consenso alla giustizia privata. In verità, la stessa disciplina sostanziale enucleata dal Codice del consumo e finalizzata a regolare diritti di natura prettamente negoziale è connotata dall'esigenza di garantire che le scelte del consumatore siano libere da condizionamenti.

Ne segue che il valido ricorso agli arbitri è subordinato alla corretta manifestazione della volontà compromissoria.

4. *Segue: ...e di azione arbitrale "vincolata in senso lato"*

Come si è già precisato, non è possibile individuare un'identità tra l'ordine pubblico ideale, da cui trae origine la distinzione tra ordine pubblico di protezione e di direzione, e quello arbitrale, poiché l'arbitrato non si pone come fine la disposizione del diritto, bensì di garantire l'accertamento della posizione giuridica soggettiva in contesa. Dunque, è erroneo escludere dall'ordine pubblico arbitrale dei diritti in virtù di una visione prettamente negoziale della nozione di disponibilità.

A prescindere dai soggetti che hanno stipulato la convenzione arbitrale e che, quindi, sono parti legittimate a fare ricorso alla giustizia privata, l'accertamento che si origina dal lodo ha una capacità espansiva autonoma, fondata su meccanismi di collegamento fra diritti sostanziali.

Ne segue che l'ordine pubblico arbitrale si estende anche ai cc.dd. diritti superindividuali, ogniqualvolta l'accertamento compiuto dai compromittenti non vada a danno dei soggetti che non

hanno abbracciato la scelta per il processo privato. In questo modo, l'interesse generale non è così forte da impedire che il titolare della posizione giuridica soggettiva, dedotta in giudizio, scelga il processo privato al posto di quello statale. Si tratta di un assunto confermato anche dalla giurisprudenza in materia *antitrust* e dal legislatore interno mediante la riconosciuta ammissibilità dell'arbitrato in materia di contratti pubblici.

Rientrano in questa categoria:

a) in materia societaria: a1) le impugnative delle delibere assembleari, ivi incluse quelle relative al bilancio; a2) le liti relative all'esclusione e al recesso del socio; a3) le controversie in materia di nullità e scioglimento della società;

b) in materia di proprietà industriale: le azioni di nullità o di decadenza dei titoli di privativa.

Le impugnative delle delibere assembleari e le azioni di nullità dei titoli di privativa industriale acquistano una valenza peculiare tra le ipotesi sopra enunciate. Pur trattandosi di diritti connotati da profili specifici, è possibile individuare, come è stato rilevato⁵, un elemento che li accomuna: mentre nelle impugnative delle delibere assembleari è il fenomeno del gruppo a condizionare l'efficacia del suo annullamento, nelle azioni di nullità dei titoli di privativa è la natura del titolo strettamente «connesso alla sua "ufficializzazione" tramite l'atto amministrativo» che influenza i confini dell'accertamento.

In entrambi i casi è possibile delineare chi siano i terzi che concretamente subiscono gli effetti del provvedimento decisivo: nell'ipotesi delle impugnative delle delibere assembleari la protezione dettata dalle norme sostanziali è volta a salvaguardare coloro, che, in buona fede, abbiano acquistato diritti in base agli atti compiuti in esecuzione della deliberazione, mentre, in materia di azione di nullità dei titoli di privativa industriale, i soggetti da tutelare sono «tutti coloro che risultano annotati nel registro quali aventi diritto in quanto titolari» della privativa (art. 122, comma 4°, c.p.i.).

L'esigenza di protezione che caratterizza, dunque, queste fattispecie è concretamente rivolta nei confronti di soggetti predetermi-

⁵ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Pregiudizialità e rinvio. (Contributo allo studio dei limiti soggettivi dell'accertamento)*, Bologna, 2011, pp. 99 ss. e p. 298.

nati: per questa ragione, benché l'ordine pubblico non impedisca il dispiegarsi dell'accertamento privato, esso impone la salvaguardia delle posizioni giuridiche soggettive di quei terzi, che, non vincolati *ab origine* alla scelta compromissoria, possono subire effetti dall'accertamento privato.

5. *Il "diritto processuale arbitrale"*

L'esigenza di protezione imposta dal diritto sostanziale si ripercuote nell'ambiente operativo dell'azione arbitrale. In altri termini, come già detto, essa impone l'adozione di uno specifico "diritto processuale arbitrale", che si connota, in estrema sintesi⁶, per la realizzazione di alcuni indici:

1. la piena consapevolezza in capo ai litiganti della scelta arbitrale (criterio che assume connotati diversi a seconda che l'azione arbitrale sia vincolata "in senso stretto" o "in senso lato");
2. l'imparzialità e la professionalità degli arbitri;
3. il rispetto del principio del contraddittorio che si esplica nella preventiva conoscenza di regole procedurali certe, anche con riguardo alla disciplina dei costi della procedura, conoscibili anche dal terzo che voglia entrare nel giudizio privato;
4. la garanzia del rispetto della legge sostanziale.

Questi criteri assumono un valore e una connotazione differente a seconda della posizione giuridica soggettiva che costituisce l'oggetto del processo.

Se, come si è detto, l'azione arbitrale è posta al servizio del diritto sostanziale, è inevitabile concludere che l'ambiente entro cui essa deve operare risenta delle esigenze di salvaguardia proprie della singola posizione giuridica litigiosa.

Nonostante ciò, pur nella diversità dei diritti da tutelare, appare costante un dato.

⁶ Nella parte generale gli indici del "diritto processuale arbitrale" delle due azioni erano stati tenuti divisi, benché, come ha dimostrato la disamina delle singole fattispecie, tendano a sovrapporsi con le dovute peculiarità che di seguito si indicheranno.

Il fittizio limite alla compromettibilità del diritto rientrante nelle ipotesi di azione arbitrale vincolata deriva dalla necessità di garantire che l'adesione al processo privato sia il frutto di una scelta consapevole.

Mentre nelle liti di famiglia, di consumo e del lavoro – naturalmente nelle fattispecie in cui si è ritenuta ammissibile l'azione arbitrale vincolata – la salvaguardia della genuinità dell'opzione arbitrale è volta alla protezione della parte considerata debole del sinallagma negoziale, nelle impugnative delle delibere assembleari e nelle azioni di nullità e decadenza dei brevetti e marchi, essa è finalizzata, in speciale modo, alla tutela del diritto di quei soggetti che subiscono effetti diretti nella loro sfera giuridica dalla scelta compromissoria compiuta da altri. Questi ultimi sono la parte debole a cui deve essere garantita la protezione.

Nelle prime tre fattispecie analizzate (*rectius*: famiglia, consumo e lavoro) la modalità di scelta dello strumento arbitrale permette di verificare se la volontà dei litiganti sia genuina. Infatti, il timore che la parte debole del rapporto giuridico non sia veramente informata di cosa voglia dire scegliere lo strumento arbitrale al posto del giudizio tradizionale è superato nel momento in cui l'adesione al processo privato venga compiuta nell'immediatezza della lite. Attualmente solo il meccanismo del compromesso consente il raggiungimento di questo risultato e il suo utilizzo permette di valutare sotto una diversa luce gli ulteriori elementi del "diritto processuale arbitrale". Ciò deriva dal fatto che la preoccupazione di cui si fanno portavoce le norme sostanziali è quella di assicurare la libertà della scelta per il processo privato: una volta garantito questo requisito, l'autonomia privata non incontra più ostacoli.

Al contempo, però, la consapevolezza della scelta non esclude, come, in verità, si verifica già in materia lavoristica, che siano introdotte ulteriori guarentigie. Tuttavia, queste ultime non sono indispensabili per raggiungere un valido accertamento del diritto.

Diversamente, qualora la scelta arbitrale avvenga attraverso l'ausilio della clausola compromissoria non trova adeguata realizzazione la necessità di salvaguardia insita nelle norme sostanziali, tanto che diviene imprescindibile, per eliminare ogni diffidenza nei confronti del processo privato, che i compromittenti possano verifi-

care, prima del sorgere della lite, che l'arbitrato sia in grado di dare a loro «tutto quello e proprio quello che *hanno* diritto di conseguire»⁷.

Questa verifica può trovare adeguati risultati mediante il ricorso ad un arbitrato amministrato.

Una simile esigenza emerge anche nelle liti vertenti su diritti ultraindividuali, ove la cognizione dei giudici privati deve garantire a colui che non partecipa alla scelta arbitrale originaria, ma che subisce i suoi effetti, oltre alla facoltà di impugnare il lodo emesso in suo pregiudizio, la possibilità di intervenire in un processo scelto da altri, già sapendo che esso sia idoneo a consentirgli il raggiungimento di «tutto quello e proprio quello che egli ha diritto di conseguire». In tale caso la piena consapevolezza, elemento integrante l'indice 1) del c.d. «diritto processuale arbitrale», deve trovare attuazione, oltre che in capo ai litiganti originari, soprattutto con riguardo al terzo interveniente. Tale fine può essere garantito solo mediante la piena realizzazione dell'indice 4), cioè la preventiva conoscenza delle regole del processo privato.

In sostanza, mentre nell'azione arbitrale «vincolata in senso stretto» la tutela della genuinità dell'opzione arbitrale è subordinata alla modalità di manifestazione della volontà compromissoria, nell'azione arbitrale «vincolata in senso lato» non è importante la modalità di opzione a favore della cognizione degli arbitri (l'intervento del terzo si ha sempre a lite insorta), piuttosto è imprescindibile che nel momento in cui il terzo compia la scelta arbitrale siano chiare tutte le regole del gioco. Solo in questo modo è possibile garantire una sua scelta ponderata e, quindi, eliminare il fittizio limite che esclude la cognizione degli arbitri.

In assenza di una disciplina specifica, come avviene nel contesto societario, valido ausilio anche in questo caso può derivare dall'arbitrato amministrato. Infatti, l'adesione a un arbitrato gestito da un ente amministratore garantisce ai terzi, mediante la consultazione del regolamento in vigore, di conoscere le regole del processo prima di entrare a farne parte. Al contempo l'attività svolta dall'ente amministratore, come meglio dirò nel proseguo, è garanzia di correttezza ed efficienza del processo arbitrale.

⁷ CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale*, I, Napoli, 1933, p. 42.

Peraltro, l'arbitrato amministrato costituisce anche un valido strumento per sopperire ad alcune lacune insite nella disciplina di diritto comune, come per esempio il problema dei costi del giudizio privato.

Infatti, come dimostra l'analisi del contenzioso consumeristico, l'arbitrato amministrato può costituire un valido meccanismo⁸ per il contenimento dei costi, poiché, oltre a ridurli⁹, può renderli prevedibili, nonché offrire meccanismi in grado di semplificare il processo nel reale rispetto del diritto di difesa dei litiganti.

6. *L'inammissibilità dell'azione arbitrale*

L'inammissibilità dell'azione arbitrale è stata riconosciuta nelle seguenti ipotesi:

- a) l'oggetto del processo non è una situazione giuridica soggettiva da tutelare;
- b) manca una controversia;
- c) l'interesse che è alla base del diritto è così forte da impedire al suo titolare di scegliere la giustizia arbitrale al posto di quella statale;
- d) vi è un divieto di legge.

Mentre le fattispecie a), b) e d) trovano espressa enunciazione nel testo legislativo, la c) è stata delineata tramite il concetto di arbitrabilità accolto.

Qualora, malgrado si configuri una delle ipotesi sopra enunciate, si pervenga all'emanazione del lodo, esso è inesistente, poiché incapace di realizzare alcuna tutela giuridica.

a e b) Benché le norme generali dedicate alla convenzione arbitrale non prendano una precisa posizione sul punto, il richiamo

⁸ PUNZI, *Brevi note in tema di arbitrato amministrato*, in *Riv. trim. e dir. proc. civ.*, 2009, p. 1337, ove attribuisce all'arbitrato amministrato anche la funzione di «moralizzazione della materia delle spese e dei compensi degli arbitri». Egli ritiene che l'esplicazione di questo compito consenta all'arbitrato amministrato di essere preferito rispetto a quello *ad hoc*.

⁹ Come si è posto in luce analizzando il Regolamento della Camera arbitrale di Milano. Si rimanda al cap. II, parte seconda.

contenuto nell'art. 806 c.p.c. e fatto proprio anche dall'art. 34 d.lgs. n. 5 del 2003 e dall'art. 1 d.l. n. 132 del 2014, porta ad escludere che posizioni giuridiche diverse dai diritti (o interessi legittimi) possano essere oggetto di giudizio arbitrale. Questa esegesi trova anche conforto nel concetto di azione arbitrale accolto.

Spesso accade che l'assenza di un diritto da tutelare coincida con la mancanza di una vera controversia, come si verifica nel caso della volontaria giurisdizione. In questo ambito difetta l'esistenza di un diritto spettante a un soggetto giuridico contro un altro, poiché la giurisdizione volontaria, a differenza di quella vera e propria, manca della sussistenza di vere e proprie parti contrapposte, e quindi anche della presenza di una lite.

Rientrano in queste ipotesi i giudizi, oltre a quelli in materia di volontaria giurisdizione:

- 1) sullo stato di adottabilità;
- 2) in materia di interdizione e inabilitazione;
- 3) in materia di querela di falso e di verifica della scrittura privata;
- 4) relativi alla nomina dei liquidatori e alla revoca del curatore fallimentare;
- 5) aventi ad oggetto cc.dd. situazioni processuali, come per esempio, i procedimenti di opposizione agli atti esecutivi e le controversie in sede di distribuzione del ricavato *ex art. 512 c.p.c.*;
- 6) aventi ad oggetto mere questioni;
- 7) relativi all'illecito penale;
- 8) concernenti il riconoscimento della quota di pensione di reversibilità previsto dall'art. 9, l. 898 del 1970;
- 9) *ex art. 2409 c.c.*, *ex art. 2436*, comma 4° c.c. ed *ex art. 2446*, comma 2°, c.c.

c) È stato, invece, individuato un interesse generale così forte da impedire la scelta per il processo privato in tutti quei casi in cui, in sostanza, vi sono posizioni giuridiche soggettive che non sono “create” dal diritto oggettivo, bensì, sono “trovate”¹⁰ dal diritto oggettivo. Si

¹⁰ F. GALGANO, *I diritti della personalità*, in *Le categorie generali. Le persone. La proprietà*, in *Diritto civile e commerciale*, I, Padova, 2004, p. 161.

tratta di diritti in cui viene in gioco l'essenza stessa dell'uomo, la sua struttura originaria e intersoggettiva, tanto che l'ordinamento non può tollerare che essi non si realizzino senza con ciò rinnegare sé stesso.

Si è ritenuto includere in questa categoria:

1) i diritti della personalità, al cui interno sono state ricondotte anche le controversie sull'uso indebito del nome altrui come nome a dominio e il diritto morale d'autore;

2) le controversie sullo stato delle persone, ivi comprese le liti sulla paternità, quelle attinenti alla capacità delle persone e in materia di stato civile¹¹;

3) lo scioglimento del vincolo matrimoniale per cause penali ed alcune ipotesi di pronuncia di nullità di matrimonio;

4) la domanda di addebito nella separazione giudiziale;

5) il diritto alla salute del lavoratore e le controversie relative alla non discriminazione;

6) le liti concernenti i diritti della prole¹²;

7) ed anche, per ragioni diverse da quelle in precedenza enunciate, la dichiarazione di fallimento (*rectius*: liquidazione giudiziale).

d) L'ultimo gruppo di inammissibilità dell'azione arbitrale è stato rinvenuto nel divieto di legge. Esso può essere esplicito, come attesta lo stesso art. 806, comma 1°, c.p.c. oppure implicito, derivante dalla natura attribuita all'azione arbitrale.

Rientrano nei divieti espliciti:

1) le controversie in materia di assistenza e previdenza obbligatoria;

2) le liti aventi ad oggetto le opere pubbliche «inerenti programmi di ricostruzioni di territori colpiti da calamità naturali» (art. 1, comma 2°-*quater* del d.l. 15/2003, convertito in legge 62/2003);

3) le controversie in tema di erogazione agraria, nei soli casi in cui è prevista anche la presenza del Ministero dell'Agricoltura (art. 16, comma 5°, d.m. 3 marzo 2006);

¹¹ Ad esclusione delle ipotesi inserite nell'azione arbitrale "vincolata in senso stretto".

¹² Salvo il caso dei diritti dei figli maggiorenni non autosufficienti. In relazione alle loro posizioni giuridiche soggettive è stato rinvenuto un divieto implicito di legge.

4) le liti societarie connotate dalla presenza del pubblico ministero, benché, come si è dimostrato, solo quella enucleata dall'art. 2487, ultimo comma, c.c. rientra a pieno titolo in questa categoria¹⁵.

È possibile, invece, parlare di divieti impliciti con riguardo:

1) alle proibizioni derivanti dall'inadeguatezza della disciplina processuale, come per esempio si verifica: *a)* qualora si voglia utilizzare il processo privato per richiedere un decreto ingiuntivo oppure per ottenere un'ordinanza di convalida di licenza o sfratto; *b)* nei giudizi di opposizione alla registrazione dei brevetti da svolgere innanzi alla Commissione dei ricorsi e le liti relative alle opposizioni esperibili in materia di marchi innanzi all'Ufficio italiano brevetti e marchi; *c)* nel caso dei processi a contenuto impugnatorio.

Tuttavia, si è precisato che, potendo qualificare l'arbitrato un *ens medium* tra contratto e processo, non è possibile escludere il giudizio di arbitri per il semplice fatto che non sia possibile trasportare gli strumenti giurisdizionali all'interno del mondo arbitrale. L'esclusione dell'azione arbitrale, in presenza di un diritto comprometibile, può derivare solo dall'accertata impossibilità dell'attuazione della forma di tutela predisposta dal processo speciale all'interno di quello arbitrale. Inoltre, questa verifica deve essere condizionata solo dal tipo di attività decisoria demandata e non dalla forma del provvedimento previsto dalla legge.

2) ai casi in cui l'arbitrato è impedito dall'impossibilità di conseguire l'effetto imposto dall'ordinamento, come si verifica: *a)* nel processo esecutivo e *b)* in quello fallimentare (*rectius* della crisi d'impresa e dell'insolvenza).

In entrambe le ipotesi menzionate si esula dell'attività accertativa del diritto: mentre il processo esecutivo è volto all'attuazione pratica e materiale della regola di diritto, attraverso l'impiego «effettivo o potenziale della forza, da parte dell'ordinamento», il processo fallimentare, è finalizzato ad assicurare ai creditori concorrenti la *par condicio creditorum*. Questo fine impone l'esigenza di avocare davanti a un unico organo tutte le azioni dirette a fare valere i dirit-

¹⁵ Nelle altre ipotesi (artt. 2409 c.c., 2436, comma 4°, 2446, comma 2°, c.c.) in cui è contemplato l'intervento del pubblico ministero l'arbitrato è comunque vietato per l'assenza di una controversia o di un diritto.

ti di credito sul patrimonio del debitore insolvente. Solo in questo modo è possibile la verifica contestuale, nel contraddittorio di tutti gli interessati, delle pretese sostanziali riferibili al soggetto fallito.

Ne segue che l'azione arbitrale è inammissibile con riguardo *b1)* all'accertamento del passivo; *b2)* ai procedimenti di controllo della legalità degli atti degli organi amministrativi (curatore e comitato), *ex art.* 36 l. fall.; *b3)* al giudizio volto alla dichiarazione della nullità degli atti della procedura e *b4)* al procedimento di opposizione al rendiconto.

7. Osservazioni conclusive: i vincoli e la libertà del giudizio arbitrale¹⁴

La delineazione di un'azione arbitrale "vincolata" fa scaturire un inevitabile interrogativo.

Una volta risolto il problema della compromettibilità del diritto, qualora sorga un'esigenza di protezione, è sempre necessario il ricorso ad arbitrati da legge o amministrati? Le suddette restrizioni come si conciliano con la libertà delle parti?

Questa diatriba si manifesta anche nella recente normativa in materia di contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), che, oltre a introdurre un arbitrato amministrato dalla Camera arbitrale per i contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture «istituita» presso l'Autorità Nazionale Anticorruzione, delinea una serie di rigide regole processuali per quanto riguarda le modalità attuative della scelta per lo strumento arbitrale, la nomina degli arbitri, il procedimento arbitrale, il lodo e la sua impugnazione¹⁵.

¹⁴ Come già ricordava una dottrina, CARPI, *Libertà e vincoli nella recente evoluzione dell'arbitrato*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, II, Torino, 2008, pp. 393 ss.

¹⁵ *Ex multis*, LOMBARDINI, *L'arbitrato nel nuovo «codice dei contratti pubblici» (d.l.s. n. 50 del 2016)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2017, pp. 283 ss. e pp. 713 ss.; *Id.*, *Il nuovo arbitrato nei contratti pubblici, obbligatoriamente amministrato dalla Camera arbitrale: rivoluzione copernicana o restaurazione?*, in *Riv. arb.*, 2016, pp. 715 ss.; ODORISIO, *L'arbitrato nel nuovo codice dei contratti pubblici (artt. 209 e 2010 D.lgs. 28 aprile 2016, n. 50)*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 1607; *Id.*, *Il nuovo Regolamento sulla organizzazione e sul funzionamento della Camera arbitrale dei*

Nonostante la consapevolezza che determinati diritti necessitano di una tutela differenziata, non ritengo, alla luce dei risultati della ricerca compiuta, che la moltiplicazione dei modelli (*rectius* un distinto “diritto processuale arbitrale” applicabile a seconda del diritto che entra in gioco) sia utile alla disciplina arbitrale¹⁶. Una simile conclusione contrasta con la libertà che domina la giustizia privata e che costituisce una delle sue maggiori attrattive.

Credo che le esigenze di protezione, di cui le norme sostanziali sono portavoce e che il processo privato deve obbligatoriamente realizzare, possano trovare soddisfazione in pochi interventi legislativi: il compito del legislatore, infatti, non è quello di dettare più normative di un unico istituto, bensì quello di disegnarlo rendendolo in grado di rispondere alle esigenze di coloro che vi fanno ricorso¹⁷.

L'introduzione di una disciplina completa dell'aiuto giudiziario in caso di *impasse* dell'organo arbitrale¹⁸ e una regolamentazione dei costi dell'arbitrato, contrassegnata da un *favor* verso la scelta della giustizia alternativa, costituiscono le vere sfide che il legislatore deve avere il coraggio di affrontare. Si tratta di interventi che possono potenziare lo strumento arbitrale, rendendolo appetibile per tutti i contendenti.

Se l'introduzione di arbitrati da legge commisurati al diritto litigioso deve essere accuratamente ponderata, come le lacune e distorsioni dell'arbitrato di lavoro dimostrano, il ricorso all'arbitrato amministrato deve essere considerato un valido ausilio, come già evidenzia il legislatore comunitario¹⁹.

contratti pubblici, in *Riv. arb.*, 2015, pp. 597 ss.; TIZI, *La costituzione del Tribunale arbitrale nel recente Codice degli appalti pubblici*, in *Riv. arb.*, 2016, pp. 375 ss.

¹⁶ Così già CARPI, *Libertà e vincoli*, cit., p. 396.

¹⁷ Peraltro l'arbitrato è dotato di un elemento peculiare rispetto alla giustizia ordinaria, ovvero la flessibilità, che non vuole dire assenza di forme, ma loro adattabilità al caso concreto, come osservano CARPI, *Note su arbitrato, processo e prova*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, p. 1151; BRIGUGLIO, *Riflessioni sulla prova nell'arbitrato, fra individuazione delle regole applicabili e flessibilità arbitrale (con una esercitazione conclusiva sulla «non contestazione»)*, in *Riv. arb.*, 2013, pp. 859 ss.

¹⁸ Come, più volte, ha evidenziato CARPI, *L'arbitrato rituale fra autonomia e aiuto giudiziario*, in *Contratto e imp.*, 1990, p. 903; ID., *Note su arbitrato, processo e prova*, cit., pp. 1148 ss. e ancora prima, ALLORIO, *Per una riforma dell'arbitrato*, in *Problemi di diritto*, II, Milano, 1957, pp. 559 ss.

¹⁹ Si rimanda alle osservazioni contenute nel cap. II, parte seconda.

Se è pur vero che anche nel caso dell'arbitrato gestito da enti amministratori si pone la necessità di delineare i rapporti tra la volontà delle parti e le regole dettate dalla istituzione²⁰ che presiede al processo arbitrale, la sua utilizzazione non si traduce in una limitazione della libertà dei contendenti. Il ricorso all'arbitrato amministrato, a mio avviso, costituisce, in alcuni casi, l'unico modo per garantire l'effettiva autodeterminazione di tutti coloro che sono coinvolti nel giudizio privato.

La situazione di squilibrio che circonda determinati rapporti giuridici, perché connotati dalla presenza di una parte debole o comunque idonei a incidere su diritti di soggetti che non hanno aderito *ab origine* alla scelta arbitrale, si può, di fatto, tradurre in una limitazione della libertà.

Questo pericolo può essere evitato mediante il ricorso all'arbitrato amministrato, che, contrariamente alle apparenze, lascia ai litiganti spazi per l'esplicazione della loro volontà.

Si tratta di un assunto confermato, per esempio, dal regolamento della Camera arbitrale di Milano che all'art. 2 stabilisce che «il procedimento arbitrale è retto dal regolamento, dalle regole fissate dalle parti sino alla costituzione del Tribunale Arbitrale in quanto compatibili con il regolamento medesimo, o, in difetto, dalle regole fissate dal Tribunale Arbitrale». E esso, oltre a sancire un'equiparazione tra le fonti regolamentari e quelle pattizie, benché nel rispetto delle prime²¹, prevede la possibilità per la volontà privata di intervenire sulle regole del gioco sino alla «costituzione del Tribunale arbitrale».

In modo simile si esprime anche il regolamento di arbitrato A.I.A. (Associazione Italiana Arbitrato), che all'art. 21 stabilisce che «il Tribunale Arbitrale regola lo svolgimento del procedimento tenendo conto delle richieste delle parti e dei loro eventuali accordi trasmessi alla Segreteria e comunicati dalla stessa al Tribunale Arbitrale [...]».

²⁰ Sul punto E.F. RICCI, *Note sull'arbitrato «amministrato»*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, pp. 1 ss., benché le sue osservazioni siano precedenti alla riforma del 2006.

²¹ Sulla gerarchia delle fonti, LA CHINA, *L'arbitrato: tutto tranquillo dopo la riforma?*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, pp. 507 ss.

Le parti, invece, non possono interferire, come osserva la dottrina²², nelle funzioni che ogni istituzione riserva a sé, cioè quelle di vigilanza e di controllo in ordine a ogni momento e atto dell'*iter* arbitrale. L'adempimento di questi compiti costituisce garanzia di correttezza e di efficienza del processo arbitrale e consente il vero dispiegarsi della libertà dei contendenti²³.

È stato condivisibilmente detto²⁴ che l'arbitrato amministrato è «la forma più evoluta, adeguata al nostro tempo e capace di rispondere all'attesa di soluzioni delle controversie rapide ed efficienti, e di garantire e soddisfare la domanda di tutti, soggetti pubblici e privati. Arbitrato amministrato, dunque, come "servizio", ma anche come "ufficio" socialmente elevato, strumento di giustizia a vantaggio della collettività e segno di progresso e di civiltà».

Infatti, come dimostrano recenti studi²⁵, la scelta dei propri giudicanti e il controllo *super partes* che l'ente amministratore garantisce su di essi e sul dispiegarsi di tutto il processo privato consente alle parti di nutrire maggiore fiducia nel *decisum* arbitrale, scoraggiandole dal disattenderlo.

²² COLESANTI, *Volontà delle parti e regolamenti arbitrali (con particolare riguardo a quello della camera arbitrale di Milano)*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 255, che osserva che si tratta di compiti realizzati nell'interesse delle parti che vi fanno ricorso ma anche dell'Istituzione medesima, che al «migliore svolgimento ed esito dell'arbitrato da essa amministrato affida la propria credibilità, immagine e reputazione».

²³ E.F. RICCI, *Note sull'arbitrato «amministrato»*, cit., p. 20, che afferma: «L'arbitrato amministrato segna invece il momento, nel quale la giustizia privata si dà un'apposita organizzazione sino a proporsi come qualche cosa di istituzionale; e, se si riflette che tutto questo si fonda sul consenso delle parti, evidente è il suo significato come attuazione di un fondamentale principio di libertà».

²⁴ PUNZI, *Brevi note in tema di arbitrato amministrato*, cit., pp. 1337-1338.

²⁵ Sulle potenzialità dell'arbitrato amministrato appare interessante uno studio condotto sull'impugnazione del lodo arbitrale, da dove emerge un'evidente discrasia tra le impugnazioni di lodi derivanti da un procedimento arbitrale *ad hoc* rispetto a quelle scaturite da un arbitrato amministrato. Nel campione studiato risulta che solo 8 delle 99 impugnazioni esaminate riguardano lodi provenienti da arbitrati amministrati (BARISON, *Un'indagine statistica sull'impugnazione del lodo arbitrale nazionale*, in *Riv. arb.*, 2015, p. 405).

SOMMARIO

PARTE PRIMA L'INQUADRAMENTO TEORICO

CAPITOLO I L'AZIONE ARBITRALE

1. Scopo e confini dell'indagine	9
2. L'arbitrabilità dei diritti: il diritto classico, il diritto postclassico e il diritto intermedio	10
3. Dai codici preunitari ai giorni nostri	16
4. Le ricostruzioni dottrinali – interne – del concetto di arbitrabilità	22
5. La necessità di delineare un concetto di arbitrabilità in grado di spiegare la natura del fenomeno arbitrale	27
6. L'azione arbitrale, come azione “tipica”. L'arbitrabilità quale possibilità giuridica dell'azione arbitrale (in nota l'inquadramento teorico del concetto di disponibilità)	35
7. La mia opinione: negazione del concetto di disponibilità proprio dell'autonomia negoziale e accoglimento della nozione fatta propria dal giuramento e dalla confessione	51
8. Precisazioni alla tesi enunciata	60
a) L'impossibilità di identificare il concetto di disponibilità accolto in ambito arbitrale con la nozione abbracciata in materia di conciliazione e di mediazione	61
b) Il valore preminente della scelta arbitrale	65
9. Azione arbitrale e diritto soggettivo: effetti del nesso di dipendenza	70
10. Tutela arbitrale e pubblico ministero e considerazioni <i>de iure condendo</i>	76
11. Sintesi e transizione	82

CAPITOLO II
L'AZIONE ARBITRALE E L'ORDINE PUBBLICO

SEZIONE I
IL CONCETTO DI ORDINE PUBBLICO

1. Premessa: alcuni rilievi generali sul concetto e sulla funzione dell'ordine pubblico	85
2. L'ordine pubblico ideale nel diritto privato: breve ricostruzione storica	91
3. L'influenza del diritto europeo nella delimitazione del concetto di ordine pubblico ideale	95
4. La nozione di ordine pubblico interno oggi accolta nel codice civile e la sua distinzione rispetto a quella di norma imperativa (in nota il concetto di buon costume)	97
5. L'ordine pubblico nell'ordinamento francese. L'ordine pubblico politico e morale e l'ordine pubblico economico e sociale	103
6. L'odierna dicotomia tra l'ordine pubblico di direzione e l'ordine pubblico di protezione	106
7. Sintesi	107

SEZIONE II
I CONFINI DELL'AZIONE ARBITRALE: L'ORDINE PUBBLICO ARBITRALE

1. Dall'ordine pubblico di direzione e di protezione all'ordine pubblico arbitrale: i confini di ammissibilità della azione arbitrale	109
2. I diritti che sono alla base dell'azione arbitrale "vincolata in senso stretto"	117
3. <i>Segue</i> : l'azione arbitrale "vincolata in senso lato"	123
4. Il difficile connubio tra giudizio secondo equità e azione arbitrale "vincolata"	133
5. Fuori dai confini dell'ordine pubblico arbitrale: l'inammissibilità dell'azione arbitrale	138
6. L'ordine pubblico arbitrale e l'arbitrato irrituale: brevi note per una riflessione	146
7. Sintesi e transizione	152

PARTE SECONDA
L'AZIONE ARBITRALE VINCOLATA

CAPITOLO I
ARBITRATO E DIRITTO DI FAMIGLIA

1. Piano dell'indagine (in nota le controversie successorie)	157
2. La parabola del diritto della famiglia: dallo <i>status</i> al contratto	159

3.	Le controversie tra coniugi	163
3.1.	L'azione arbitrale nelle pronunce di separazione personale e di divorzio. Cenni sulla nullità del matrimonio	166
3.2.	L'azione arbitrale nei rapporti patrimoniali tra coniugi	177
3.3.	<i>Segue</i> : il ruolo del pubblico ministero	186
4.	Le controversie relative ai figli: l'impossibilità dell'operare dell'azione arbitrale	189
5.	La realizzazione del processo arbitrale all'interno delle pronunce di separazione e divorzio	194
6.	Il "diritto processuale arbitrale" specialmente con riguardo alle controversie patrimoniali tra coniugi. La consapevolezza della scelta arbitrale	199
6.1.	<i>Segue</i> : la scelta consapevole prima del sorgere del conflitto coniugale	202
6.2.	La scelta dell'organo giudicante	205
6.3.	Le modalità attuative del processo. I mezzi di prova	210
6.4.	<i>Segue</i> : il problema dei costi	219
6.5.	<i>Segue</i> : il rispetto della legge sostanziale	221
7.	Alcune riflessioni sull'arbitrabilità delle unioni civili tra le persone dello stesso sesso e dei contratti di convivenza	226
8.	Conclusioni	229

CAPITOLO II

ARBITRATO E DIRITTO DEI CONSUMATORI

1.	La compromettibilità dei diritti dei consumatori nel prisma della giurisprudenza (anche europea) e delle esperienze applicative	233
2.	Il ruolo discriminante di una scelta consapevole ai fini della vincolatività dell'azione arbitrale. L'arbitrato da compromesso	240
3.	L'azione arbitrale nascente dalla clausola compromissoria: come superare il vaglio di vessatorietà. L'esperienza spagnola	245
4.	Le modalità di attuazione dell'azione arbitrale "vincolata"	257
5.	Il problema dei costi	263
6.	Brevi cenni sulla <i>class arbitration</i>	267
7.	Sintesi	276

CAPITOLO III

ARBITRATO E DIRITTI DEI LAVORATORI

1.	Premessa	279
2.	I confini dell'azione arbitrale	280
3.	Due aspetti problematici: le controversie di lavoro presso le pubbliche amministrazioni e quelle relative alle cooperative di produzione e lavoro	292
4.	Il "diritto processuale arbitrale": la varietà dei modelli	299

5.	L'azione arbitrale "vincolata" nel collegato lavoro: la conferma (parziale) dei criteri a suo tempo delineati	302
5.1.	<i>Segue: ...e nell'arbitrato sindacale: alcuni esempi</i>	308
6.	L'arbitrabilità delle controversie di lavoro sportivo	310
7.	L'arbitrabilità delle controversie collettive di lavoro	318
8.	Sintesi e conclusioni: l'ansia di regolamentazione disorienta il lavoratore	323

CAPITOLO IV

ARBITRATO E CONTROVERSIE ENDOSOCIETARIE

1.	La peculiarità del fenomeno organizzativo-societario. Le esegesi in materia di arbitrabilità dei diritti	327
2.	L'inconferenza della tesi abbracciata dalla giurisprudenza e i limiti delle elaborazioni dottrinali. La centralità del diritto che entra in gioco nella dimensione societaria	331
3.	Le impugnative delle delibere assembleari. Uno sguardo d'insieme	336
4.	L'ammissibilità dell'azione arbitrale derivante dalla natura disponibile dell'oggetto del processo	341
5.	La possibilità di ricondurre le impugnative delle delibere assembleari all'interno del più ampio concetto di ordine pubblico arbitrale	348
6.	La tutela della superindividualità	354
7.	Brevi note sugli altri casi di ammissibilità dell'azione arbitrale	363
8.	I casi di inammissibilità dell'azione arbitrale e i finti divieti di arbitrabilità	369
9.	Sintesi	373

CAPITOLO V

ARBITRATO E I DIRITTI DELLA PROPRIETÀ INDUSTRIALE

1.	Il quadro normativo e interpretativo di riferimento	377
2.	L'arbitrabilità dei diritti al marchio e al brevetto	381
3.	Le controversie in tema di nullità e di decadenza dei titoli di privativa industriale: lo stato dell'arte in una visione anche oltreconfine	388
4.	La possibilità di ricondurre le azioni di nullità o di decadenza dei titoli di privativa all'interno dell'ordine pubblico arbitrale	395
a)	La disponibilità dell'oggetto del processo arbitrale: come la natura del titolo influenza il regime di nullità	395
b)	L'innovato ruolo del pubblico ministero e l'efficacia <i>erga omnes</i> della pronuncia	399
5.	I confini di ammissibilità dell'azione arbitrale: le privative non titolate e i <i>domain names</i>	405
6.	<i>Segue: il diritto d'autore</i>	409

7.	La tutela della superindividualità, con particolare riguardo alle azioni di nullità dei titoli	413
7.1.	<i>Segue</i> : l'efficacia soggettiva della convenzione arbitrale e l'interesse dei terzi	414
7.2.	<i>Segue</i> : i mezzi di prova	421
7.3.	<i>Segue</i> : i provvedimenti cautelari	424
7.4.	<i>Segue</i> : il lodo e la sua impugnazione. Il problema dei costi	427
8.	Sintesi	429

PARTE TERZA

FUORI DALL'ORDINE PUBBLICO ARBITRALE: L'INAMMISSIBILITÀ DELL'AZIONE ARBITRALE

1.	Premessa	435
2.	La mancanza di una situazione giuridica soggettiva da tutelare e l'assenza di una controversia	435
3.	L'interesse generale escludente l'azione arbitrale	444
4.	Il divieto di legge	448
4.1.	I divieti espliciti di legge	448
4.2.	I divieti impliciti di legge	449
	<i>a)</i> L'esclusione dell'arbitrato per ragioni di inadeguatezza della disciplina processuale	450
	<i>b)</i> Casi in cui l'arbitrato non può operare per la sua impossibilità di conseguire l'effetto imposto dall'ordinamento	454
5.	Le controversie fallimentari (ovvero le future liti della crisi di impresa e dell'insolvenza)	455
5.1.	La dichiarazione di fallimento (o di liquidazione giudiziale)	461
5.2.	Il contenzioso endofallimentare	466
	<i>a)</i> Il procedimento di accertamento del passivo	466
	<i>b)</i> Le ulteriori fattispecie: brevi cenni	472

PARTE QUARTA

SINTESI E CONCLUSIONI

1.	Il sistema della compromettibilità: l'ordine pubblico arbitrale	477
2.	Le ipotesi di azione arbitrale "libera"	480
3.	I casi di azione arbitrale "vincolata in senso stretto"	481
4.	<i>Segue</i> : ...e di azione arbitrale "vincolata in senso lato"	483
5.	Il "diritto processuale arbitrale"	485
6.	L'inammissibilità dell'azione arbitrale	488
7.	Osservazioni conclusive: i vincoli e la libertà del giudizio arbitrale	492

PUBBLICAZIONI DEL SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

1. COLI U., *Collegia et sodalitates*, 1913.
2. DONATELLI I., *La "consortia" di Avesa*, 1914.
3. VALENZA P., *Il diritto di usufrutto nelle leggi sulle tasse del registro*, 1915.
4. ZINGALI G., *La statistica della criminalità*, 1916.
5. TUMEDEI C., *La separazione dei beni ereditari*, 1917.
6. ALBERTONI A., *L'Apokeryxis*, 1923.
7. SALVI F., *La cessione dei beni ai creditori*, 1947.
8. MILANI F., *Distinzioni delle servitù prediali*, 1948.
9. FASSÒ G., *I "quattro autori" del Vico*, 1949.
10. FERRI L., *La trascrizione degli acquisti "mortis causa" e problemi connessi*, 1951.
11. ROSSI G., *La "Summa arboris actionum" di Ponzio da Ylerda*, 1951.
12. POGGESCHI R., *Le associazioni e gli altri gruppi con autonomia patrimoniale nel processo*, 1951.
13. MATTEUCCI N., *Antonio Gramsci e la filosofia della prassi*, 1951.
14. FORCHIELLI P., *I contratti reali*, 1952.
15. SALVI F., *Il possesso di stato familiare*, 1952.
16. FASSÒ G., *La storia come esperienza giuridica*, 1953.
17. PALAZZINI FINETTI L., *Storia della ricerca delle interpolazioni nel Corpus iuris giustiniano*, 1953.
18. ROSSI G., *Consilium sapientis iudiciale*, 1958.
19. MANCINI G.F., *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, 1957.
20. FERRI L., *L'autonomia privata*, 1959.
21. TORELLI P., *Scritti di storia del diritto italiano*, 1959.
22. SANTINI G., *I Comuni di Valle del medioevo. La Costituzione federale del "Frignano"*, 1960.
23. GIANNITI F., *I reati della stessa indole*, 1959.
24. GHEZZI G., *La prestazione di lavoro nella comunità familiare*, 1960.
25. NARDI E., *Case "infestate da spiriti" e diritto romano e moderno*, 1960.
26. FERRI L., *Rinuncia e rifiuto nel diritto privato*, 1960.
27. GHEZZI G., *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali*, 1963.
28. BONSIGNORI A., *Espropriazione della quota di società a responsabilità limitata*, 1961.
29. REMENTI E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. I, *Intorno al diritto processuale*, 1962.
30. REMENTI E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. II, *Intorno al diritto sostanziale*, 1962.
31. GUALANDI A., *Spese e danni nel processo civile*, 1962.
32. BONSIGNORI A., *Assegnazione forzata e distribuzione del ricavato*, 1960.
33. MANCINI G.F., *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, vol. I, *Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, 1962.
34. NARDI E., *Rabelais e il diritto romano*, 1962.
35. ROMAGNOLI U., *Il contratto collettivo di impresa*, 1963.
36. SANTINI G., *I "comuni di pieve" nel medioevo italiano*, 1964.
37. RUDAN M., *Il contratto di tirocinio*, 1966.
38. BONINI R., *I "libri de cognitionibus" di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della "cognitio extra ordinem"*, 1964.
39. COLLIVA P., *Ricerche sul principio di legalità nell'amministrazione del Regno di Sicilia al tempo di Federico II*, 1964.
40. MENGOZZI P., *L'agenzia di approvvigionamento dell'Euratom*, 1964.
41. *Scritti minori di Antonio Cicu*, tomi I e II, *Scritti di teoria generale del diritto - Diritto di famiglia*, 1965.
42. *Scritti minori di Antonio Cicu, Successioni e donazioni. Studi vari*, 1965.
43. SACCHI MORSIANI G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, I, 1965.
44. GHEZZI G., *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, 1965.

45. ROVERSI MONACO F.A., *Enti di gestione. Struttura, funzioni, limiti*, 1967.
46. GIANNITI F., *L'oggetto materiale del reato*, 1966.
47. MENGIOZZI P., *L'efficacia in Italia di atti stranieri di potestà pubblica su beni privati*, 1967.
48. ROMAGNOLI U., *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, 1967.
49. MONTUSCHI L., *I limiti legali nella conclusione del contratto di lavoro*, 1967.
50. RANIERI S., *Scritti e discorsi vari*, vol. I, *Scritti di diritto penale*, 1968.
51. RANIERI S., *Scritti e discorsi vari*, vol. II, *Scritti di procedura penale*, 1968.
52. BONINI R., *Ricerche di diritto giustiniano*, 1968.
53. SANTINI G., *Ricerche sulle "Exceptiones legum romanorum"*, 1969.
54. LO CASTRO G., *La qualificazione giuridica delle deliberazioni conciliari delle fonti del diritto canonico*, 1970.
55. SACCHI MORSIANI G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, II, 1970.
56. ROVERSI MONACO F.A., *La delegazione amministrativa nel quadro dell'ordinamento regionale*, 1970.
57. GIANNITI F., *Studi sulla corruzione del pubblico ufficiale*, 1970.
58. DE VERGOTTINI G., *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale*, 1971.
59. MENGIOZZI P., *Il regime giuridico internazionale del fondo marino*, 1971.
60. CARINCI F., *Il conflitto collettivo nella giurisprudenza costituzionale*, 1971.
61. OSTI G., *Scritti giuridici*, voll. I e II, 1973.
62. ZUELLI F., *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, 1973.
63. PERGOLES F., *Sistema delle fonti normative*, 1973.
64. MONTUSCHI L., *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, 1973.
65. PATTARO E., *Il pensiero giuridico di L.A. Muratori tra metodologia e politica*, 1974.
66. PINI G., *Arbitrato e lavori pubblici*, 1974.
67. CARPI F., *L'efficacia "ultra partes" della sentenza civile*, 1974.
68. DE VERGOTTINI G., *Lo "Shadow cabinet"*, 1973.
69. PAOLUCCI L.F., *La mutualità nelle cooperative*, 1974.
70. DE GENNARO A., *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, 1974.
71. STORTONI L., *L'abuso di potere nel diritto penale*, 1978.
72. GIANNITI F., *Prospettive criminologiche e processo penale*, 1977.
73. BONVICINI D., *Le "joint ventures": tecnica giuridica e prassi societaria*, 1977.
74. DE VERGOTTINI G., *Scritti di storia del diritto italiano*, voll. I, II, III, 1977.
75. LAMBERTINI R., *I caratteri della Novella 118 di Giustiniano*, 1977.
76. DALLA D., *L'incapacità sessuale in diritto romano*, 1978.
77. DI PIETRO A., *Lineamenti di una teoria giuridica dell'imposta sull'incremento di valore degli immobili*, 1978.
78. MAZZACUVA N., *La tutela penale del segreto industriale*, 1979.
79. ROMANELLI G., *Profilo del noleggio*, 1979.
80. BORGHESI D., *Il contenzioso in materia di eleggibilità*, 1979.
81. DALLA TORRE G., *L'attività assistenziale della Chiesa nell'ordinamento italiano*, 1979.
82. CARPI F., *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, 1979.
83. ALLEVA P., *Il campo di applicazione dello statuto dei lavoratori*, 1980.
84. PULIATTI S., *Ricerche sulla legislazione "regionale" di Giustiniano*, 1980.
85. FASSÒ G., *Scritti di filosofia del diritto*, voll. I, II, III, 1982.
86. SGUBBI F., *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, 1980.
87. LAMBERTINI R., *Plagium*, 1980.
88. DALLA D., *Senatus consultum Silanianum*, 1980.
89. VANDELLI L., *L'ordinamento regionale spagnolo*, 1980.
90. NARDI E., *L'otre dei parricidi e le bestie incluse*, 1980.
91. PELLICANÒ A., *Causa del contratto e circolazione dei beni*, 1981.
92. GIARDINI D., *Politica e amministrazione nello Stato fondato sul decentramento*, 1981.
93. BORTOLOTTI D., *Potere pubblico e ambiente*, 1981.
94. ROFFI R., *Contributo per una teoria delle presunzioni nel diritto amministrativo*, 1982.
95. ALESSI R., *Scritti minori*, 1981.
96. BASSANELLI SOMMARIVA G., *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustiniano*, 1983.
97. ZANOTTI A., *Cultura giuridica del Seicento e jus publicum ecclesiasticum nell'opera del cardinal Giovanni Battista De Luca*, 1983.

98. ILLUMINATI G., *La disciplina processuale delle intercettazioni*, 1983.
99. TONIATTI R., *Costituzione e direzione della politica estera negli Stati Uniti d'America*, 1983.
100. NARDI E., *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*, 1983.
101. DALLA D., *Praemium emancipationis*, 1983.
102. MAZZACUVA N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale - L'illecito commissivo doloso e colposo*, 1983.
103. *Studi in onore di Tito Carnacini. I. Studi di diritto costituzionale, civile, del lavoro, commerciale*, 1983.
104. CAIA G., *Stato e autonomie locali nella gestione dell'energia*, 1984.
105. BARATTI G., *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*, 1984.
106. BORTOLOTTI D., *Attività preparatoria e funzione amministrativa*, 1984.
107. PULIATTI S., *Ricerche sulle novelle di Giustino II. La legislazione imperiale da Giustiniano I a Giustino II*, 1984.
108. LAMBERTINI R., *La problematica della commorienza nell'elaborazione giuridica romana*, 1984.
109. ZUELLI F., *Le collegialità amministrative*, 1985.
110. PEDRAZZOLI M., *Democrazia industriale e subordinazione*, 1985.
111. ZANOTTI M., *Profili dogmatici dell'illecito plurisoggettivo*, 1985.
112. RUFFOLO U., *Interessi collettivi o diffusi e tutela del consumatore*, I, 1985.
113. BIAGI M., *Sindacato democrazia e diritto*, 1986.
114. INSOLERA G., *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, 1986.
115. MALAGÙ L., *Esecuzione forzata e diritto di famiglia*, 1986.
116. RICCI G.F., *La connessione nel processo esecutivo*, 1986.
117. ZANOTTI A., *Il concordato austriaco del 1855*, 1986.
118. SELMINI R., *Profili di uno studio storico sull'infanticidio*, 1987.
119. DALLA D., *"Ubi venus mutatur"*, 1987.
120. ZUNARELLI S., *La nozione di vettore*, 1987.
121. ZOLI C., *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore*, 1988.
122. CAVINA M., *Dottrine giuridiche e strutture sociali padane nella prima età moderna*, 1988.
123. CALIFANO L., *Innovazione e conformità nel sistema regionale spagnolo*, 1988.
124. SARTI N., *Gli statuti della società dei notai di Bologna dell'anno 1336 (contributo allo studio di una corporazione cittadina)*, 1988.
125. SCARPONI S., *Riduzione e gestione flessibile del tempo di lavoro*, 1988.
126. BERNARDINI M., *Contenuto della proprietà edilizia*, 1988.
127. LA TORRE M., *La "lotta contro il diritto soggettivo". Karl Larenz - la dottrina giuridica nazionalsocialista*, 1988.
128. GARCIA DE ENTERRIA J., *Le obbligazioni convertibili in azioni*, 1989.
129. BIAGI GUERINI R., *Famiglia e Costituzione*, 1989.
130. CAIA G., *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo*, 1989.
131. MAGAGNI M., *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, 1989.
132. PETRONI L., *La disciplina pubblicistica dell'innovazione tecnologica in Francia*, 1990.
133. ZANOTTI A., *Le manipolazioni genetiche e il diritto della Chiesa*, 1990.
134. SARTOR G., *Le applicazioni giuridiche dell'intelligenza artificiale*, 1990.
135. ROSSI L.S., *Il "buon funzionamento del mercato comune". Delimitazione dei poteri fra CEE e Stati membri*, 1990.
136. LUGHETTI G., *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, 1990.
137. SARTI N., *Un giurista tra Azzone e Accursio*, 1990.
138. GUSTAPANE A., *La tutela globale dell'ambiente*, 1991.
139. BOTTARI C., *Principi costituzionali e assistenza sanitaria*, 1991.
140. DONINI M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, 1991.
141. PERULLI A., *Il potere direttivo dell'imprenditore*, 1992.
142. VANDELLI L. (a cura di), *Le forme associative tra enti territoriali*, 1992.
143. GASPARRI P., *Institutiones iuris publici*, 1992.
144. CAPUZZO E., *Dal nesso asburgico alla sovranità italiana*, 1992.
145. BIAVATI P., *Accertamento dei fatti e tecniche probatorie nel processo comunitario*, 1992.
146. FERRARI F., *Atipicità dell'illecito civile. Una comparazione*, 1992.

147. GUSTAPANE A., SARTOR G., VERARDI C.M., *Valutazione di impatto ambientale. Profili normativi e metodologie informatiche*, 1992.
148. ORLANDI R., *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, 1992.
149. CARPANI G., *Le aziende degli enti locali. Vigilanza e controlli*, 1992.
150. MUSSO A., *Concorrenza ed integrazione nei contratti di subfornitura industriale*, 1993.
151. DONINI M., *Il delitto contravvenzionale. "Culpa iuris" e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, 1993.
152. CALIFANO PLACCI L., *Le commissioni parlamentari bicamerali nella crisi del bicameralismo italiano*, 1993.
153. FORNASARI G., *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale. Spunti esegetici e prospettive di riforma*, 1994.
154. MANZINI P., *L'esclusione della concorrenza nel diritto antitrust italiano*, 1994.
155. TIMOTEI M., *Le successioni nel diritto cinese. Evoluzione storica ed assetto attuale*, 1994.
156. SESTA M. (a cura di), *Per i cinquant'anni del codice civile*, 1994.
157. TULLINI P., *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, 1994.
158. RESCIGNO F., *Disfunzioni e prospettive di riforma del bicameralismo italiano: la camera delle regioni*, 1995.
159. LUGARESI N., *Le acque pubbliche. Profili dominicali, di tutela, di gestione*, 1995.
160. SARTI N., *Maximum dirimendarum causarum remedium. Il giuramento di calunnia nella dottrina civilistica dei secoli XI-XIII*, 1995.
161. COLLIVA P., *Scritti minori*, 1996.
162. DUGATO M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, 1996.
163. GARDINI G., *La comunicazione degli atti amministrativi. Uno studio alla luce della legge 7 agosto 1990, n. 241*, 1996.
164. MANZINI P., *I costi ambientali nel diritto internazionale*, 1996.
165. MITTICA M.P., *Il divenire dell'ordine. L'interazione normativa nella società omerica*, 1996.
166. LUCHETTI G., *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, 1996.
167. LA TORRE M., *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, 1996.
168. CAMON A., *Le intercettazioni nel processo penale*, 1996.
169. MANCINI S., *Minoranze autoctone e Stato. Tra composizione dei conflitti e secessione*, 1996.
170. ZANOBETTI PAGNETTI A., *La non comparizione davanti alla Corte internazionale di giustizia*, 1996.
171. BRICOLA F., *Scritti di diritto penale. Vol. I, Dottrine generali, Teoria del reato e sistema sanzionatorio. Vol. II, Parte speciale e legislazione complementare, Diritto penale dell'economia*, 1997.
172. GRAZIOSI A., *La sentenza di divorzio*, 1997.
173. MANTOVANI M., *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, 1997.
174. BIAVATI P., *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, 1997.
175. ROSSI G. (1916-1986), *Studi e testi di storia giuridica medievale*, a cura di Giovanni Gualandi e Nicoletta Sarti, 1997.
176. PELLEGRINI S., *La litigiosità in Italia. Un'analisi sociologico-giuridica*, 1997.
177. BONI G., *La rilevanza del diritto dello Stato nell'ordinamento canonico. In particolare la canonizatio legum civilium*, 1998.
178. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini. Vol. I, Diritto del lavoro*, 1998.
179. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini. Vol. II, Diritto dell'Unione europea*, 1998.
180. ROSSI A., *Il GEIE nell'ordinamento italiano. Criteri di integrazione della disciplina*, 1998.
181. BONGIOVANNI G., *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. H. Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920*, 1998.
182. CAPUTO G., *Scritti minori*, 1998.
183. GARRIDO J.M., *Preferenza e proporzionalità nella tutela del credito*, 1998.
184. BELLODI ANSALONI A., *Ricerche sulla contumacia nelle cognitiones extra ordinem*, I, 1998.
185. FRANCIOSI E., *Riforme istituzionali e funzioni giurisdizionali nelle Novelle di Giustiniano. Studi su nov. 13 e nov. 80*, 1998.
186. CATTABRIGA C., *La Corte di giustizia e il processo decisionale politico comunitario*, 1998.
187. MANCINI L., *Immigrazione musulmana e cultura giuridica. Osservazioni empiriche su due comunità di egiziani*, 1998.

188. GUSTAPANE A., *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano. dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della bicamerale*, premessa di Giuseppe De Vergottini, 1999.
189. RICCI G.F., *Le prove atipiche*, 1999.
190. CANESTRARI S., *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, 1999.
191. FASSÒ G., *La legge della ragione*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.
192. FASSÒ G., *La democrazia in Grecia*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.
193. SCARCIGLIA R., *La motivazione dell'atto amministrativo. Profili ricostruttivi e analisi comparatistica*, 1999.
194. BRIGUGLIO F., "Fideiussoribus succurri solet", 1999.
195. MALTONI A., *Tutela dei consumatori e libera circolazione delle merci nella giurisprudenza della Corte di giustizia, profili costituzionali*, prefazione di Augusto Barbera, 1999.
196. FONDAROLI D., *Illecito penale e riparazione del danno*, 1999.
197. ROSSI L.S., *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, 2000.
198. GRAGNOI E., *Profili dell'interpretazione dei contratti collettivi*, 2000.
199. BONI G., *La rilevanza del diritto secolare nella disciplina del matrimonio canonico*, 2000.
200. LUGARESÌ N., *Internet, privacy e pubblici poteri negli Stati Uniti*, 2000.
201. LALATTA COSTERBOSA M., *Ragione e tradizione. Il pensiero giuridico ed etico-politico di Wilhelm von Humboldt*, 2000.
202. SEMERARO P., *I delitti di millantato credito e traffico di influenza*, 2000.
203. VERZA A., *La neutralità impossibile. Uno studio sulle teorie liberali contemporanee*, 2000.
204. LOLLI A., *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico. Studio sulla qualificazione giuridica*, 2000.
205. Busetto M.L., *Giudice penale e sentenza dichiarativa di fallimento*, 2000.
206. CAMPANELLA P., *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, 2000.
207. BRICOLA F., *Scritti di diritto penale. Opere monografiche*, 2000.
208. LASSANDARI A., *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, 2001.
209. BIANCO A., *Il finanziamento della politica in Italia*, 2001.
210. RAFFI A., *Sciopero nei servizi pubblici essenziali. Orientamenti della Commissione di garanzia*, 2001.
211. PIERGIGLI V., *Lingue minoritarie e identità culturali*, 2001.
212. CAFARO S., *Unione monetaria e coordinamento delle politiche economiche. Il difficile equilibrio tra modelli antagonisti di integrazione europea*, 2001.
213. MORRONE A., *Il custode della ragionevolezza*, 2001.
214. MASUTTI A., *La liberalizzazione dei trasporti in Europa. Il caso del trasporto postale*, 2002.
215. ZANOTTI A., ORLANDO F., *L'itinerario canonistico di Giuseppe Caputo*, 2002.
216. LUPOI M.A., *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*. Vol. I, *Policies, metodi, criteri di collegamento*. Vol. II, *Parallel proceedings*, 2002.
217. LOLLI A., *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo. Stabilità del giudicato e difesa del terzo nel processo amministrativo*, 2002.
218. CURI F., *Tertium datur. Dal Common Law al Civil Law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, 2003.
219. COTTIGNOLA G., *Studi sul pilotaggio marittimo*, 2003.
220. GARDINI G., *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, 2003.
221. CEVENINI C., *Virtual enterprises. Legal issues of the on-line collaboration between undertakings*, 2003.
222. MONDUCCI J., *Diritto della persona e trattamento dei dati particolari*, 2003.
223. VILLECCO BETTELLI A., *L'efficacia delle prove informatiche*, 2004.
224. ZUCCONI GALLI FONSECA E., *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, 2004.
225. BRIGHI R., *Norme e conoscenza: dal testo giuridico al metadato*, 2004.
226. LUCHETTI G., *Nuove ricerche sulle istituzioni di Giustiniano*, 2004.
227. *Studi in memoria di Angelo Bonsignori*, voll. I, II, 2004.
228. PIPERATA G., *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, 2005.

229. CANESTRARI S., FOFFANI L. (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per l'Europa?* Atti del Convegno organizzato dall'Associazione Franco Bricola (Bologna, 28 febbraio-2 marzo 2002), 2005.
230. MEMMO D., MICONI S. (a cura di), *Broadcasting regulation: market entry and licensing. Regolamentazione dell'attività radiotelevisiva: accesso al mercato e sistema di licenze. Global Classroom Seminar*, 2006.
- 230.BIS BRIGUGLIO F., *Studi sul procurator*, 2007.
231. QUERZOLA L., *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, 2006.
232. TAROZZI S., *Ricerche in tema di registrazione e certificazione del documento nel periodo postclassico*, 2006.
233. BOTTI F., *L'eutanasia in Svizzera*, 2007.
234. FONDAROLI D., *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, 2007.
235. ALAGNA R., *Tipicità e riformulazione del reato*, 2007.
236. GIOVANNINI M., *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, 2007.
237. MONTALTI M., *Orientamento sessuale e costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, 2007.
238. TORDINI CAGLI S., *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, 2008.
239. LEGNANI ANNICHINI A., *La mercanzia di Bologna. Gli statuti del 1436 e le riformazioni quattrocentesche*, 2008.
240. LOLLI A., *L'amministrazione attraverso strumenti economici*, 2008.
241. VACCARELLA M., *Titolarità e funzione nel regime dei beni civici*, 2008.
242. TUBERTINI C., *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni*, 2008.
243. FIORIGLIO G., *Il diritto alla privacy. Nuove frontiere nell'era di Internet*, 2008.
244. BOTTI F., *Manipolazioni del corpo e mutilazioni genitali femminili*, 2009.
245. NISCO A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, 2009.
246. ZANOBBETTI PAGNETTI A., *Il rapporto internazionale di lavoro marittimo*, 2008.
247. MATTIOLI F., *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti*, 2010.
248. BERTACCINI D., *La politica di polizia*, 2009.
249. ASTROLOGO A., *Le cause di non punibilità. Un percorso tra nuovi orientamenti interpretativi e perenni incertezze dogmatiche*, 2009.
250. DI MARIA S., *La cancelleria imperiale e i giuristi classici: "Reverentia antiquitatis" e nuove prospettive nella legislazione giustinianea del codice*, 2010.
251. VALENTINI E., *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, 2010.
252. QUERZOLA L., *Il processo minorile in dimensione europea*, 2010.
253. BOLOGNA C., *Stato federale e "national interest". Le istanze unitarie nell'esperienza statunitense*, 2010.
254. RASIA C., *Tutela giudiziale europea e arbitrato*, 2010.
255. ZUCCONI GALLI FONSECA E., *Pregiudizialità e rinvio (Contributo allo studio dei limiti soggettivi dell'accertamento)*, 2011.
256. BELLODI ANSALONI A., *Ad erendum veritatem. Profili metodologici e processuali della quaestio per tormenta*, 2011.
257. PONTORIERO I., *Il prestito marittimo in diritto romano*, 2011.
258. *Giustizia senza confini. Studi offerti a Federico Carpi*, 2012.
259. GUSTAPANE A., *Il ruolo del pubblico ministero nella Costituzione italiana*, 2012.
260. CAIANIELLO M., *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, 2012.
261. BRIGUGLIO F., *Il Codice Veronese in trasparenza. Genesi e formazione del testo delle Istituzioni di Gaio*, 2012.
262. VALENTINI E., *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, Nuova edizione, 2012.
263. TASSINARI D., *Nemo tenetur se detegere. La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*, 2012.
264. MARTELLONI F., *Lavoro coordinato e subordinazione. L'interferenza delle collaborazioni a progetto*, 2012.
265. ROVERSI-MONACO F. (a cura di), *Università e riforme. L'organizzazione delle Università degli Studi ed il personale accademico nella legge 30 dicembre 2010, n. 240*, 2013.

266. TORRE V., *La privatizzazione delle fonti di diritto penale*, 2013.
267. RAFFIOTTA E.C., *Il governo multivello dell'economia. Studio sulle trasformazioni dello Stato costituzionale in Europa*, 2013.
268. CARUSO C., *La libertà di espressione in azione. Contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*, 2013.
269. PEDRINI F., *Le "clausole generali". Profili teorici e aspetti costituzionali*, 2013.
270. CURI F., *Profili penali dello stress lavoro-correlato. L'homo faber nelle organizzazioni complesse*, 2013.
271. CASALE D., *L'idoneità psicofisica del lavoratore pubblico*, 2013.
272. NICODEMO S., *Le istituzioni della conoscenza nel sistema scolastico*, 2013.
273. LEGNANI ANNICHINI A., «Proxenetes est in tractando». *La professione ingrata del mediatore di commercio (secc. XII-XVI)*, 2013.
274. MONDUCCI J., *Il dato genetico tra autodeterminazione informativa e discriminazione genotipica*, 2013.
275. MANTOVANI M., *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione nel sistema penale vigente*, 2014.
276. DE DONNO M., *Consensualità e interesse pubblico nel governo del territorio*, 2015.
277. PACILLI M., *L'abuso dell'appello*, 2015.
278. PIŠTAN Č., *Tra democrazia e autoritarismo. Esperienze di giustizia costituzionale nell'Europa centro-orientale e nell'area post-sovietica*, 2015.
279. BELLODI ANSALONI A., *L'arte dell'avvocato, actor veritatis. Studi di retorica e deontologia forense*, 2016.
280. HOXHA D., *La giustizia criminale napoleonica. A Bologna fra prassi e insegnamento universitario*, 2016.
281. QUERZOLA L., *L'efficacia dell'attività processuale in un diverso giudizio*, 2016.
282. PIERI B., *Usurai, ebrei e poteri della Chiesa nei consilia di Paolo da Castro*, 2016.
283. RASIA C., *La crisi della motivazione nel processo civile*, 2016.
284. DRIGO C., *Le Corti costituzionali tra politica e giurisdizione*, 2016.
285. POLACCHINI F., *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, 2017.
286. CALCAGNILE M., *Inconferibilità amministrativa e conflitti di interesse nella disciplina dell'accesso alle cariche pubbliche*, 2017.
287. VILLA E., *La responsabilità solidale come tecnica di tutela del lavoratore*, 2017.
288. VINCIERI M., *L'integrazione dell'obbligo di sicurezza*, 2017.
289. CASALE D., *L'automaticità delle prestazioni previdenziali. Tutele, responsabilità e limiti*, 2017.
290. GANARIN M., *L'interpretazione autentica nelle attuali dinamiche evolutive del diritto canonico*, 2018.
291. LAUS F., *Il rapporto collaborativo tra pubblico e privato nella contrattazione pubblica. Unione Europea e ordinamenti nazionali: analisi comparata di modelli e riforme*, 2018.
292. BONACINI P., *Multa scripsit, nihil tamen reperitur. Niccolò Mattarelli (1204 ca.-1314 ca.) giurista a Modena e Padova*, 2018.
293. GABELLINI E., *L'azione arbitrale. Contributo allo studio dell'arbitrabilità dei diritti*, 2018.

Finito di stampare nel mese di marzo 2018
presso Editografica (Rastignano, Bologna)