



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI GENOVA

**SCUOLA DI SCIENZE SOCIALI
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA**

**CORSO DI LAUREA IN
GIURISPRUDENZA MAGISTRALE**

Tesi di laurea in Diritto dell'Arbitrato e della Mediazione

Il limite dell'indisponibilità dei diritti all'arbitrabilità delle controversie

Relatore:

prof. Enrico Righetti

Candidato:

Manuel Di Fiore

Anno accademico 2022/2023

Indice

1. L'arbitrato	pag.
1. Cenni introduttivi sull'arbitrato	3
2. L'arbitrato nella sua prospettiva storica	9
3. Fonti dell'arbitrato	17
2. L'arbitrabilità delle controversie	
1. Controversie arbitrabili	22
2. Controversie limitatamente arbitrabili	28
3. Controversie non arbitrabili	38
3. L'arbitrato e la disponibilità dei diritti	
1. Diritti disponibili e indisponibili	45
2. L'indisponibilità dei diritti come limite all'arbitrabilità delle controversie. L'arbitrato societario	48
3. Controversie legate a diritti indisponibili. Controversie in materia di stato e di separazione personale tra coniugi	55

CAPITOLO 1

L'ARBITRATO

1. Cenni introduttivi sull'arbitrato

Nonostante le innumerevoli parole e preoccupazioni espresse ormai da decenni e nonostante le copiose condanne subite dall'Italia ad opera della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo concernenti la lentezza e l'elevato carico della giustizia italiana, la situazione non è, ad oggi, migliorata molto. Tra gli obiettivi principali delle riforme sul processo civile ordinario che si sono susseguite nel tempo c'è sempre stato quello di accelerare i tempi del processo e, soprattutto, quello di alleggerire il carico delle controversie che vengono sottoposte ai giudici, nell'ambito di un sistema ormai congestionato. Ecco perché, specialmente negli ultimi anni, il Governo e il Legislatore hanno puntato molto sulle c.d. *ADR* ("*Alternative Dispute Resolutions*"), cioè sugli strumenti di risoluzione delle liti alternativi alla via giudiziale.

Tra questi strumenti, l'arbitrato ha certamente il ruolo di maggior spicco.

Carnelutti distingueva, nell'ambito di questi strumenti, tra "*mezzi di eterocomposizione e mezzi di autocomposizione delle controversie*"¹, fondando la differenza sul fatto che mentre nei mezzi del primo tipo (tra cui l'arbitrato) la controversia viene risolta da un soggetto terzo, nei secondi sono le parti stesse che compongono la controversia, e questo è il caso, ad esempio, della conciliazione o della transazione.

¹ F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, 1936, p. 179

Ciò che però distingue nettamente l'arbitrato dalle altre forme di ADR è il fatto che l'arbitrato ha una funzione giurisdizionale; gli arbitri infatti hanno una funzione aggiudicativa, cioè decidono una controversia e quindi ci sarà una parte vincitrice e una parte soccombente, esattamente come un giudizio di fronte al giudice ordinario. L'arbitrato *“è un processo privato, volto ad una giustizia alternativa rispetto a quella di cognizione somministrata dal giudice statale. Ha per oggetto controversie su posizioni e pretese giuridiche; si svolge innanzi ad un privato, l'arbitro, e con la partecipazione dei litiganti, in contraddittorio; mette capo ad una disposizione (dell'arbitro) vincolante fra le parti²”*.

Stanti queste caratteristiche potremmo essere portati a pensare che l'arbitrato e il giudizio davanti al giudice ordinario siano assolutamente intercambiabili, ma ciò non è propriamente vero.

La caratteristica principale dell'arbitrato, infatti, a differenza di quanto accade nel giudizio ordinario, è quella di essere fondato sull'autonomia delle parti: sono le parti stesse a devolvere ad una sorta di giudice privato scelto da loro stesse (l'arbitro) l'autorità a decidere della lite tra loro insorta o che potrebbe insorgere in futuro. *“L'arbitrato può svolgersi soltanto tra coloro che l'hanno voluto³”*. Questo inoltre fa sì che gli arbitri potranno decidere della controversia solamente nei limiti del potere a loro devoluto dalle parti.

Il risultato del giudizio dell'arbitro è il lodo, cioè la sentenza arbitrale, che ha la stessa funzione (e lo stesso valore) della sentenza giudiziaria. La scelta di far decidere della controversia un arbitro però non significa che questo debba offrire ai compromittenti

² E. FAZZALARI, L'arbitrato, UTET, 1997, p. 3

³ S. LA CHINA, L'arbitrato: il sistema e l'esperienza, Giuffrè, 2007, pag.3

“una soluzione intermedia, che in qualche modo rifletta il senso delle reciproche concessioni⁴”: questi, infatti, non hanno alcun obbligo di venirsi incontro e di abbassare le loro pretese, potendo infatti pretendere una soluzione secondo diritto.

L'arbitrato è sicuramente il mezzo più indicato per poter decongestionare il carico giudiziario che affligge la nostra giustizia, e numerosi sono i vantaggi per chi sceglie questo strumento.

In primo luogo, abbiamo visto come siano le parti stesse a scegliere l'arbitro, cioè colui che deciderà della lite; ma questa libertà di scelta porta un ulteriore elemento positivo, cioè il fatto che le parti, verosimilmente, affideranno la decisione della controversia ad un professionista, ad un esperto della materia: in altre parole l'arbitro è un soggetto avente una comprovata esperienza tecnica nel settore oggetto della controversia. Gli arbitri non devono infatti essere necessariamente esperti in diritto, ma possono benissimo essere professionisti in altri settori. Questa è una rilevante differenza rispetto al giudizio ordinario, dove il giudice, salvo quanto accade nelle grandi realtà cittadine, raramente è specializzato in una materia.

La presenza di arbitri privati chiaramente ci porta a dover parlare di uno degli svantaggi dell'arbitrato, consistente nella possibile non imparzialità degli stessi, soprattutto con riguardo agli arbitri di parte, molte volte troppo riconoscenti della nomina, tanto da favorire la parte che li ha nominati. Questo comporta il rischio che l'arbitro di parte, facente parte comunque del collegio decidente, si trasformi in una sorta di *“superavvocato”*.

⁴ C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Vol. I, CEDAM, 2012, p. 9

Altro elemento di vantaggio derivante dalla scelta della via arbitrale è dato dal fatto che le norme che la regolano sono quantitativamente di molto minori rispetto a quelle che regolano il procedimento civile ordinario, sicché non c'è la presenza di un eccessivo formalismo.

L'arbitrato è la via prescelta per regolare una grande serie di controversie, ma un ruolo di spicco lo ha con riguardo al commercio internazionale. Essendo infatti coinvolte parti provenienti da ordinamenti giuridici diversi, la scelta può essere quella di inserire una clausola di giurisdizione, che predetermini, in caso di controversie, quale giurisdizione - verosimilmente di un Paese terzo - regolerà la lite, oppure la scelta può essere quella di decidere di inserire una clausola arbitrale, in modo tale da devolvere la lite ad organismi arbitrali internazionali.

La scelta dell'arbitrato per dirimere controversie di questo tipo, ad alto valore economico, ci porta a dover sottolineare un altro svantaggio di questo strumento, vale a dire l'eccessiva onerosità. L'arbitrato è stato sovente tacciato di rappresentare una forma di giustizia per ricchi, dati gli elevati costi che comporta. Gli arbitri infatti sono professionisti e quindi le parti, oltre alle loro difese, devono pagare anche i soggetti decisori.

Nonostante ciò, la lista dei vantaggi di questo strumento non è terminata.

Al contrario del giudizio statale, che – a parte qualche eccezione – è pubblico, l'arbitrato è connotato dalla segretezza. Gli stessi lodi che decidono della lite non possono essere pubblicati senza il consenso delle parti.

Venendo poi al termine del procedimento arbitrale, è necessario dire che il lodo, a differenza della sentenza del giudice ordinario, è molto più stabile. La decisione

arbitrale infatti è impugnabile davanti alla Corte d'Appello solo per una serie limitata di motivi, cioè solo per *“errores in procedendo”* e, solo se le parti lo hanno espressamente previsto nella convenzione arbitrale, per *“errores in iudicando”*.

La sentenza della Corte costituzionale 376 del 2001 ci dà una definizione di arbitrato (rituale): *“L'arbitrato costituisce un procedimento previsto e disciplinato dal Codice di procedura civile per l'applicazione obiettiva del diritto nel caso concreto, ai fini della risoluzione di una controversia, con le garanzie di contraddittorio e di imparzialità tipiche della giurisdizione civile ordinaria. Sotto l'aspetto considerato, il giudizio arbitrale non si differenzia da quello che si svolge davanti agli organi statali della giurisdizione, anche per quanto riguarda la ricerca e l'interpretazione delle norme applicabili alla fattispecie”*⁵.

La tipologia di arbitrato a cui si è fatto riferimento in queste prime pagine è quella dell'arbitrato rituale, cioè dell'arbitrato disciplinato dal Codice di procedura civile. *“L'arbitrato così detto rituale è l'istituto regolato dal detto codice, avente per oggetto l'esame e la decisione delle controversie affidate al giudizio di arbitri privati”*⁶.

A questa figura però è necessario contrapporre quella dell'arbitrato irrituale.

L'arbitrato irrituale (o libero) è una figura anomala, presente praticamente esclusivamente in Italia, che si caratterizza per un minor formalismo e per il fatto che il lodo non ha efficacia di sentenza, ma ha efficacia solo negoziale. Nel prossimo paragrafo si parlerà della prospettiva storia dell'arbitrato e sarà quella la sede in cui parleremo dell'origine storica di questo istituto.

⁵ Corte costituzionale, sentenza 376 del 2001

⁶ Enciclopedia del diritto, voce “Arbitrato”, Giuffrè, 1958

Il Professor La China spiega magistralmente la differenza tra le due figure di arbitrato in esame: *“L'arbitrato irrituale dunque viene presentato, in questo inquadramento generale, come nulla più e nulla meno che la determinazione, affidata ad un terzo, del contenuto di una transazione, impegnandosi le parti ad accettare il risultato dell'opera del terzo come se lo avessero voluto esse stesse direttamente, e qui starebbe l'essenza della distinzione tra le due figure di arbitrato: nell'irrituale le parti mirerebbero ad una transazione, facendosi però negoziare da un terzo - magari lui stesso scrivendola in un foglio bianco da esse previamente firmato, il c.d. biancosegno - o comunque formalizzandola in un suo atto detto «lodo»; nel rituale invece le parti vorrebbero un vero e proprio « giudizio », affiderebbero all'arbitro una attività decisoria, in sostanza attendendosi da lui un atto - anzi, un provvedimento - finale che pur se denominato lodo sarebbe idoneo ad equivalere ad una decisione giurisdizionale”*⁷.

Per lungo tempo l'istituto di cui si discute è stato al centro di un dibattito riguardante la sua natura. C'è chi considerava l'arbitrato come *“parte integrante del sistema-giustizia, interno alla funzione statale”*⁸, e quindi i sostenitori della teoria giurisdizionale, e c'era invece poi chi sosteneva che l'arbitrato doveva essere *“ricondotto alla sfera negoziale”*⁹, sostenendo quindi la teoria contrattualistica. La diatriba verteva quindi sostanzialmente sul concetto di giurisdizione e sul fatto se all'arbitrato dovesse essere attribuita la medesima efficacia della giurisdizione statale oppure no. Entrambe le parti avevano elementi più che validi a sostegno delle loro

⁷ S. LA CHINA, L'arbitrato: il sistema e l'esperienza, Giuffrè, 2007, p.11

⁸ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, Diritto dell'arbitrato, Bononia University Press, 2016, p. 17

⁹ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, Diritto dell'arbitrato, Bononia University Press, 2016, p. 17

tesi e queste ultime sono state avvalorate da illustri autori. Oggi però questo dibattito ha perso molto di quella centralità che aveva in passato. *“Il c.d. monopolio della giurisdizione statale (che accentra il servizio di soluzione delle liti in capo allo Stato) si sta vieppiù sgretolando, a favore di una crescente delocalizzazione e di un'apertura verso strumenti alternativi di giustizia”*¹⁰.

2. L'arbitrato nella sua prospettiva storica

Il diritto romano

L'arbitrato affonda le sue radici giuridiche nel diritto romano.

Nonostante, successivamente all'Età Arcaica, il diritto si era sviluppato attraverso le c.d. *“legis actiones”*, cioè il complesso di formule costituente il sistema processuale, l'esigenza di risolvere privatamente le controversie era sempre stata forte nell'antica Roma. Questo perché, con lo sviluppo della società, gli scambi commerciali tra cittadini romani e stranieri si intensificarono ed era necessario accordarsi quindi privatamente quando le posizioni giuridiche intercorrenti non erano disciplinate dalle *“legis actiones”*. Le parti in questione, quindi, affidavano la decisione dell'eventuale lite tra loro insorta ad un terzo, che godeva di comune fiducia.

Agli inizi questo istituto non venne regolamentato, anche perché lo stesso arbitrato privato fu preso dal pretore come modello per il nuovo processo formulare, in cui le parti avevano un ruolo determinante nella scelta del giudice e nella fissazione dei termini della lite: *“l'arbitrato privato fu quindi assorbito dal nuovo processo”*¹¹.

¹⁰ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, Diritto dell'arbitrato, Bononia University Press, 2016, pag. 21

¹¹ M. MARRONE, Sull'arbitrato privato nell'esperienza giuridica romana, *Rivista dell'arbitrato* VI.1, 1996

Caratteristica fondamentale di questo istituto era la *“bona fides”*, *“locuzione utilizzata nella Roma classica preminentemente come strumento di valutazione del valore vincolante di accordi negoziali”*¹² ed elemento che conferma che l’origine di questo istituto è di tipo volontario.

Nonostante il nuovo processo formulare però, i privati espressero nuovamente la volontà di rivolgersi ad un arbitro privato invece di instaurare un processo ufficiale. Stante ancora il silenzio del pretore, fu la giurisprudenza ad avere un ruolo importante in questa fase: escogitò un complesso espediente secondo il quale si suggerì alle parti di dare luogo a reciproche *“stipulationes”* penali per cui ciascuna parte prometteva all'altra il pagamento di una somma determinata di denaro, appunto una *“poena”*, qualora il promittente non avesse mantenuto l'impegno che a decidere la controversia fosse un arbitro dalle stesse parti concordemente e liberamente scelto. Si parlò al riguardo di *“compromittere”* e *“compromissum”*¹³. Essendo la *“stipulatio”* un istituto di diritto civile riconosciuto e tutelato, ecco che l’eventuale e successiva *“actio ex stipulatio”* contro la parte che non aveva rispettato i termini dell’accordo era perfettamente esperibile: stante la *“poena”* contrattuale a fungere da deterrente, ecco che in questo modo si garantiva il rispetto di questa proto-convenzione arbitrale, *“anche se solo in modo indiretto essendo la decisione arbitrale inappellabile ma non esecutiva come quella del giudice formulare”*¹⁴.

Il pretore, che ebbe una notevole importanza nello sviluppo del diritto romano e nel riconoscere istituti di diritto privato arrivati fino ai giorni nostri, si trovò quindi a non

¹² C. PUNZI, Disegno sistematico dell’arbitrato, Vol. I, CEDAM, 2012, p. 59

¹³ M. MARRONE, Sull’arbitrato privato nell’esperienza giuridica romana, *Rivista dell’arbitrato* VI.1, 1996

¹⁴ F. ZAPPALÀ, Memoria storica dell’arbitrato

poter più ignorare questo istituto. A questo punto, nonostante continuò a mantenere sempre un certo favor per il processo formulare, si preoccupò di circondare di tutele l'arbitrato, iniziando con il punire l'arbitro che, avendo accettato di dirimere la controversia, avesse in seguito cambiato idea, fino ad arrivare a delinearne una vera e propria disciplina. E quindi prevedendo, ad es., un termine per la pronunzia della sentenza; oppure escludendo l'arbitrato privato in materia di "crimina" e delitti infamanti. *"Si stabilirono anche principi circa la capacità di fare da arbitri"*¹⁵. Ma soprattutto si precisò che *"sarebbe stata esposta alla poena contrattuale non solo la parte che avesse disatteso la sentenza arbitrale ma pure quella che, regolarmente convocata, senza giustificabili motivi non fosse stata presente anche ad una delle udienze istruttorie; alla stessa poena sarebbe stata esposta la parte che, anche prima della decisione arbitrale, avesse adito la giustizia ordinaria per fare valere quella pretesa per cui era addivenuta al compromissum"*¹⁶.

Esattamente come ai giorni nostri, anche all'epoca l'arbitrato godette di maggior fortuna nel settore del commercio e del trasporto marittimo, caratterizzato da parti sovente appartenenti a sistemi giuridici diversi e dalla comune necessità di queste di arrivare ad una soluzione in tempi rapidi.

L'istituto in esame ritrovò poi un notevole successo in età giustiniana stante il fatto che la snellezza e la semplicità dell'arbitrato ben si confacevano alle esigenze dei privati del tempo dato che, venuto meno il processo formulare, questo *"fu soppiantato da un*

¹⁵ M. MARRONE, Sull'arbitrato privato nell'esperienza giuridica romana, *Rivista dell'arbitrato* VI.1, 1996

¹⁶ M. MARRONE, Sull'arbitrato privato nell'esperienza giuridica romana, *Rivista dell'arbitrato* VI.1, 1996

altro tipo di processo ancora più rigido e complesso”¹⁷. “Nel Digesto di Giustiniano troviamo infatti un passo di Paolo che testimonia la presenza del *compromissum* nel diritto postclassico e imperiale¹⁸”.

Dal Medioevo all’età contemporanea. La nascita dell’arbitrato irrituale

Le stesse ragioni di semplicità e snellezza che determinarono il successo dell’arbitrato nell’Impero Romano le ritroviamo anche in epoca medievale. Le regole contenute nel “*Corpus Iuris Civilis*” riguardanti questo istituto furono largamente utilizzate nell’età del diritto comune e anche gli statuti cittadini prevedero e disciplinarono quasi sempre le decisioni arbitrali. “A Venezia il *Capitolare nauticum* del 1255 stabilì l’elezione di tre arbitri per decidere le controversie di diritto marittimo¹⁹”.

In un percorso che quindi passa anche dal grande lavoro dei glossatori e dei commentatori medievali, che contribuirono a sviluppare ulteriormente questo istituto, si arriva al periodo apicale delle codificazioni, che va di pari passo e si intreccia con quello della nascita degli Stati nazionali – primo su tutti quello francese -, sempre più accentratori del diritto nelle loro mani e meno avvezzi quindi a lasciare la risoluzione delle controversie interamente nelle mani dei privati. È anche da dire però che il fenomeno arbitrale era una realtà esistente che non poteva essere ignorata. Per cui la scelta è stata quella di “inglobare la giustizia degli arbitri nella giustizia statale”²⁰.

¹⁷ M. MARRONE, Sull’arbitrato privato nell’esperienza giuridica romana, *Rivista dell’arbitrato* VI.1, 1996

¹⁸ C. PUNZI, Disegno sistematico dell’arbitrato, Vol. I, CEDAM, 2012, p. 57

¹⁹ Enciclopedia del diritto, voce “Arbitrato”, Giuffrè, 1958

²⁰ G. VERDE, Lineamenti di diritto dell’arbitrato, Giappichelli p.12

Lo Stato italiano formatosi a seguito del Risorgimento ci ricorda quanto sia debitore di quello francese dal punto di vista del diritto anche con riguardo all'arbitrato. Per questo il codice del 1865 – e quello del 1940 – prevedeva che le parti che facevano ricorso all'arbitrato dovevano poi necessariamente incamminarsi per la strada della giustizia statale, in quanto *“era imposto agli stessi arbitri di chiedere che la loro decisione (il c.d. lodo) fosse trasformato in sentenza statale”*²¹. È proprio in questo contesto che nasce e si sviluppa la contrapposizione tra arbitrato rituale e arbitrato irrituale.

L'arbitrato irrituale è un istituto che nasce nell'800 in alcuni settori mercantili, di ambito internazionale. *“Il largo favore ben presto incontrato da questo sistema di risoluzione delle controversie, specie tra i ceti industriali e commerciali, non si può spiegare se non considerando i gravi inconvenienti cui dava luogo l'arbitrato rituale regolato dal Codice di Procedura Civile del 1865, oppresso dall'apparato formale e soggetto a gravosi quanto inutili controlli, che lo rendevano assai spesso fonte di complicazioni giudiziarie e di spese ancor maggiori di quelle inerenti al giudizio ordinario che i litiganti intendevano con esso evitare”*²². Molti, infatti, non volevano che la decisione venisse *“statalizzata”*²³ e, anche per non pagare le imposte necessarie per deposito del lodo, decidevano di rivolgersi a soggetti privati per dirimere le controversie attraverso lo strumento del c.d. biancosegno, una sorta di scrittura privata firmata dalle parti ma lasciata in bianco, il cui contenuto sarebbe stato redatto

²¹ G. VERDE, Lineamenti di diritto dell'arbitrato, Giappichelli p.12

²² Novissimo Digesto Italiano, voce “Arbitrato Irrituale”, UTET, 1958

²³ G. VERDE, Lineamenti di diritto dell'arbitrato, Giappichelli p.12

dagli arbitri. Questo, essendo firmato dalle parti, avrebbe avuto efficacia vincolante per le stesse da un punto di vista contrattuale.

I soggetti che ricorrevano a questo strumento, specializzati quindi nel settore mercantile, formarono delle camere arbitrali settoriali. Ovviamente però gli arbitrati che si svolgono in queste camere arbitrali non seguono le regole del Codice di procedura civile dell'epoca (1865). Si dovrà attendere fino al 27 dicembre 1904 per arrivare ad un'istituzionalizzazione dell'arbitrato irrituale, avvenuta tramite la famosa sentenza della Corte di Cassazione di Torino.

Il dibattito italiano riguardante la natura dell'arbitrato

Tornando all'istituto in generale, è necessario ora soffermarsi su quella che Sammartano definisce "*doppia anima*"²⁴ dell'arbitrato, e cioè sul fatto che nel corso dei decenni la natura di quest'ultimo ha dato adito ad un acceso dibattito. Già il codice del 1865 era dell'idea che "*la giustizia resa da privati sia irrilevante per lo Stato*"²⁵, se non tramite procedimento di exequatur; posizione questa ripresa anche dal Codice civile del 1940. Ma il fatto che l'arbitrato nasca da una convenzione stipulata tra le parti ed il fatto che si concluda con un provvedimento esecutivo del tutto simile (ed ora equiparato) ad una sentenza, ha fatto sì che in dottrina si sono scontrate, e si scontrano tutt'ora, posizioni privatistiche e posizioni processualistiche. Il maggior fautore della teoria privatistica fu Chiovenda, il quale escludeva in toto che l'arbitrato potesse trascendere la sfera privatistica: "*l'attività dell'arbitro è priva di*

²⁴ M. RUBINO-SAMMARTANO, Il diritto dell'arbitrato, CEDAM, Padova, 2006, p.31

²⁵ O. D'AGOSTINI, L'arbitrato nelle controversie di lavoro

*per sé, come il parere di un privato, di alcuna efficacia obbligatoria*²⁶. Sarà poi il giudice ordinario quindi a dare esecuzione alla volontà dei privati attraverso il procedimento di exequatur.

Completamente di idea opposta erano invece gli esponenti della teoria processualistica, primo fra tutti Mortara, che al contrario sostenevano che, chiaramente, la convenzione arbitrale fosse un istituto di diritto privato, ma che produce effetti processuali: infatti *“il potere degli arbitri trae origine, prima ancora della volontà delle parti, dalla volontà della legge che consente alle parti di dare ad esso corso*²⁷. Successivamente vari autori hanno arricchito la teoria in questione arrivando ad affermare che gli arbitri svolgono un’attività giurisdizionale, posizione che ritroviamo fatta valere anche in giurisprudenza, ad esempio in *“Granito”*: *“I collegi arbitrali sono organi di giurisdizione civile ordinaria, aventi, nella speciale materia, gli stessi poteri del giudice civile ordinario, esclusi quelli vietati dagli artt. 806 e 818 cod. proc. civ.*²⁸.

Una posizione intermedia sul punto è invece quella sostenuta da Carnelutti, secondo cui la decisione arbitrale non può essere considerata alla stregua di una sentenza perché necessita comunque del decreto di esecutorietà del giudice, ma allo stesso tempo riconosce che nel procedimento arbitrale il giudice è costituito sia dalla figura del giudice ordinario che da quella dell’arbitro, entrambi concorrenti alla decisione

²⁶ M. RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell’arbitrato*, CEDAM, Padova, 2006, p. 32

²⁷ M. RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell’arbitrato*, CEDAM, Padova, 2006, p. 32

²⁸ Uff. Imposte Dirette Roma c. Granito, *Commiss, Trib, Il grado* Roma 19 novembre 1984, *Temi Romana* 1984, 913.

finale. *“La sentenza arbitrale va così qualificata come un atto complesso ineguale, al quale contribuiscono sia il lodo che il decreto di esecutorietà²⁹”*.

Nell'intento di superare il dibattito in questione, il Legislatore, nel Codice di procedura civile del 1940, disponeva espressamente al c.3 dell'art. 825 che il lodo rituale, in assenza del vaglio formale operato dal giudice statale, non godeva di alcun valore.

Il dibattito però non si fermò e, anzi, continuò anche con le riforme che, a partire dagli anni '80, hanno interessato la materia in esame cercando di dare sempre più autonomia all'istituto. Partendo dalla Novella del 1983³⁰, questa ha introdotto il seguente comma all'art. 823 c.p.c. *“il lodo ha efficacia vincolante tra le parti dalla data della sua ultima sottoscrizione³¹”*. Ciò è stato fatto con la finalità di far sì che i lodi arbitrali italiani potessero essere riconosciuti anche all'estero, in base alla Convenzione di New York, senza necessità del deposito dinanzi al pretore.

Successivamente la riforma del 1994³² ha voluto rafforzare ancora di più l'istituto in esame arrivando ad affermare esplicitamente che il lodo ha effetti analoghi a quelli di una sentenza, allontanandosi di fatto in modo apparentemente definitivo dalle posizioni privatistiche viste in precedenza.

Nonostante gli intenti di queste riforme, molti però continuarono a sostenere la natura privatistica dell'arbitrato. Queste posizioni arrivarono al culmine con la sentenza 527 del 2000 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, un autentico

²⁹ CARNELUTTI, Arbitrato estero, in Riv. Dir. Comm., 1961, I, 3741

³⁰ Legge 9 febbraio 1983, n. 28

³¹ Art. 823, ult. comma, nel testo precedente alla riforma del 2006

³² Legge 5 gennaio 1994, n. 25.

leading case della materia in esame, che in sostanza confermò la natura privatistica dell'istituto ed equiparò l'arbitrato rituale a quello irrituale: sarebbe quindi comunque stata necessaria un'omologazione per ottenere l'efficacia di giudicato per il giudizio arbitrale.

La situazione mutò, infine, nel 2006³³ quando, *"in un'ottica di autonomizzazione della giustizia privata dalla giurisdizione statale"*³⁴, si è arrivati alla formulazione dell'art. 824-bis del Codice di procedura civile, in cui espressamente si dice che *"il lodo ha dalla data della sua ultima sottoscrizione gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria"*³⁵, sostituendo quindi quanto disposto in precedenza dall'ultimo comma dell'art. 823. Questa formulazione, pur non eliminando del tutto i dubbi circa la reale natura dell'istituto, ad ogni modo equipara l'efficacia del lodo a quella della sentenza giudiziale, senza più necessità quindi di alcun tipo di omologazione.

3. Fonti dell'arbitrato

Conoscendo ora le ragioni storiche che hanno portato alla nascita e allo sviluppo dell'arbitrato, non sarà difficile riconoscere il fatto che questo è un istituto diffuso in tutto il mondo. Ciò viene testimoniato dal fatto che abbiamo, oltre ovviamente alle nostre fonti interne che disciplinano la materia, anche numerose Convenzioni internazionali.

³³ D.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40

³⁴ F. TIZI, L'imparzialità dell'arbitro e del tribunale arbitrale, p.25

³⁵ Art. 824-bis del Codice di procedura civile

La Costituzione

Partendo dalle fonti nazionali è necessario innanzitutto iniziare l'analisi di queste dalla Costituzione. L'arbitrato non compare all'interno della Carta fondamentale, tuttavia non sono mancati tentativi, più o meno riusciti, di trovare all'interno di questa il fondamento dello strumento in questione. Ciò che in ogni caso non può essere dubbio è che le disposizioni costituzionali *"costituiscano preziosi riferimenti da richiamare in via indiretta o analogica, ogniqualvolta siano espressione della funzione di "giudizio" tramite un "processo", funzione che contraddistingue il servizio arbitrale al pari di quello pubblico³⁶".* Dopo essere stato oggetto di discussione sia in dottrina che in giurisprudenza, è ormai chiaro come un appiglio dell'arbitrato alla Costituzione possa riscontrarsi comunque in vari articoli di essa, più specificamente in quelli riguardanti il diritto alla giustizia nelle sue varie sfaccettature, ora ritenuti assolutamente compatibili con questo strumento alternativo di risoluzione delle controversie. Così, ad esempio, il diritto di azione e di difesa sancito dall'art. 24 Cost. non è in alcun modo compromesso dalla scelta dell'arbitrato ma, anzi, questa scelta ne costituisce un corollario: stante il fatto che il diritto di azione può e deve essere considerato anche in senso negativo come libertà di non rivolgersi alla tutela giurisdizionale ordinaria, ecco che la scelta di optare per l'arbitrato è assolutamente legittima.

³⁶ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, Bononia University Press, 2016, p. 50

La normativa interna

A livello legislativo poi abbiamo il Codice di procedura civile, che contiene la disciplina, fortemente modificata nel tempo, dell'arbitrato nel Libro IV, titolo VIII, dall'art. 806 all'art. 840.

A fianco alla disciplina generale delineata nel codice di rito risultano però fondamentali anche le leggi speciali che ad essa si affiancano e che nel tempo si sono susseguite andando a toccare numerose specifiche materie. Ricordiamo in questa sede la disciplina dell'arbitrato con riguardo ai pubblici appalti e soprattutto – ai fini del presente lavoro - il d.lgs. 17 gennaio 2003, n.5 in materia di arbitrato societario.

Le convenzioni internazionali

Come si è detto però sopra, l'arbitrato è un istituto che ha trovato e trova tutt'ora la sua fortuna specialmente nel campo del commercio internazionale e da ciò si capisce il motivo delle numerose e importanti Convenzioni internazionali in materia, opportunamente ratificate dall'ordinamento italiano.

Prima su tutte è sicuramente la Convenzione di New York del 1958 sul riconoscimento ed esecuzione dei lodi stranieri. Questa rappresenta sicuramente uno degli esempi più riusciti di produzione normativa in tema e ciò viene rispecchiato dal fatto che, attualmente, ben 156 Paesi l'hanno ratificata. Altra Convenzione fondamentale è quella di Ginevra del 1961 sull'arbitrato commerciale internazionale. Questa Convenzione, seppur riguardante per lo più Paesi europei, è simile alla Convenzione di New York in quanto anche questa si occupa anche del riconoscimento e dell'esecuzione di lodi stranieri, ma, a differenza di questa, presenta, all'art. 1,

un'apertura verso il riconoscimento delle clausole compromissorie anche non stipulate in forma scritta. Inoltre, prevede una serie di regole procedurali. La Convenzione di Ginevra è altresì importante perché cita espressamente le *istituzioni di arbitrato permanente*³⁷. Un rapido accenno va fatto anche alla Convenzione ICSID di Washington del 1965 per il regolamento delle controversie che possono sorgere tra investitori e Stato in cui l'investimento viene operato. Questa regola quindi controversie di notevole valore economico quali ad esempio quelle riguardanti le nazionalizzazioni.

Importante poi, a livello sovranazionale, è anche la legge modello, elaborata dall'UNCITRAL, un organismo delle Nazioni Unite, allo scopo di uniformare le normative nazionali in tema di arbitrato commerciale internazionale. Questa legge è stata presa a modello da numerosi Stati ma l'Italia ha scelto di non utilizzarla.

I regolamenti arbitrali

Altra fonte fondamentale sono i regolamenti delle istituzioni arbitrali permanenti. A riguardo è necessario dire che sussiste una contrapposizione tra due figure di arbitrato: l'arbitrato ad hoc, gestito dagli arbitri stessi, e l'arbitrato amministrato, in cui la gestione è svolta da organismi chiamati istituzioni permanenti di arbitrato. La caratteristica dell'arbitrato amministrato (o istituzionale) è rappresentata dal fatto che le parti si vincolano ad uno specifico regolamento arbitrale che viene precostituito, adottato quindi da quella specifica istituzione arbitrale permanente. A livello nazionale abbiamo le camere arbitrali come la CAM di Milano, mentre esempi di istituzioni arbitrali permanenti a livello internazionale sono la ICC di Parigi o la LMAA di Londra (quest'ultima con un ruolo di spicco con riguardo alle controversie di diritto marittimo).

³⁷ Art. 1 della Convenzione di Ginevra del 1961

È da dire che i regolamenti in questione, nelle parole di La China, *non sono propriamente norme giuridiche, non costituiscono diritto oggettivo*³⁸. Questi, infatti, vincolano solamente le parti che scelgono l'arbitrato amministrato da quella determinata istituzione arbitrale permanente: in caso di contrasto tra quanto previsto nella convenzione di arbitrato e quanto previsto dal regolamento, prevale la convenzione d'arbitrato.

La volontà delle parti

Ultima fonte a cui dover fare riferimento è la volontà delle parti. *“Raramente la volontà delle parti produce effetti ed esprime la propria autonomia così ampiamente come in tema di arbitrato”*³⁹. Come si è visto infatti le parti non solo possono scegliere l'arbitro a cui affidare la risoluzione della lite, ma, se non si richiamano regolamenti arbitrali già esistenti, addirittura possono prevedere le regole che disciplineranno lo svolgimento del processo, regole che però dovranno essere sottoposte al vaglio degli arbitri prima dell'accettazione dell'incarico da parte degli stessi. Ricordiamo inoltre che *“la volontà delle parti prevale, di regola, sulla disciplina normativa di riferimento dell'arbitrato; non può invece derogare a norme imperative o, comunque, a norme di ordine pubblico”*⁴⁰.

³⁸ S. LA CHINA, L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza, Giuffrè, 2007, p.17

³⁹ M. RUBINO-SAMMARTANO, Il diritto dell'arbitrato, CEDAM, Padova, 2006, p. 83

⁴⁰ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, Diritto dell'arbitrato, Bononia University Press, 2016, p. 54

CAPITOLO 2

L'ARBITRABILITÀ DELLE CONTROVERSIE

1. Controversie arbitrabili

Nel capitolo precedente abbiamo parlato dell'arbitrato a grandi linee, cercando di capire la funzione di questo istituto e i motivi per cui questo sia nato e si sia sviluppato. Entrando nel merito di questo lavoro dobbiamo però cominciare a inquadrare l'arbitrato dal punto di vista contenutistico, andando a vedere quali controversie siano arbitrabili e quali invece non lo siano.

Il Legislatore, nel delineare la materia, non ha sciorinato una lista di controversie arbitrabili bensì ha da subito individuato il criterio che distingue le materie deferibili da quelle non deferibili ad arbitrato, stabilendo quindi che, nelle parole del Professor La China, *"l'arbitrabilità è la regola mentre la non arbitrabilità è l'eccezione"*⁴¹.

Abbiamo parlato infatti finora dell'arbitrato come di un istituto assolutamente equiparato ed alternativo alla giustizia dello Stato per il soggetto che necessita di tutela, questo però purché la situazione giuridica soggettiva da tutelare non sia indisponibile.

Il primo articolo riguardante l'arbitrato è l'art. 806 del Codice di procedura civile, articolo cardine in questo senso. Per poter trattare di questo articolo fondamentale in modo appropriato, sarebbe necessario partire dalle differenze tra l'attuale testo e quello precedente alla profonda riforma operata dal d.lgs. n.40 del 2006, ma si parlerà

⁴¹ S. LA CHINA, L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza, Giuffrè, 2007, p. 39

in maniera più incisiva di questo nella parte dedicata alle controversie non compromettibili. Ci basti per ora sapere che *“tra la soluzione di indicare espressamente le controversie compromettibili o di elencare invece solo quelle escluse, il nostro ordinamento ha scelto la seconda^{42”}*.

Il fatto che le controversie arbitrabili siano solamente quelle aventi ad oggetto diritti disponibili risultava già dalla versione originale dell’art. 806 del Codice di procedura civile, che rapportava le controversie arbitrabili a quelle suscettibili di transazione ex art. 1966 del Codice civile, altro istituto alla cui base sta la disponibilità del diritto sottostante. Ora ciò è ancora più chiaro a seguito del d.lgs. n.40 del 2006 che ha novellato l’art. 806 introducendo al primo comma l’esplicito riferimento alla necessaria disponibilità del diritto fatto valere per poter accedere all’arbitrato. L’art. 806, nella formulazione precedente, poneva come regola *“la compromettibilità di qualunque controversia inter partes, salvo poi delimitarne il contenuto sia in modo espresso, con l’esclusione delle controversie previdenziali e laburistiche e di quelle riguardanti le questioni di stato e di separazione personale tra coniugi, sia attraverso il richiamo generico alle controversie che non possono formare oggetto di transazione”⁴³*. Obiettivo della riforma del 2006 era quello di rinnovare la materia ponendo sostanzialmente, come unico criterio per l’arbitrabilità della controversia, quello della disponibilità del diritto sottostante ed infatti oggi il c.1 dell’articolo 806 c.p.c. dice espressamente che *“Le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte che non abbiano oggetto diritti indisponibili, salvo espresso divieto di legge^{44”}*.

⁴² M. RUBINO-SAMMARTANO, Il diritto dell’arbitrato, CEDAM, 2006, p. 261

⁴³ L. SALVANESCHI, Arbitrato, Wolters Kluwer Italia, 2020

⁴⁴ Art. 806, 1c del Codice di procedura civile

Le controversie arbitrabili sono quelle che hanno ad oggetto un diritto disponibile e questo lo dobbiamo al fatto che l'arbitrato si basa sull'autonomia delle parti, sul fatto che siano le parti stesse a devolvere il potere di decidere la controversia insorta tra di loro ad un arbitro. Queste, infatti, possono demandare agli arbitri di decidere la lite solamente però nei limiti in cui dispongono dei diritti oggetto della controversia. Se la controversia riguarda diritti indisponibili, le parti non possono conferire agli arbitri alcun potere di decidere quella specifica controversia. Inoltre *“qualora si ritenesse che gli arbitri possano pronunciarsi anche su diritti indisponibili, dovrebbe infatti sostenersi che il fondamento dell'arbitrato non risiede nella volontà delle parti, bensì nella legge⁴⁵”*. Ciò chiaramente sarebbe contrario alla Costituzione perché in tal modo l'arbitro eserciterebbe una funzione giurisdizionale del tutto equiparabile a quella del giudice statale.

La non arbitrabilità di controversie relative a diritti indisponibili è stata più volte affermata anche in varie ed importanti pronunce come ad esempio in *Fincantieri*, dove, nello specifico, si fa riferimento a diritti divenuti indisponibili: *“È colpita da inefficacia sopravvenuta, ai sensi dell'art. 2, 3° comma, della convenzione per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere, adottata a New York il 10 giugno 1958, la clausola compromissoria inserita in detti contratti, in quanto concernente controversie relative a diritti divenuti indisponibili; su di esse risorge pertanto la giurisdizione del giudice italiano⁴⁶”*.

⁴⁵ C. PUNZI, Disegno sistematico dell'arbitrato, Vol. I, CEDAM, 2012, p. 390

⁴⁶ *Fincantieri c. Governo dell'Iraq*, App. Genova 7 maggio 1994, Riv. Arb. 1994, 505, n. LA CHINA

Nelle parole dell'articolo in esame vediamo poi come sia possibile derogare al principio della necessaria disponibilità del diritto solamente con un'espressa previsione di legge.

Procediamo ora con l'esame di alcune materie per le quali non sussistono dubbi circa la loro arbitrabilità.

Controversie condominiali

“L'art. 1137, secondo comma cod. civ. nel riconoscere ad ogni condomino dissenziente la facoltà di ricorrere all'autorità giudiziaria, avverso le deliberazioni dell'assemblea del condominio, non pone una riserva di competenza assoluta ed esclusiva del giudice ordinario e quindi non esclude la compromettibilità in arbitri di tali controversie le quali, d'altronde, non rientrano in alcuno dei divieti sanciti dagli articoli 806 e 808 cod. proc. civ.⁴⁷”.

L'art. 1138 c.c. stabilisce, al primo comma, che *“Quando in un edificio il numero dei condomini è superiore a dieci, deve essere formato un regolamento, il quale contenga le norme circa l'uso delle cose comuni e la ripartizione delle spese, secondo i diritti e gli obblighi spettanti a ciascun condomino, nonché le norme per la tutela del decoro dell'edificio e quelle relative all'amministrazione”*. La principale fonte dell'arbitrato condominiale è quindi il regolamento contrattuale di condominio⁴⁸. Ebbene, in questo può essere inserita validamente una clausola compromissoria ma è necessario che la decisione in questo senso venga presa dai condomini all'unanimità, essendo la decisione di derogare all'autorità giudiziaria un diritto dei singoli condomini.

⁴⁷ Rossi c. Cond. Giardino di Mortara, Cass. 5 giugno 1984, n. 3406, Giust. Civ. 1985, I, 103

⁴⁸ M. DE TILLA, L'arbitrato e il condominio, in Arbitrato, ADR e conciliazione, opera diretta da M. RUBINO-SAMMARTANO, Zanichelli, 2009, p. 174

La clausola compromissoria in questione non è però applicabile alle controversie sorte tra condomini inerenti al loro autonomo diritto di proprietà sull'appartamento perché questo esula dalla disciplina della comunione. Allo stesso modo sono escluse le controversie relative a diritti di carattere assoluto, la cui fonte è estranea alla disciplina del condominio⁴⁹.

Questioni inerenti a rapporti patrimoniali di famiglia

Una delle principali differenze tra il precedente e l'attuale testo dell'art. 806 c.p.c. risiede nel fatto che ora questo non contiene più quell'esplicito riferimento alla non compromettibilità delle questioni di stato e di separazione personale fra coniugi; quindi, anche qui ora l'unico criterio è quello della disponibilità del diritto.

Tra le questioni inerenti alla separazione tra coniugi non rientrano però quelle relative agli accordi patrimoniali tra di essi.

“Dopo il d.l. n. 132 del 2014, convertito in l. n. 162 del 2014 il mutamento di status che si verifica con il divorzio, nonché le conseguenti statuizioni, patrimoniali e non patrimoniali, possono essere attuati con accordo delle parti, a certe condizioni⁵⁰”. Con riferimento alle liti familiari può quindi essere stipulata una convenzione arbitrale a patto che però “il diritto alla separazione o al divorzio sia già sorto, al verificarsi dei presupposti di legge, con l'assistenza degli avvocati che attestino la sua conformità alle norme imperative e all'ordine pubblico, nonché con il vaglio del pubblico

⁴⁹ Trib. Milano, 28 dicembre 1989, in Arch. loc., 1991, 150.

⁵⁰ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, Diritto dell'arbitrato, Bononia University Press, 2016, p. 98

*ministero*⁵¹". Quindi *"qualora non venga in discussione l'esistenza dell'obbligo ma solamente la sua misura, l'intera questione diviene compromettibile*⁵²".

Ulteriori questioni che hanno riguardato l'arbitrabilità

Ad ogni modo, e in conclusione di questo paragrafo, oltre a parlare di specifiche materie in cui le controversie sono compromettibili, è necessario "sfatare" alcuni miti. C'è infatti la tendenza a ritenere non arbitrabili determinate materie, senza che ciò si traduca, come vedremo, in realtà.

La prima di queste questioni riguarda la non arbitrabilità di materie soggette a rito speciale, *"data l'impossibilità di trasporre le relative regole processuali in arbitrato, che trova la sua disciplina unicamente negli artt. 806 ss.*⁵³". Ebbene, il rito speciale in sé in realtà non rappresenta motivo di non compromettibilità della controversia: l'unico elemento da dover tenere in considerazione rimane infatti la disponibilità dei diritti in gioco.

La seconda questione riguarda poi le materie per cui è necessario l'intervento o l'azione del pubblico ministero. L'orientamento maggioritario sostiene infatti che innanzitutto l'azione del p.m. sarebbe sicuro indice di indisponibilità del diritto, mentre l'intervento obbligatorio manterrebbe inalterata la disponibilità, ove tale sia a prescindere, ma, in ogni caso, influirebbe sulle *"modalità dell'esercizio dell'azione e di elementi della sua struttura*⁵⁴". In realtà, anche qui, l'intervento del p.m. non è di per

⁵¹ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, Bononia University Press, 2016, p. 100

⁵² M. RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, CEDAM, 2006, p. 300

⁵³ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, Bononia University Press, 2016, p. 83

⁵⁴ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, Bononia University Press, 2016, p. 85

sé indice di non arbitrabilità della controversia, stante il fatto che questo ruolo continua ad averlo la disponibilità del diritto fatto valere.

Ultimo mito da sfatare è quello che riguarda la presenza di un doppio legame tra incompromettibilità del diritto e inderogabilità della normativa. Se infatti è vero che i diritti indisponibili sono sempre regolati da norme imperative, non è vero il contrario. Questo è un aspetto su cui di frequente anche la stessa giurisprudenza tende a cadere in errore. Un esempio in questo senso sono le controversie di lavoro: sappiamo come queste siano regolate da norme inderogabili, ma abbiamo anche visto come, se ciò sia previsto dalla legge o dai contratti collettivi, queste liti siano assolutamente compromettibili. Altra disciplina regolata da norme imperative è ad esempio quella delle locazioni immobiliari, ma ciò non significa, di per sé, che le relative controversie non possano essere devolute ad arbitri.

2. Controversie limitatamente arbitrabili

Controversie di lavoro

Le controversie laburistiche, come si è visto nella versione precedente dell'art. 806 c.p.c., erano escluse dal novero delle materie arbitrabili. *“Si riteneva infatti che la tutela dei diritti dei lavoratori potesse attuarsi compiutamente solo attraverso l'esercizio della giurisdizione statale, che forniva maggiori garanzie in considerazione*

dello status di debolezza contrattuale ed economica del lavoratore⁵⁵". Il Legislatore del 1940 così vietò in toto l'arbitrato nelle controversie di lavoro.

Tuttavia, questa esclusione, un tempo assoluta, si è andata nel tempo affievolendo, facendo sì che anche per questa tipologia di liti si possa aprire la via arbitrale, anche se, è da dire, non senza difficoltà.

Già con la l. 533 del 1973, ferma restando la regola generale della non arbitrabilità delle controversie laburistiche, si introdusse anche un'eccezione: sarebbe stato possibile deferire le controversie riguardanti la materia in questione ad arbitri purché la clausola compromissoria fosse inserita in contratti o accordi collettivi e, tra gli altri aspetti, purché le parti in ogni caso fossero state libere di non esercitare questa clausola preferendo invece di rivolgersi al giudice ordinario. *"La devoluzione della controversia ad arbitrato rituale era dunque sottoposta, in un'ottica di maggiore garanzia per il lavoratore, al concorso di un duplice consenso⁵⁶"*, quello delle organizzazioni stipulanti gli accordi o contratti collettivi, e quello dei singoli lavoratori che potevano in ogni caso scegliere la via giudiziale ordinaria.

Successivamente il Legislatore è intervenuto nel 1998 in due diverse, e ravvicinate, occasioni. Con il d. lgs. 80 del 1998 sono stati introdotti gli articoli 412 ter e 412 quater c.p.c.: il sistema qui delineato, per gli aspetti che interessano in questa sede, non si discosta molto da quello introdotto nel 1973. Senonché poco dopo il legislatore delegato, con il d. lgs. 387 del 1998, ha introdotto delle modifiche alla

⁵⁵ M. RUBINO-SAMMARTANO e S. CASCIARO, Le controversie di lavoro, in Arbitrato, ADR e conciliazione, opera diretta da M. RUBINO-SAMMARTANO, Zanichelli, 2009, p. 142

⁵⁶ M. RUBINO-SAMMARTANO e S. CASCIARO, Le controversie di lavoro, in Arbitrato, ADR e conciliazione, opera diretta da M. RUBINO-SAMMARTANO, Zanichelli, 2009, p. 144

disciplina precedentemente introdotta: l'arbitrato previsto dai contratti collettivi ora sarebbe stato irrituale.

Questa stratificazione di discipline ha ovviamente creato non pochi dibattiti tra chi intendeva l'arbitrato laburistico come rituale e chi lo riteneva invece come irrituale. Non mancò anche chi sosteneva una terza via, mediana rispetto a quella rituale e irrituale.

Con il d. lgs. 40 del 2006 nulla di quanto appena visto con riguardo agli articoli 412 ter e quater è stato innovato. *“Si è però opportunamente chiarito, con il novellato art. 806 c.p.c., 2c, che le controversie individuali di lavoro possono essere decise anche mediante arbitrato rituale, sempre che tale facoltà sia prevista dalla legge o dai contratti o accordi collettivi di lavoro⁵⁷”*.

Quindi per quanto concerne le controversie in materia di lavoro ex art. 409 c.p.c., oggi queste possono essere decise da arbitrato irrituale, secondo il sistema delineato dall'introduzione degli articoli 412 ter e quater c.p.c., sia da arbitrato rituale come statuito dal nuovo art. 806 c.p.c., che lo condiziona però alla previsione di legge o di accordo o contratto collettivo, introducendo un *“inversione del principio dell'arbitrabilità delle controversie disponibili⁵⁸”*.

Rimane fermo in ogni caso che potranno essere oggetto di arbitrato solamente le controversie individuali di lavoro aventi ad oggetto diritti disponibili.

⁵⁷ M. RUBINO-SAMMARTANO e S. CASCIARO, Le controversie di lavoro, in Arbitrato, ADR e conciliazione, opera diretta da M. RUBINO-SAMMARTANO, Zanichelli, 2009, p. 151

⁵⁸ C. PUNZI, Disegno sistematico dell'arbitrato, Vol. I, CEDAM, 2012, p. 419

Diritto amministrativo

Il settore delle controversie arbitrali inerenti alla Pubblica Amministrazione è, storicamente, in gran parte occupato dalle liti relative alla materia degli appalti pubblici. Di queste si parlerà in maniera approfondita tra poco, ma è da dire che non esauriscono il novero delle controversie amministrative sottoponibili ad arbitrato. È però ora necessario soffermarsi su alcune importanti questioni.

Innanzitutto, è subito doveroso operare una distinzione di fondo. Se la situazione giuridica soggettiva di cui gode il cittadino nei confronti della PA è quella del diritto soggettivo, allora si è in questo caso in una posizione di parità, in cui il cittadino stesso gode di piena tutela: la controversia può tranquillamente essere devoluta ad arbitri⁵⁹. Qualora invece la situazione giuridica soggettiva del cittadino sia quella dell'interesse legittimo, ecco che non si è più in una situazione di parità con la PA, ma abbiamo una supremazia di quest'ultima. *“In tal caso la tutela di tale interesse compete solamente al giudice amministrativo, il quale potrà annullare il provvedimento, o reintegrare nella situazione anteriore, e la controversia non può essere sottoposta ad arbitri⁶⁰”*.

Per individuare le controversie amministrative che possono essere oggetto di arbitrato è necessario fare riferimento ad alcuni ostacoli che hanno riguardato la materia in esame.

Il primo ostacolo era rappresentato dalla *“teoria della indisponibilità della materia del contendere da parte della Pubblica Amministrazione⁶¹”*: il provvedimento

⁵⁹ M. RUBINO-SAMMARTANO, Il diritto dell'arbitrato, CEDAM, 2006, p. 201

⁶⁰ M. RUBINO-SAMMARTANO, Il diritto dell'arbitrato, CEDAM, 2006, p. 201

⁶¹ M. RUBINO-SAMMARTANO, Il diritto dell'arbitrato, CEDAM, 2006, p. 202

amministrativo era considerato un *“patrimonio della collettività⁶²”* e quindi nemmeno la PA stessa poteva disporre. Questa idea era sentita come un dogma, dato anche il fatto che per decenni l'arbitrato e il diritto amministrativo si sono mossi su binari paralleli. Un cambio di visione del rapporto tra amministratore e amministrato verso l'idea di un'Amministrazione perfettamente capace di relazionarsi al cittadino e di risolvere le controversie sorte con esso ha fatto in modo di prevedere anche la possibilità che queste liti potessero essere devolute anche in arbitrato.

Altra problematica inerente all'arbitrato nelle controversie amministrative riguardava poi l'ambito in cui questo poteva inserirsi. Era infatti opinione diffusa che potevano essere arbitrabili esclusivamente le controversie aventi ad oggetto diritti soggettivi solamente se rientranti nella giurisdizione ordinaria. Altra parte della dottrina non era però concorde: Fazzalari⁶³ e alcune pronunce arbitrali⁶⁴ hanno infatti sostenuto che potevano formare oggetto di arbitrato tutte le controversie ex art. 806 c.p.c., senza prendere in considerazione l'appartenenza della lite alla giurisdizione del giudice ordinario o a quella esclusiva del giudice amministrativo. Per arrivare ad una soluzione definitiva della questione è stato necessario attendere l'art. 12 del codice del processo amministrativo, il quale conferma che *“le liti aventi ad oggetto diritti soggettivi devoluti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo possono*

⁶² C. CONSOLO, L'oscillante ruolo dell'arbitrato al crescere della giurisdizione esclusiva e nelle controversie sulle opere pubbliche, AA.VV., Arbitrato e Pubblica Amministrazione, cit., 45.; G. CAIA, Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo. I presupposti e le tendenze, 1989, Milano; V. DOMENICHELLI, Giurisdizione amministrativa ed arbitrato: riflessioni e interrogativi, in Dir. proc. amm., 1996.

⁶³ FAZZALARI, L'arbitrato, UTET, 1997, 123 e ss.

⁶⁴ Coll. Arb. (Verde Pres. Cesarò e Testa), Napoli 18 maggio 1994, Riv. Arb. 1994, 805.

essere affidate ad arbitri, purché l'arbitrato sia rituale, di diritto, ai sensi degli artt. 806 ss. c.p.c.⁶⁵”.

Controversie sui contratti pubblici

Già nel codice del 1865 era prevista la possibilità per cui le controversie eventualmente sorte tra appaltatore e Amministrazione potessero essere devolute ad arbitrato. “La legge, quindi, subordinava espressamente alla volontà delle parti l'inserimento di una clausola compromissoria nel singolo contratto di appalto⁶⁶”.

Successivamente la materia dell'arbitrato nei contratti pubblici ha subito nel corso del tempo una notevole serie di ribaltamenti di fronte, passando da periodi in cui il ricorso a tale istituto era obbligatorio a periodi in cui invece era addirittura vietato. Più specificamente, “con l'introduzione delle c.d. leggi Merloni (l. n. 109 del 1994; l. n. 216 del 1995; l. n. 415 del 1998; a cui è seguita poi la l. n. 166 del 2002, art. 7), è iniziata una vera e propria altalena: dal divieto di arbitrato si è passati all'obbligo e poi di nuovo alla facoltatività dell'arbitrato⁶⁷”.

Nel 2006 si assiste poi all'introduzione nel nostro ordinamento del c.d. codice dei contratti pubblici⁶⁸, che conferma la natura facoltativa dell'arbitrato in questo settore ma, poco dopo, la disciplina è cambiata nuovamente.

La legge 244 del 2007 infatti “vietava alle pubbliche amministrazioni e alle società interamente possedute o maggiormente partecipate dalle stesse, nonché agli enti pubblici economici e alle società interamente possedute o maggiormente partecipate

⁶⁵ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, Bononia University Press, 2016, p. 106

⁶⁶ D. GIACOBBE, *L'arbitrato e le opere pubbliche*, in *Arbitrato, ADR e conciliazione*, opera diretta da M. RUBINO-SAMMARTANO, Zanichelli, 2009, p. 265

⁶⁷ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, Bononia University Press, 2016, p. 110

⁶⁸ (d.lgs. n. 163 del 2006)

da questi ultimi, «di inserire clausole compromissorie in tutti i loro contratti aventi ad oggetto lavori, forniture e servizi ovvero, relativamente ai medesimi contratti, di sottoscrivere compromessi», precisando altresì che «le clausole compromissorie ovvero i compromessi comunque sottoscritti sono nulli e la loro sottoscrizione costituisce illecito disciplinare e determina responsabilità erariale per i responsabili dei relativi procedimenti⁶⁹». Questa disposizione poi è stata abrogata dal d.lgs. 53 del 2010 che ha inserito nel codice degli appalti un'apposita disciplina che pone però una fondamentale distinzione tra clausola compromissoria, che può essere inserita nei contratti pubblici, e compromesso, per cui invece è previsto un esplicito divieto di arbitrato.

Controversie in materia di locazioni

In linea generale le controversie nascenti da un contratto di locazione ben possono essere deferite ad arbitri, dato che hanno ad oggetto diritti disponibili. Tuttavia, l'arbitrabilità della materia in esame presenta alcuni limiti.

È necessario innanzitutto partire dall'art. 54 della l. 392 del 1978, che afferma: «è nulla la clausola con la quale le parti stabiliscono che le controversie relative alla determinazione del canone siano decise dagli arbitri». Quindi il divieto di arbitrato riguarda solamente la determinazione del canone e, a seguito della pronuncia della Cassazione n. 9211 del 1999, la sua revisione, il suo aggiornamento o il suo adeguamento. Il divieto in questione è stato però abrogato all'art. 14 della l. 431 del 1998 con riferimento inizialmente alle sole locazioni ad uso abitativo ma, successivamente, l'abrogazione ha poi riguardato anche le locazioni ad uso diverso,

⁶⁹ C. PUNZI, Disegno sistematico dell'arbitrato, Vol. I, CEDAM, 2012, pp. 426-427

conseguentemente all'ordinanza n. 14861 del 2017 della Cassazione a Sezioni Unite. Sono quindi ora legittimamente arbitrabili anche le controversie relative al canone.

Altri limiti all'arbitrabilità delle controversie locative riguardano l'ambito processuale. Alcuni procedimenti, infatti, come quello per intimazione di licenza o di sfratto per finta locazione ex art. 657 c.p.c. e quello di intimazione di sfratto per morosità ex art. 658 c.p.c., ricadono sotto la competenza funzionale ed inderogabile del giudice ordinario, secondo quanto previsto dall'art. 661 c.p.c.: *“Quando si intima la licenza o lo sfratto, la citazione a comparire deve farsi inderogabilmente davanti al tribunale del luogo in cui si trova la cosa locata”*. Si sta infatti parlando di procedimenti speciali, riservati al giudice ordinario. In questi casi però *“la clausola compromissoria spiegherà i suoi effetti nella fase successiva dell'ordinario processo di cognizione, nel quale non sussiste alcuna preclusione per la deferibilità agli arbitri del relativo giudizio di merito⁷⁰”*.

Fallimento

Arbitrato e fallimento non sono stati sempre visti come due istituti compatibili.

Nella materia in esame la legge fondamentale è il R.D. 16 marzo 1942 n. 267, la c.d. legge fallimentare. Il fatto che in questo testo non sia stata fatta menzione dell'arbitrato ha fatto nascere in molti la convinzione che per questo istituto, in questa materia, non c'era spazio.

Le ragioni di questa ritrosia devono riscontrarsi nel particolare tipo di procedimento che è quello fallimentare. Il procedimento arbitrale infatti può venire in gioco come alternativa al procedimento dinanzi al giudice ordinario e non trova invece spazio

⁷⁰ Cass., 14 maggio 1997, m. 4258, in Foro it., 1997, I, 1748 e in Arch. loc., 1997, 620.

nell'ambito di procedimenti sommari o speciali, in cui vengono in gioco anche poteri non replicabili dall'arbitro. *"La specialità del rito è connaturata all'effetto a cui la procedura fallimentare tende, vale a dire la liquidazione concorsuale⁷¹"*, e questa si può realizzare solamente nelle precise forme previste dalla legge: *"solo la procedura prevista dalla legge è in grado di rispettare il principio della par condicio creditorum, sicché il rito è un tutt'uno con l'oggetto del processo⁷²"*.

Tuttavia, uno spazio per l'arbitrato nella materia fallimentare c'è, infatti la riforma della materia fallimentare operata dal d.lgs. 9 gennaio 2006 n. 5 ha introdotto l'art. 83 bis, intitolato "Clausola arbitrale", ma è necessario delimitare questo spazio.

Ebbene la distinzione da fare è tra situazioni in cui sono in gioco debiti a sfavore della massa e crediti o diritti a favore della massa. Nel primo caso non si può in fatti prescindere dal rispetto della procedura fallimentare, e quindi l'arbitrato è escluso, dato che si sta parlando di procedimenti, quali *"il decreto di esecutività dello stato passivo (art. 97 l. fall), il decreto con cui il giudice delegato ammette in via tardiva il creditore al concorso (art. 101, terzo comma, l. fall.), quello pronunciato a seguito di domande di rivendicazione, separazione e restituzione di cose mobili ex art. 103 l. fall. ed, infine, il decreto di esecutività del piano di riparto (art. 110 l. fall.)⁷³"*, volti ad accertare il passivo e per cui quindi è necessario rispettare i principi della *par condicio creditorum* e del *simultaneus processus⁷⁴*.

⁷¹ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, Diritto dell'arbitrato, Bononia University Press, 2016, p. 84

⁷² E. ZUCCONI GALLI FONSECA, Diritto dell'arbitrato, Bononia University Press, 2016, p. 84

⁷³ S. VINCRE, Arbitrato rituale e fallimento, CEDAM, 1996, p. 14

⁷⁴ N. SOTGIU, Rapporti tra arbitrato e procedure concorsuali, in C. PUNZI, Disegno sistematico dell'arbitrato, Vol. III, CEDAM, 2012, p. 498

Nel secondo caso invece abbiamo invece *“tutte le situazioni attive derivanti dalla stipula di contratti da parte del curatore, dal subentro di costui in rapporti già avviati dal fallito, dalle azioni revocatorie degli artt. 64 ss. l. fall. e dalle procedure endofallimentari che fanno ricorso al rito ingiuntivo⁷⁵”,* comunque situazioni che non sono di competenza del giudice fallimentare e che quindi possono formare oggetto di arbitrato.

Controversie agrarie

A lungo sono sussistiti dubbi circa la compromettibilità delle controversie agrarie. L'argomento in questione è stato uno di quelli che più ha subito l'abbaglio dell'equiparazione tra inderogabilità della disciplina e incompromettibilità della materia, specialmente nel campo dell'affitto dei fondi rustici, come si rinviene in molte pronunce giurisprudenziali⁷⁶. Come si è già ripetuto però questo non può essere un criterio utile e quindi chi sosteneva la tesi della non arbitrabilità *“ha ritenuto di trarre la non compromettibilità dalla disciplina sostanziale dell'affitto di fondi rustici (art. 23 l. 11 febbraio 1971, n. 11) laddove essa sembra valicare la semplice inderogabilità, nella parte in cui stabilisce la invalidità di rinunce e transazioni, introducendo un regime di indisponibilità delle situazioni soggettive e, quindi, la esclusione della controversia dalla risoluzione arbitrale⁷⁷”*. In realtà però l'art. 23 in questione traduceva nel campo dell'affitto dei fondi rustici l'art. 2113 c.c. relativo alle controversie di lavoro, che in alcun modo impedisce l'arbitrato e che

⁷⁵ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, Bononia University Press, 2016, p. 84

⁷⁶ Ad es. Trib. Tortona 16 maggio 1972 in *Giur. agr.* 1972 in tema di determinazione dell'equo canone nell'affitto di fondi rustici,

⁷⁷ C. CECHELLA, *L'arbitrato in Giurisprudenza sistematica di diritto processuale civile* diretta da A. PROTO PISANI, UTET, Torino, 1991, p.10

permetteva la risoluzione conciliata e transattiva delle controversie, cosa che non sarebbe possibile se la materia fosse indisponibile⁷⁸.

Nell'ambito delle controversie agrarie, ciò che realmente impedisce l'arbitrabilità riguarda quelle situazioni in cui, *"contestualmente al rapporto contrattuale, è presente un provvedimento amministrativo cui corrisponde un potere della P.A. di concessione di beni pubblici indisponibili; è il caso dell'assegnazione di fondi rustici, poiché la presenza di un potere della P.A. rende la materia indisponibile e quindi non compromettibile"*⁷⁹. In realtà è da dire che molti sostengono come la sottrazione di queste controversie dall'alveo dell'arbitrabilità non muove esattamente dall'indisponibilità della materia, quanto dal fatto che questa rientri nella giurisdizione del giudice amministrativo e non in quella del giudice ordinario, nell'ottica che si è già smentito in precedenza secondo cui il fatto che la materia rientri in una giurisdizione speciale sia di per sé indice di non arbitrabilità.

3. Controversie non arbitrabili

Dopo aver delineato quali siano le controversie compromettibili, andiamo ora ad individuare quelle che invece non possono formare oggetto di arbitrato. Prima però di concentrarci sulle liti non arbitrabili perché aventi ad oggetto diritti non disponibili, dobbiamo parlare di diritti non arbitrabili in generale andando a chiarire alcune importanti questioni.

⁷⁸ C. CECHELLA, L'arbitrato in Giurisprudenza sistematica di diritto processuale civile diretta da A. PROTO PISANI, UTET, Torino, 1991, p.10

⁷⁹ C. CECHELLA, L'arbitrato in Giurisprudenza sistematica di diritto processuale civile diretta da A. PROTO PISANI, UTET, Torino, 1991, p.11

Trattando di questo argomento, si è iniziato dicendo che l'arbitrato si pone come un'alternativa al processo civile svolto dinanzi ad un giudice statale. Tuttavia, l'arbitro non può sostituirsi in toto al giudice ordinario, *“bensì può in qualche modo sostituirsi al giudice nelle controversie il cui processo è disciplinato dal secondo libro del codice di procedura civile. Non sono abilitati a dirigere esecuzioni, emettere provvedimenti di volontaria giurisdizione o all'esito di procedimenti sommari o speciali (quali sono i decreti ingiuntivi, le convalide, le ordinanze di sfratto). Gli arbitri non possono emettere provvedimenti cautelari o provvedimenti equiparati (in particolare in seguito a denunce di nuova opera o di danno temuto o a ricorsi per la reintegrazione nel possesso o per la manutenzione dello stesso).^{80”}.*

Ebbene ciò significa anche che, con riguardo all'ambito delle controversie arbitrabili, potranno essere compromettibili solamente quelle liti che l'ordinamento permette di dirimere con queste modalità. Per quanto quindi l'aspetto della indisponibilità del diritto sia fondamentale per verificare se una data controversia sia arbitrabile o no, è necessario prima verificare se *“il legislatore consenta l'esperimento, su una determinata lite, di un accertamento tramite processo privato^{81”}*. Ma quali sono i casi i cui l'ordinamento non permette l'accertamento di un diritto tramite l'arbitrato? *“A questo proposito è necessario richiamare una distinzione, operata dalla dottrina francese, tra ordine pubblico di direzione, che comprende i principi essenziali che fanno prevalere l'interesse generale su quello del singolo, e ordine pubblico di protezione, che invece tutela l'equilibrio sostanziale fra le parti^{82”}*. Ebbene, quando ci si trova dinanzi a

⁸⁰ G. VERDE, Lineamenti di diritto dell'arbitrato, Giappichelli, p. 78

⁸¹ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, Diritto dell'arbitrato, Bononia University Press, 2016, p. 89

⁸² E. ZUCCONI GALLI FONSECA, Diritto dell'arbitrato, Bononia University Press, 2016, pp. 90-91

situazioni di cui al primo caso, in cui i diritti individuali cedono di fronte all'interesse generale, ecco che non sarà possibile lo svolgimento dell'arbitrato per accertare il diritto.

Quanto abbiamo appena visto però non deve essere considerato in ogni caso come un dogma, perché *“su determinati diritti individuali, l'interesse generale che vi sottende non è tale da impedire al titolare di scegliere un processo privato per l'accertamento del proprio diritto⁸³”*. La preoccupazione più grande in questi casi, che tende ad escludere quindi l'arbitrato, riguarda il fatto che la parte debole possa ritrovarsi, in caso di scelta dell'arbitrato, in una situazione di svantaggio dal punto di vista procedurale. Ecco che allora è necessario che *“l'arbitrato debba assicurare alla parte debole la stessa tutela del processo statale e ciò è possibile solo se sia svolto con particolari modalità⁸⁴”*, quali ad esempio l'assicurarsi della consapevolezza effettiva della scelta di questo strumento, affinché vengano disposte maggiori garanzie rispetto al processo civile ordinario e quindi di modo da restringere i casi di divieto di arbitrato.

Entrando nel merito della questione e appurato al paragrafo precedente che il criterio che distingue tra arbitrabilità e non arbitrabilità della controversia è quello della disponibilità del diritto fatto valere nella lite, occorre adesso chiederci il motivo: perché le controversie aventi ad oggetto diritti indisponibili non possono formare oggetto di arbitrato? La risposta è insita nel fatto che l'arbitro è dotato del potere di decidere la lite solo in tanto e in quanto questo potere gli viene affidato dalle parti in causa. Queste, infatti, possono dotare l'arbitro di decidere della loro lite solo nella misura in

⁸³ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, Bononia University Press, 2016, p. 91

⁸⁴ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, Bononia University Press, 2016, p. 91

cui dispongono del diritto fatto valere. Nel caso di un giudizio di fronte al giudice invece questo problema non si pone neanche: non fa alcuna differenza che le parti dispongano o meno dei diritti in gioco perché il giudice decide per autorità propria, non grazie al potere a lui affidato dalle parti. Tra le controversie non arbitrabili abbiamo sicuramente quelle che riguardano i diritti indisponibili che appartengono a quello che si è in precedenza definito come ordine pubblico di direzione e cioè quelli che chiamiamo diritti personalissimi come, ad esempio, il diritto alla vita e all'integrità fisica.

L'art. 806 c.p.c. anche qui fa da punto di riferimento, ma non esaurisce il novero delle materie non compromettibili. Nel testo originale dell'art. 806 c.p.c., precedente alla riforma attuata dal d.lgs. n.40 del 2006, era stabilito che *“Le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte, tranne quelle previste negli articoli 409 e 442, quelle che riguardano questioni di stato e di separazione personale tra coniugi e le altre che non possono formare oggetto di transazione”*. Si è già accennato delle controversie che non possono formare oggetto di transazione e quindi ci si concentra ora sulle altre. Dell'art. 409, riguardante le controversie individuali in materia di lavoro, continua a disporre lo stesso art. 806 c.p.c., ora al secondo comma, assoggettandole al c.d. regime di arbitrabilità attenuata⁸⁵, di cui si parlerà in seguito ma che abbiamo già visto significare che le liti in questione possono essere arbitrabili solo se previsto dalla legge o dai contratti collettivi. Delle questioni riguardanti stato e separazione personale tra coniugi continua a disporre invece l'art. 147 disp. att. c.p.c., sancendo la

⁸⁵ S. LA CHINA, L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza, Giuffrè, 2007, p. 42

mancanza di efficacia dell'arbitrato, rituale o irrituale, per le controversie in materia di previdenza e di assistenza obbligatorie.

È importante inoltre sottolineare come, nonostante la regola generale di cui all'art. 806 c.p.c. faccia coincidere la disponibilità del diritto sottostante con l'arbitrabilità della controversia, è fatta comunque salva la possibilità per il Legislatore, *“nel rispetto del principio di ragionevolezza, rendere incompromettibili per arbitri controversie aventi ad oggetto diritti altrimenti disponibili, o subordinarne la compromettibilità a requisiti ulteriori rispetto alla disponibilità dei diritti, come lo stesso comma 1° dell'art. 806 c.p.c. si incarica di precisare («salvo espresso divieto di legge»)»*⁸⁶. Un esempio di ciò è stato ravvisato nell'art. 34, comma 5 del d.lgs. 5 del 2003, che esclude l'arbitrato per le controversie per le quali l'intervento del pubblico ministero sia obbligatorio, indipendentemente quindi dal fatto che queste abbiano ad oggetto diritti indisponibili o meno.

*“La centralità del criterio della disponibilità del diritto controverso porta, inoltre, ad escludere l'arbitrabilità delle controversie attribuite alla giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo e, di converso, ad ammettere l'arbitrabilità delle controversie su diritti soggettivi attribuite alla giurisdizione esclusiva dello stesso”*⁸⁷. La giustificazione di ciò sta nel fatto che le controversie inerenti interessi legittimi, affidate alla giurisdizione del giudice amministrativo, sono legate a doppio filo al potere discrezionale della pubblica amministrazione, elemento sottratto alla disponibilità delle parti.

⁸⁶ C. PUNZI, Il processo civile. Sistema e problematiche. Vol. III: i procedimenti speciali e l'arbitrato, p. 175

⁸⁷ C. PUNZI, Il processo civile. Sistema e problematiche. Vol. III: i procedimenti speciali e l'arbitrato, p.176

“Ulteriori limiti all'arbitrabilità sono invece correlati al tipo e al contenuto della domanda rivolta agli arbitri dalle parti, cioè al tipo di «tutela» richiesta. Il processo per arbitri ha infatti soltanto carattere cognitivo, contenzioso e definitivo: è quindi impossibile applicare detto mezzo a procedimenti che seguono forme processuali diverse dal rito di cognizione ordinario, come nel caso della cognizione sommaria”⁸⁸.

Differenze rispetto alla non arbitrabilità precedente alla riforma del 2006

Il nuovo art. 806 c.p.c. sancisce la regola fondamentale secondo cui, salvo espresso divieto di legge, le parti possono far decidere ad arbitri le controversie che non hanno per oggetto diritti indisponibili. Ciò, comunque, non si pone come una rivoluzione rispetto al testo precedente dell'articolo: mentre ora si parla di diritti indisponibili, prima si escludeva l'arbitrato per le controversie che non potevano formare oggetto di transazione. Il nuovo testo dell'articolo 806 c.p.c. ha quindi il merito di aver *“ripulito”* la normativa eliminando il riferimento alla transazione.

Il nuovo art. 806 ha quindi posto come unico criterio per la distinzione tra controversie arbitrabili e non quello della disponibilità del diritto oggetto della lite, salvo diversa disposizione di legge. Quest'ultima parte però ha dato il destro ad alcuni problemi interpretativi. Alcuni, infatti, hanno evidenziato come questa disposizione, *“sul piano strettamente letterale lasciava spazio per ipotizzare la possibile introduzione nell'ordinamento di disposizioni di legge volte a consentire l'arbitrato su materie non disponibili”⁸⁹*. In realtà, come sostenuto da importanti autori come Punzi, la clausola della *“diversa disposizione di legge”* deve essere intesa *“non già nel senso*

⁸⁸ C. PUNZI, Il processo civile. Sistema e problematiche. Vol. III: i procedimenti speciali e l'arbitrato, p.176

⁸⁹ G. RUFFINI, La riforma della disciplina dell'arbitrato (L. n. 80/2005 e D. lgs. N. 40/2006) a cura di E. Fazzalari, Giuffrè, 2006, p. 54

di consentire l'arbitrabilità di controversie aventi ad oggetto diritti non disponibili, ma come possibilità conferita al legislatore delegato di prevedere ulteriori requisiti in aggiunta al metro della disponibilità dei diritti⁹⁰". Ciò a cui si è arrivati quindi è stato un restringimento dell'area dell'arbitrabilità, arrivando anche a vietare l'arbitrato anche su controversie aventi ad oggetto diritti disponibili, oppure arrivando a subordinarne l'utilizzo al rispetto di ulteriori requisiti rispetto a quello della disponibilità del diritto.

È proprio qui che assistiamo alla vera novità del nuovo art. 806 c.p.c.: si sta parlando dell'introduzione del concetto di arbitrabilità attenuata, contrapposto a quello di non arbitrabilità assoluta di cui si è discusso nel paragrafo precedente. L'arbitrabilità attenuata è una *"situazione che trae fondamento dal peculiare fenomeno di indisponibilità relativa, o attenuata, di determinati diritti sostanziali; è da ciò, infatti, che deriva la attenuata possibilità di portare in arbitrato le relative controversie, assoggettata cioè a condizioni molto restrittive⁹¹".* Il tipico esempio delle controversie soggette a questo regime è rappresentato, come si è visto, dalle liti individuali di lavoro, per cui l'art. 806 c.p.c. pone, per la loro arbitrabilità, l'ulteriore requisito della previsione di ciò da parte della legge o dai contratti o accordi collettivi di lavoro. *"Si tratta peraltro di una scelta coerente con l'assetto costituzionale dell'arbitrato, che, trovando il suo necessario fondamento nella volontà delle parti e nel loro potere di disporre dei diritti soggettivi, non può evidentemente svolgersi al di là dei limiti posti alla stessa volontà dall'ordinamento⁹²".*

⁹⁰ C. PUNZI, Ancora sulla delega in tema di arbitrato, cit. 969

⁹¹ S. LA CHINA, L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza, Giuffrè, 2007, p. 47

⁹² G. RUFFINI, La riforma della disciplina dell'arbitrato (L. n. 80/2005 e D. lgs. N. 40/2006) a cura di E. Fazzalari, Giuffrè, 2006, p. 55

CAPITOLO 3

L'ARBITRATO E LA DISPONIBILITÀ DEI DIRITTI

1. Diritti disponibili e indisponibili

Centrale in questo lavoro è stato l'art. 806 c.p.c., e ancora da questo articolo è necessario partire per arrivare all'argomento nodale e cioè la disponibilità dei diritti come criterio quasi totale per distinguere tra controversie arbitrabili e non.

Prima di ciò è però necessario individuare un qualche elemento nozionistico. Non si vuole in questa sede andare a fondo alla vicenda della definizione di indisponibilità, di una complessità tale da avere negli anni costituito il fulcro di un importante dibattito dottrinale tra illustri autori, i quali hanno tutti cercato di far ricondurre questo concetto ora ad uno e ora ad un altro elemento, quali ad esempio la capacità di agire.

“Non è facile dare un'esatta nozione di disponibilità: è un concetto influenzato da una serie di fattori, come il periodo storico, i valori culturali ed il contesto nel quale il diritto viene in rilievo⁹³”. Esistono chiaramente diritti che sono indisponibili per loro natura, quali ad esempio il diritto alla vita e all'integrità fisica, i c.d. diritti personalissimi, ma esistono anche diritti la cui indisponibilità non è così lampante.

Notiamo innanzitutto come molti, stanti le difficoltà che abbiamo visto nell'arrivare ad una nozione, tentano di arrivare ad una definizione di indisponibilità scartando per primi gli elementi che in passato hanno generato confusione ma che in realtà nulla hanno a che fare con l'indisponibilità del diritto. Alcuni di questi aspetti sono già stati

⁹³ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, Bononia University Press, 2016, p. 82

analizzati nel corso di questo lavoro. Si allude ad esempio al fatto che l'inderogabilità delle norme non deve essere confusa con l'indisponibilità del diritto perché anche se l'indisponibilità di un diritto è regolato da una norma inderogabile, non è vero che una norma inderogabile disciplini in ogni caso un diritto indisponibile.

Sempre analizzando ciò che non deve essere confuso e che non determina l'indisponibilità del diritto aggiungiamo ora che *“non sono indisponibili le conseguenze risarcitorie di un diritto indisponibile, sia con riferimento all'an, sia per quanto riguarda il quantum, trattandosi comunque di conseguenze patrimoniali della lesione stessa⁹⁴”*.

Cercando invece la nozione di disponibilità dal punto di vista positivo, l'impostazione classica è quella che la lega a doppio filo alla rinunciabilità: un diritto è disponibile se può essere rinunciato. Ma questa nozione *“se è idonea a descrivere nel campo del diritto sostanziale per macro categorie i diritti caratterizzati o meno dalla disponibilità, non sembra invece ugualmente idonea a delimitare nel campo del diritto processuale ciò che può essere sottratto dalla volontà privata al giudice ordinario e ciò che invece deve essergli riservato⁹⁵”*.

In molti settori del diritto, infatti, questo assunto non è propriamente veritiero e nel campo del diritto societario, ad esempio, questo emerge con maggiore forza. Qui abbiamo infatti molti diritti non rinunciabili o cedibili ma che possono tranquillamente essere oggetto di un giudizio arbitrale. *“Basti pensare ad esempio al diritto dei soci all'approvazione di delibere assembleari che siano conformi alla legge e all'atto costitutivo e che abbiano oggetto lecito e possibile, nonché quello alla*

⁹⁴ L. SALVANESCHI, Arbitrato, Wolters Kluwer Italia, 2020

⁹⁵ L. SALVANESCHI, Arbitrato, Wolters Kluwer Italia, 2020

convocazione dell'assemblea e alla verbalizzazione di quanto ivi avviene⁹⁶, si tratta di diritti non rinunciabili, cedibili o negoziabili, ma sono comunque assolutamente arbitrabili.

Quindi la disponibilità di un diritto, fondamentale ai sensi dell'art. 806 c.p.c. per verificare se una controversia è arbitrabile o meno, non è data dalla rinunciabilità del diritto stesso: è necessario allora trovare la soluzione in un altro elemento.

Ciò che infatti rileva per poter parlare di disponibilità di un diritto *“non è tanto la negoziabilità del diritto la cui lesione è oggetto di azione, quanto piuttosto le caratteristiche stesse delle azioni poste a presidio di tale lesione⁹⁷”*.

Con riguardo ad esempio alle controversie societarie, e alle azioni di impugnazione delle delibere assembleari in particolare, si afferma che queste possano essere devolute in arbitrato perché sono le caratteristiche stesse di queste azioni, come il fatto di rientrare in un sistema normativo che è strutturato affinché si arrivi ad una conciliazione, a far sì che molti ne sostengano la compromettibilità: *“a rendere arbitrabile la controversia è dunque in questo caso la disponibilità dell'azione⁹⁸”*.

Il fondamento dell'arbitrato abbiamo visto essere la volontà delle parti: queste scelgono liberamente di devolvere la loro lite ad un giudice privato, l'arbitro. Ebbene le parti, quindi, dispongono della scelta di devolvere in arbitrato la controversia che li riguarda derogando quindi all'art. 102, primo comma, della Costituzione che

⁹⁶ L. SALVANESCHI, Arbitrato, Wolters Kluwer Italia, 2020

⁹⁷ L. SALVANESCHI, Arbitrato, Wolters Kluwer Italia, 2020

⁹⁸ L. SALVANESCHI, Arbitrato, Wolters Kluwer Italia, 2020

consolida, salve le eccezioni dell'articolo successivo, la funzione giurisdizionale nelle mani dei giudici ordinari.

“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 Cost. e, quindi, l'opzione arbitrale trova il suo fondamento nella disponibilità dell'azione, ed è a questa che occorre fare riferimento nei casi in cui la natura del diritto in contestazione non consenta di collocarlo con facilità nel campo dei diritti indisponibili⁹⁹”.

2. L'indisponibilità dei diritti come limite all'arbitrabilità delle controversie.

L'arbitrato societario

Il *fil rouge* di questo lavoro è sempre stato rappresentato dal rapporto tra arbitrabilità delle controversie e disponibilità del diritto: è lo stesso art. 806 c.p.c. a porre questo elemento come fondamentale, specialmente dopo la riforma operata dal d.lgs. n. 40 del 2006.

Ci si è già occupati per alcuni aspetti del nuovo art. 806 c.p.c. e si è parlato di questo come dell'articolo che per primo ha fissato nella pietra il fatto che una controversia è compromettibile solo quando abbia ad oggetto un diritto disponibile. In realtà ciò non è del tutto vero.

⁹⁹ L. SALVANESCHI, Arbitrato, Wolters Kluwer Italia, 2020

Per arrivare all'introduzione nel nostro ordinamento di questo stretto legame tra arbitrato e disponibilità dei diritti è necessario risalire del d. lgs. n. 5 del 2003 ed è quindi necessario parlare dell'arbitrato societario.

Un profilo significativamente critico della materia dell'arbitrato societario è sempre stata la possibile presenza nell'ambito delle controversie di questo tipo, di diritti indisponibili specialmente con riferimento all'applicazione di norme inderogabili, ad esempio nella materia della formazione del bilancio di esercizio delle società commerciali, rispetto alle quali nel tempo si era predicata la indisponibilità dell'oggetto della controversia perché attinente in qualche modo al c.d. ordine pubblico economico, rispetto al quale la risoluzione di un'eventuale controversia doveva essere attribuita esclusivamente al giudice statale. Ogni qualvolta si tentava di applicare clausole contenute in statuti societari per la risoluzione in via arbitrale di controversie, ci si poteva trovare di fronte, tra gli altri, anche al problema dell'indisponibilità dei diritti oggetto della controversia.

È in questo contesto che si è collocata la riforma dell'arbitrato societario introdotta con il d.lgs. 5 del 2003. Questo d. lgs aveva un contenuto più ampio perché in realtà disegnava un nuovo modello decisionale nella materia delle controversie civili e commerciali che riguardavano la materia societaria. Era il c.d. processo societario, modulato in maniera difforme rispetto al processo ordinario di cognizione e che lasciava ampio spazio all'autonomia delle parti nella gestione della parte preparatoria

del processo. Si tratta di un modello che però non ha avuto successo e che è stato abrogato pochi anni dopo¹⁰⁰.

Di questo nuovo disegno è rimasto nell'ordinamento solamente il segmento relativo all'arbitrato societario. Sono rimasti quindi oggi in vigore sostanzialmente solo 3 norme contenute agli artt. 34, 35 e 36 del d.lgs. 5 del 2003, cioè gli articoli riguardanti l'arbitrato societario.

È qui che vediamo come la riforma del 2006 non sia stata la prima a porre come fondamentale il rapporto tra arbitrato e disponibilità del diritto oggetto della controversia. È infatti proprio l'art. 34 del d.lgs. 5 del 2003, al primo comma, a stabilire ciò.

La regola alla quale è stato improntato l'ambito oggettivo di arbitrabilità delle controversie societarie è, quindi, anche qui quella dell'arbitrabilità delle materie disciplinate da diritti disponibili. Per la verità, la legge delega del 2003 prevedeva anche la possibilità di sottoporre ad arbitrato anche materie disciplinate da diritti indisponibili perché si voleva affidare agli arbitri il potere di decidere anche di quelle materie non solo regolate da norme inderogabili, ma anche aventi ad oggetto diritti indisponibili che intuitivamente potevano emergere nell'ambito della materia societaria, come ad esempio quelle relative all'ordine pubblico economico¹⁰¹.

La scelta del Legislatore delegato però alla fine è stata quella di non estendere l'ambito dell'arbitrabilità anche ai diritti indisponibili, causando però in questo modo

¹⁰⁰ *Lezione di arbitrato e mediazione tenuta presso l'Università degli studi di Genova, anno accademico 2021/2022 dal Professor Tomaso Galletto*

¹⁰¹ *Lezione di arbitrato e mediazione tenuta presso l'Università degli studi di Genova, anno accademico 2021/2022 dal Professor Tomaso Galletto*

difficoltà interpretative in alcune materie di cui si dirà in seguito. L'ambito oggettivo della clausola arbitrale, quindi, rimane quello delle controversie aventi ad oggetto diritti disponibili, con però l'ulteriore precisazione secondo cui, in base all'art. 34 del d.lgs. 5 del 2003, non sono arbitrabili le controversie societarie per le quali è previsto l'intervento obbligatorio del pubblico ministero, quali ad esempio quelle riguardanti le gravi irregolarità di gestione che possono causare grave pregiudizio per i soci delle società commerciali. Questo limite non ha a che vedere con l'indisponibilità dei diritti ma si deve piuttosto ad una precisa scelta politica del Legislatore in quanto, anche intuitivamente, la presenza stessa del p.m. al giudizio arbitrale stonerebbe¹⁰², infatti non si potrebbe costringere il p.m. ad aderire ad una convenzione di arbitrato, frutto dell'autonomia delle parti, per la quale il p.m. stesso non ha espresso alcuna manifestazione di volontà¹⁰³.

Entrando nello specifico nel dato normativo di riferimento dell'arbitrato societario, iniziamo col dire che l'art. 34 del d.lgs. in esame, al primo comma, afferma chiaramente che l'arbitrato societario può riguardare solamente i diritti disponibili relativi al rapporto sociale. Si è visto però come non sia semplice stabilire in che misura si sta parlando di un diritto disponibile o meno. Abbiamo parlato ad esempio in precedenza di come il fattore che legava le norme inderogabili ai diritti indisponibili non può essere preso come parametro di riferimento per stabilire quando si è in presenza di diritti disponibili.

¹⁰² G. VERDE, Lineamenti di diritto dell'arbitrato, Giappichelli, p. 77

¹⁰³ *Lezione di arbitrato e mediazione tenuta presso l'Università degli studi di Genova, anno accademico 2021/2022 dal Professor Tomaso Galletto*

In questo senso è lo stesso d.lgs. 5 del 2003 a cercare di venirci incontro escludendo, come visto, al quinto comma dell'art. 34, che possano "essere oggetto di clausola compromissoria le controversie nelle quali la legge preveda l'intervento obbligatorio del pubblico ministero¹⁰⁴". *"Al di fuori di questa indicazione, nessun altro elemento si rinviene però nel testo normativo che consenta all'interprete di stabilire con sicurezza quali siano in concreto i confini della compromettibilità in arbitri delle controversie societarie¹⁰⁵".*

È da dire però che la tendenza della giurisprudenza è sempre stata quella di allargare il novero delle controversie arbitrabili e per affrontare nella maniera migliore il dibattito che si è formato nel corso del tempo circa l'arbitrabilità di controversie in ambito societario legate a doppio filo con il tema della disponibilità dei diritti è necessario soffermarsi all'art. 36. Questo articolo prevede la possibilità di deferire in arbitrato anche le impugnazioni delle deliberazioni assembleari di società, ma questo stesso articolo è stato da molti interpretato come una norma che consente in ogni caso l'arbitrabilità di questo tipo di controversie, e in questo modo andando quindi ad ignorare l'eventuale presenza di diritti indisponibili coinvolti nella vicenda.

"La tesi però non convince (né infatti ha convinto la prevalente giurisprudenza), giacché la citata disposizione dell'art. 36 si limita a dettare alcune specifiche regole operanti quando l'arbitrato abbia ad oggetto siffatta tipologia di controversie, ma nulla consente di ravvisarvi una deroga alla generale previsione del precedente art.

¹⁰⁴ Art. 34, 5c d.lgs. 5/2003

¹⁰⁵ R. RODORF, Note in tema di arbitrato societario, in *Rivista dell'arbitrato* 3/2021, Giuffrè

34, primo comma, che inequivocabilmente esclude ogni possibilità di deferire ad arbitri controversie su diritti non disponibili relativi al rapporto sociale¹⁰⁶.

Concludendo il tema dell'arbitrato societario, visto in questa sede solamente con riguardo ai profili che ci interessavano, passiamo ora all'esame di alcuni profili specifici di cui si è discusso in passato.

È necessario domandarci nello specifico se siano arbitrabili le controversie che hanno ad oggetto le deliberazioni di approvazione dei bilanci di esercizio delle società di capitali. La soluzione a questo quesito che è stata data in sede di legittimità è stata quella di dire che nella misura in cui l'oggetto della controversia ha come riferimento i principi di verità, chiarezza e precisione del bilancio di esercizio, in quanto disciplinati da norme non solo inderogabili ma che si riflettono anche sull'ordine pubblico economico e che vanno ad interessare anche la sfera giuridica di soggetti che vengono in contatto con la società di capitali ma di cui non sono soci, i c.d. stakeholders cioè quei soggetti comunque incisi dall'attività della società e che hanno interesse e diritto a che il bilancio di esercizio sia conforme alle norme inderogabili di verità, chiarezza e precisione dettate dal Legislatore. In questo caso si entra quindi in un'area disciplinata non solo da norme inderogabili ma anche da norme di ordine pubblico economico che, come tali, non possono formare oggetto di soluzione arbitrale. Ad oggi, per la giurisprudenza di legittimità, si reputa che anche se la convenzione arbitrale preveda la devoluzione ad arbitrato dell'impugnazione delle delibere assembleari, quando oggetto della delibera assembleare sia l'impugnazione del bilancio di esercizio di una società di capitali per violazione dei principi di verità,

¹⁰⁶ R. RODORF, Note in tema di arbitrato societario, in Rivista dell'arbitrato 3/2021, Giuffrè

chiarezza e precisione del bilancio stesso, ecco che si esula dall'ambito dell'arbitrabilità ed è quindi necessario rivolgersi per la soluzione della controversia al giudice ordinario.

Ultimo profilo a cui fare riferimento è quello della disciplina delle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori, dei sindaci e dei liquidatori delle società. È ammissibile l'arbitrabilità della controversia in materia di responsabilità degli amministratori? La risposta anche qui non è netta.

È certamente ammissibile l'arbitrabilità della controversia qualora oggetto della controversia sia la responsabilità nei confronti della società: i profili di mala gestione da parte degli amministratori che hanno cagionato un danno al patrimonio della società sono certamente arbitrabili in quanto certamente riguardano diritti disponibili come stabilito anche da Cass. 18 maggio 2007, n. 11658.

Diverso però è il profilo della responsabilità di amministratori, sindaci e liquidatori nei confronti dei creditori sociali. Questa forma di responsabilità infatti, per non aver assicurato l'integrità del capitale sociale e quindi non aver assicurato la capacità dell'ente societario di fare fronte ai debiti nei confronti dei creditori, esula certamente dall'ambito contrattuale e riguarda una responsabilità in senso lato extracontrattuale nei confronti di terzi, ai quali anche intuitivamente non può essere opposta la convenzione di arbitrato perché a tale convenzione questi terzi non hanno mai aderito e né si può imporre e pretendere che l'entrare in contatto con quella società determini un'adesione alle previsioni statutarie contenute nell'atto costitutivo di quella società.

Quindi non è arbitrabile la controversia che riguarda la responsabilità circa la mala gestione di amministratori, sindaci e liquidatori nei confronti dei terzi creditori¹⁰⁷.

3. Controversie legate a diritti indisponibili.

Controversie in materia di stato e di separazione personale tra coniugi

Dopo esserci concentrati fino a questo momento sull'art. 806 c.p.c. e sul concetto di indisponibilità dei diritti in relazione all'arbitrato, è necessario ora andare ad analizzare una categoria di controversie che dopo la riforma operata dal d.lgs. 40 del 2006 non trova più spazio nell'articolo in esame, cioè quelle in materia di stato e di separazione personale tra coniugi; quindi, anche qui si deve fare riferimento, come unico criterio, a quello dell'indisponibilità del diritto. Antecedentemente alla riforma del 2006 l'art. 806 c.p.c. escludeva in modo esplicito l'arbitrabilità di queste controversie. *“La tendenza prevalente era nel senso di interpretare la formula legislativa in senso ampio, intendendo per «questioni di stato» quelle di filiazione, affiliazione, cittadinanza di persone fisiche, nazionalità di persone giuridiche, nonché quelle relative al matrimonio, comprese le cause di nullità, di divorzio e di separazione tra i coniugi e di affidamento dei figli ed infine quelle relative alla potestà dei genitori ed alla tutela dei minori e degli incapaci¹⁰⁸”.*

Nonostante questa espunzione però ancora adesso la stragrande maggioranza delle controversie rientranti in questo ambito sono da considerarsi non arbitrabili perché aventi ad oggetto diritti indisponibili. La presenza della figura del pubblico ministero

¹⁰⁷ Lezione di arbitrato e mediazione tenuta presso l'Università degli studi di Genova, anno accademico 2021/2022 dal Professor Tomaso Galletto

¹⁰⁸ C. PUNZI, Il processo civile. Sistema e problematiche. Vol. III: i procedimenti speciali e l'arbitrato, p. 422

in queste controversie, poi, non fa altro che confermare la sensazione di un'ampia area di non arbitrabilità delle liti nella materia in esame. Senonché si è già sottolineato in precedenza come la presenza del p.m. non indica di per sé che l'indisponibilità del diritto oggetto della controversia. Andiamo infatti ora ad esaminare alcuni casi dubbi, che giocano sul filo della compromettibilità ed il cui oggetto va analizzato con minuziosità.

“Innanzitutto si deve distinguere tra diritti patrimoniali strettamente connessi ad uno status o condizione sostanziale particolarmente protetta, e pretese patrimoniali nascenti dal fatto illecito lesivo di diritti in sé indisponibili, assoluti, personalissimi: escluderemmo i primi dalla arbitrabilità, la consentiremmo invece per le seconde¹⁰⁹”.

Un esempio in questo senso riguarda l'ampia casistica riguardante il diritto agli alimenti: questo *“è oggetto di un'azione di cui la parte privata può disporre¹¹⁰”*, quindi stiamo parlando di una materia pacificamente arbitrabile.

Nelle parole di Punzi è necessario qui tenere distinti *an debeatur* dal *quantum* e dal *quomodo*. *“Invero solo in relazione all'an debeatur si può porre un problema di inscindibilità dell'obbligazione accessoria dallo status, cui inerisce, con conseguente estensione del divieto di compromesso arbitrale. E così non potranno certo formare oggetto di compromesso tutte le questioni relative all'esistenza o meno del diritto e del correlativo obbligo del diritto agli alimenti. Viceversa, le questioni relative al quantum e anche al quomodo, nei limiti concessi dalla disponibilità dei relativi diritti, che escludono ad esempio la transigibilità e quindi la compromettibilità per arbitri*

¹⁰⁹ S. LA CHINA, L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza, Giuffrè, 2007, p. 45

¹¹⁰ L. SALVANESCHI, Arbitrato, Wolters Kluwer Italia, 2020

anche delle controversie relative al quantum dell'obbligazione alimentare, potranno formare oggetto di valido compromesso¹¹¹”.

Si è parlato in precedenza di come l'art. 806 c.p.c. novellato non contenga più l'esplicito divieto di arbitrabilità delle questioni di stato e separazione personale fra coniugi, e del fatto di come l'unico criterio a cui fare riferimento debba essere quello della disponibilità del diritto.

Ebbene con il d.l. n. 132 del 2014, convertito in L. n. 162 del 2014, *“il mutamento di status che si verifica con il divorzio, nonché le conseguenti statuizioni, patrimoniali e non patrimoniali, possono essere attuati con accordo delle parti, a certe condizioni; lo Stato interviene con un controllo ex post, esteso al merito dei patti solo in caso di presenza di figli non autosufficienti¹¹²”.*

Questa previsione, unita al nuovo testo della art. 806 c.p.c. potrebbe far pensare ad un enorme allargamento dell'area dell'arbitrabilità nelle materie in esame. In realtà però l'autonomia negoziale in questi casi è circondata da paletti imposti dalla legge: è infatti necessario innanzitutto che i coniugi esercitino l'autonomia negoziale *“nel rispetto della solidarietà ed assistenza morale e materiale all'interno della famiglia¹¹³”.*

È possibile quindi lasciare all'iniziativa privata delle parti lo scioglimento del vincolo matrimoniale e questo nonostante l'art. 2 dello stesso decreto preveda che – ovviamente – lo strumento arbitrale non potrà essere utilizzato con riguardo a diritti indisponibili. E quindi in che modo si possono conciliare queste affermazioni?

¹¹¹ C. PUNZI, Il processo civile. Sistema e problematiche. Vol. III: i procedimenti speciali e l'arbitrato, p. 425

¹¹² E. ZUCCONI GALLI FONSECA, Diritto dell'arbitrato, Bononia University Press, 2016, p. 98

¹¹³ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, Diritto dell'arbitrato, Bononia University Press, 2016, p. 98

Semplicemente considerando le materie del divorzio e della separazione come ormai divenute e considerate disponibili, almeno con riguardo all'arbitrato. *“In altri termini, l'accertamento eteronomo (cioè affidato ad un terzo) è ammesso, se voluto dalle parti al posto di quello autonomo (cioè proveniente direttamente da loro), a patto che dia le stesse garanzie che la legge richiede per l'ammissibilità di quest'ultimo: garanzie che cambiano a seconda che vi siano o meno figli non autosufficienti, come si dirà subito appresso¹¹⁴”.*

Le parti, quindi, potranno devolvere la lite in arbitrato innanzitutto solamente se il diritto alla separazione o al divorzio siano esistenti già, stante in ogni caso il divieto di arbitrato in relazione all'*an debeat*. È necessario poi rispettare le previsioni di legge previste in questi casi ed è poi necessario, infine, il vaglio del pubblico ministero.

Nel caso in cui la coppia in lite non abbia figli o abbia figli autosufficienti, il vaglio in questione del p.m. sarà una pura e semplice formalità e successivamente quindi *“i coniugi potranno devolvere ad arbitri l'intero contenzioso con un compromesso, anche dopo l'eventuale proposizione della domanda al giudice¹¹⁵”.*

Nel caso invece in cui la coppia abbia figli minori o figli maggiorenni non autosufficienti invece l'esame del p.m. si fa molto più stringente. *“La legge si preoccupa infatti di garantire che l'accordo sulla crisi familiare risponda "all'interesse dei figli", chiamando il pubblico ministero ad un controllo avente ad oggetto la soluzione raggiunta in sede di negoziazione assistita¹¹⁶”.*

¹¹⁴ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, Diritto dell'arbitrato, Bononia University Press, 2016, p. 99

¹¹⁵ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, Diritto dell'arbitrato, Bononia University Press, 2016, p. 101

¹¹⁶ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, Diritto dell'arbitrato, Bononia University Press, 2016, p. 101-102

Questo è uno dei casi dubbi in cui occorre fare una scelta. Ritenere l'arbitrato non ammissibile in questi casi "*perché il vaglio del pubblico ministero deve necessariamente avere riguardo ex post al contenuto dell'accordo sulla crisi e non a quello della convenzione arbitrale e, pertanto, verrebbe meno l'efficacia vincolante del lodo*¹¹⁷"; oppure ritenerlo ammissibile, ammettendo che la tutela dei figli non autosufficienti possa essere pienamente realizzata anche con l'arbitrato.

¹¹⁷ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, Diritto dell'arbitrato, Bononia University Press, 2016, p. 102

Bibliografia:

G. CAIA, *“Arbitrato e modelli arbitrali nel diritto amministrativo. I presupposti e le tendenze”*, Giuffrè, Milano, 1989

F. CARNELUTTI, *“Arbitrato estero”*, in Riv. Dir. Comm., 1961, I, 3741

F. CARNELUTTI, *“Sistema di diritto processuale civile”*, CEDAM, Padova, 1936

C. CECHELLA, *“L’arbitrato”* in *“Giurisprudenza sistematica di diritto processuale civile”*

diretta da A. PROTO PISANI, UTET, Torino, 1991

C. CONSOLO, *“L’oscillante ruolo dell’arbitrato al crescere della giurisdizione esclusiva e nelle controversie sulle opere pubbliche (fra semi di obbligatorietà ed esigenze di più salde garanzie)”*, in AA.VV., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, Milano, 1980

O. D’AGOSTINI, *“L’arbitrato nelle controversie di lavoro. Aggiornato al D.lgs. 40/2006”*, Halley, 2006

M. DE TILLA, *“L’arbitrato e il condominio”*, in *“Arbitrato, ADR e conciliazione”*, opera diretta da M. RUBINO-SAMMARTANO, Zanichelli, 2009

V. DOMENICHELLI, *“Giurisdizione amministrativa ed arbitrato: riflessioni e interrogativi”*, in *“Dir. proc. amm.”*, 1996.

ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO, voce *“Arbitrato”*, Giuffrè, 1958

E. FAZZALARI, *“L’arbitrato”*, UTET, Torino, 1997

D. GIACOBBE, *“L’arbitrato e le opere pubbliche”*, in *“Arbitrato, ADR e conciliazione”*, opera diretta da M. RUBINO-SAMMARTANO, Zanichelli, 2009

S. LA CHINA, *“L’arbitrato. Il sistema e l’esperienza”*, Giuffrè, Milano, 2007

M. MARRONE, *“Sull’arbitrato privato nell’esperienza giuridica romana”*, in *“Rivista dell’arbitrato”* VI.1, 1996

NOVISSIMO DIGESTO ITALIANO, voce *“Arbitrato Irrituale”*, UTET, 1958

C. PUNZI, *“Disegno sistematico dell’arbitrato, Vol. I”*, CEDAM, Padova, 2012

- C. PUNZI, *“Il processo civile. Sistema e problematiche. Vol. III: i procedimenti speciali e l’arbitrato”*, Giappichelli, Torino, 2010
- R. RODORF, *“Note in tema di arbitrato societario”* in *Rivista dell’arbitrato* 3/2021, Giuffrè
- M. RUBINO-SAMMARTANO, *“Il diritto dell’arbitrato”*, CEDAM, Padova, 2006
- M. RUBINO-SAMMARTANO e S. CASCIARO, *“Le controversie di lavoro”*, in *“Arbitrato, ADR e conciliazione”*, opera diretta da M. RUBINO-SAMMARTANO, Zanichelli, 2009
- G. RUFFINI, *“La riforma della disciplina dell’arbitrato (L. n. 80/2005 e D. lgs. N. 40/2006)”* a cura di E. Fazzalari, Giuffrè, Milano, 2006
- L. SALVANESCHI, *“Arbitrato”*, Wolters Kluwer Italia, 2020
- N. SOTGIU, *“Rapporti tra arbitrato e procedure concorsuali”*, in C. PUNZI, *“Disegno sistematico dell’arbitrato, Vol. III”*, CEDAM, 2012
- F. TIZI, *“L’imparzialità dell’arbitro e del tribunale arbitrale”*, Maggioli, 2015
- G. VERDE, *“Lineamenti di diritto dell’arbitrato”*, Giappichelli, Torino, 2021
- S. VINCRE, *“Arbitrato rituale e fallimento”*, CEDAM, 1996
- F. ZAPPALÀ, *“Memoria storica dell’arbitrato”*,
<https://www.commercialisti.pa.it/php/dl.php?id=2730&md=173>
- E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *“Diritto dell’arbitrato”*, Bononia University Press, Bologna, 2016

