

ALDO BERLINGUER

Indisponibilità dei diritti e cognizione arbitrale

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Diritti indisponibili e materie non arbitrabili. – 3. Disponibilità dei diritti e limiti di ordine processuale. – 4. Compromettibilità e *species* di arbitrato. – 5. L'attuale quadro normativo. – 6. Verso una nozione processuale di disponibilità dei diritti?

1. *Premessa*

Significativo è l'effetto che l'evoluzione normativa, negli ultimi vent'anni, ha avuto sul tema della compromettibilità per arbitri¹.

Da allora, il quadro è ampiamente mutato, specie a séguito della riforma del 2006, ed è stato in buona parte ottimizzato con il nuovo art. 806 c.p.c., il quale, com'è noto, ha superato il novero dei limiti alla compromettibilità elevando ad argine generale l'indisponibilità dei diritti; nozione che, per la prima volta, ha fatto ingresso nel libro IV del codice di rito, con riguardo all'arbitrato.

Non per questo però, possono dirsi superate le ampie problematiche che proprio il dato normativo ha in passato evidenziato; anzi, la nozione di indisponibilità, come limite sostanziale alla cognizione degli arbitri, ripropone oggi molti dubbi e perplessità che dottrina e giurisprudenza hanno più volte sollevato, lasciando la materia nella nube di incertezze dalla quale è cinta ormai da molto tempo.

¹ Lo stesso tema è stato di recente evocato nell'ambito del Convegno celebrativo del ventennale della Rivista dell'Arbitrato, *L'arbitrato e i terzi*, tenutosi presso l'Accademia dei Lincei, in Roma il 2 dicembre 2011. La rivista ha infatti prestato ampia attenzione all'evolversi del quadro normativo e delle acquisizioni giurisprudenziali e dottrinali, già all'esito della riforma del 1994, ospitando vari miei contributi sull'argomento poi confluiti nel più ampio studio monografico dal titolo *La compromettibilità per arbitri. Studio di diritto italiano e comparato*, I, *La nozione di compromettibilità*, II, *Le materie non compromettibili*, Torino, 1999.

In precedenza, il terreno dell'arbitrabilità era infatti scandito da limiti tassativi: controversie di lavoro, stato e separazione tra coniugi e quelle che non potevano formare oggetto di transazione. Occorreva pertanto confrontarsi con l'art. 1966 c.c., salvo poi domandarsi quale fosse la consistenza di ciascuno dei limiti indicati e quali i rapporti ed i confini tra essi.

Non solo; il rinvio alle controversie suscettibili di transazione, di cui al combinato disposto degli artt. 806 c.p.c. e 1966 c.c., lasciava intendere che potesse estendersi all'arbitrato anche l'art. 1972 c.c. che considera nulla la transazione sul negozio illecito mentre consente, nei limiti dell'annullabilità, la transazione sul titolo nullo. Secondo alcuni infatti non potrebbero mai essere deferite ad arbitri le liti afferenti contratti con oggetto o causa illeciti o contratti in frode alla legge, proprio perché tali gravi invalidità travolgerebbero il patto compromissorio².

A ben vedere però, l'opinione appena citata non ha mai avuto largo seguito. Ciò, probabilmente per più ragioni: intanto, poiché estendere all'arbitrato l'art. 1972 c.c. avrebbe leso il principio dell'autonomia della clausola compromissoria, che consente al patto di arbitrato di non essere travolto da vizi invalidanti la convenzione cui accede; principio tanto più opportuno in quanto impedisce che chi ha torto possa anche solo eccepire l'illiceità del contratto onde vanificare la *potestas judicandi* degli arbitri e sperare nei tempi ben più indulgenti della giustizia ordinaria.

In secondo luogo, detta estensione non persuadeva per gli esiti a cui avrebbe portato. Infatti, mentre l'art. 1972 c.c., com'è noto, scongiura l'ipotesi che le parti, attraverso una definizione transattiva della lite, possano sanare un'invalidità del contratto così grave da offendere l'ordine pubblico, l'art. 806 c.p.c. muove in direzione opposta, consentendo agli arbitri di accertare detta causa di invalidità e dichiarare nullo il contratto. Sono quindi diversi i presupposti di dette norme e gli obiettivi che esse intendono acquisire³.

² Il primo fu V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, Napoli, 1964, p. 1972.

³ Lo ha spiegato, in modo persuasivo, tra gli altri, F. FESTI, *La clausola compromissoria*, Milano, 2001, *passim*. Più di recente, tra gli altri, cfr. G.F. RICCI, *Dalla «transigibilità» alla «disponibilità» del diritto. I nuovi orizzonti dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 265 ss.; Id., *La convenzione di arbitrato e le materie arbitrabili nella riforma*, in *Riv. trim.*, 2007, p. 759 ss.

Per questo, la giurisprudenza solo in rari casi si è pronunciata nel senso dell'estensione dell'art. 1972 c.c. all'arbitrato, tant'è che detta interpretazione è forse più invocata oggi, per dire che non è più applicabile, di quanto lo fosse *sub julio*, quando poteva esserlo. Ciò anche in quanto la giurisprudenza, onde evitare le incertezze scaturenti da un quadro normativo così frastagliato, aveva tentato di ricondurre i citati limiti ad unità, sussumendoli nella più ampia nozione di indisponibilità dei diritti e così precorrendo la successiva evoluzione normativa⁴.

Aveva così prevalso l'idea che in virtù della genesi privatistica dell'istituto, della natura dei poteri demandati agli arbitri ed anche – almeno secondo una certa impostazione – della natura del *dictum* arbitrale, che appena prima di assumere gli effetti di sentenza era – ed è – il prodotto autentico dell'autonomia negoziale delle parti, la *potestas judicandi* degli arbitri dovesse consentirsi solo all'interno dell'area dell'autonomia contrattuale dei privati. E ciò non perché arbitrare fosse eguale a transigere ma semplicemente perché – si è ribadito – non può consentirsi alle parti di delegare agli arbitri poteri di cui esse stesse non dispongono⁵.

Ecco quindi che l'indisponibilità dei diritti, come argine sostanziale all'autonomia privata, ben poteva attagliarsi anche alla cognizione arbitrale e riassumere in se tutti i limiti, verbalizzati o meno, dal legislatore. Ed ecco traslato, sul piano processuale, un limite pensato per il contratto⁶.

Il dato è assai implicante poiché, in quello straordinario *iter* evolutivo

⁴ Mi sia consentito rinviare a A. BERLINGUER, *La nozione di compromettibilità*, I, cit., *passim*.

⁵ È questa l'impostazione seguita, tra gli altri, da G. RUFFINI, *Il nuovo arbitrato per le controversie societarie*, in *Riv. trim.*, 2004, p. 495 ss.; ID., *Arbitrato e disponibilità dei diritti nella legge delega per la riforma del diritto societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 133 ss., il quale testualmente ritiene che: «rimane, tra arbitro e giudice, una differenza fondamentale: il giudice decide per autorità propria (...) mentre l'arbitro deriva il suo potere dalle parti. È per tale motivo che per il giudice è del tutto irrilevante che le parti possano disporre della situazione sostanziale sottopostagli, mentre l'arbitro, derivando il suo potere da quello delle parti, non può decidere una controversia relativa a diritti sottratti alla disponibilità delle parti stesse» (ID., a p. 149). Concorde anche N. PUNZI, *Ancóra sulla delega in tema di arbitrato: riaffermazione della natura privatistica dell'istituto*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 963 ss., spec. p. 970. Felicamente in senso contrario v. invece C. CONSOLO, *Sul campo dissodato della compromettibilità in arbitri*, in *Riv. arb.*, 2003, pp. 241 ss., 252.

⁶ Sul punto, v. *amplius infra*, al par. 6.

che l'arbitrato compie: dal negozio al processo, il limite sostanziale della disponibilità dei diritti viene così attualizzato alla cognizione degli arbitri, prima ancora cioè che essi svolgano la loro attività cognitivo-dichiarativa. Il che produce esiti che eccedono le aspettative: nelle materie sottratte alla disponibilità delle parti, non solo si scongiura che l'arbitro possa – in luogo delle stesse – disporre del diritto indisponibile, ma gli si preclude anche solo di conoscerle e giungere ad un lodo quale che sia.

2. *Diritti indisponibili e materie non arbitrabili*

Elevare a limite generale della compromettibilità l'area dell'indisponibilità dei diritti ha però prodotto conseguenze non trascurabili, prima tra tutte quella di rendere la stessa categoria estremamente ampia e indefinita.

A fronte infatti di talune fattispecie tradizionalmente considerate indisponibili, in particolare nella materia dei diritti personalissimi, alla vita, alla libertà, all'integrità fisica, la nozione di indisponibilità è stata progressivamente estesa anche ad ipotesi contigue, come la materia degli *status*, il diritto morale d'autore, il credito legale alimentare, l'usufrutto legale del genitore, le azioni degli accomandatari nella società in accomandita per azioni, e così via⁷.

Viepiù, si era detto, a mente dell'art. 1966 c.c. che: «l'indisponibilità può atteggiarsi anche *sub specie* di vincoli»⁸ ed era parso congruo estendere la stessa nozione – e quindi il limite all'arbitrato – anche a fattispecie tra le più disparate. Si pensi, ad esempio, al divieto di disporre

⁷ Ampi riferimenti in A. BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri*, cit., p. 52 ss. Più di recente, tra i tanti contributi, v. F. REALMONTE e A. MAGRÌ, *Indisponibilità*, in *Enc. dir.*, Agg. III, 1999, p. 685 ss.; L. BALESTRA, *Accertamento della filiazione e transigibilità dei diritti successori tra indisponibilità*, in *Contr. impr.*, 2000, p. 810 ss.; P. MORO, *I diritti indisponibili. Presupposti moderni e fondamento classico nella legislazione e nella giurisprudenza*, Torino, 2004, *passim*; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Ancora su successione ed arbitrato*, in *Riv. trim.*, 2008, p. 1363; ID., *Arbitrato e famiglia nelle esperienze d'oltre confine*, *ivi*, 2010, p. 481.

⁸ Così L. FRANCARIO, *Indisponibilità (vincoli di)*, in *Enc. giur.* Treccani, Roma, XVI, 1989, p. 2. In particolare, sulla categoria dei vincoli di indisponibilità, si ricordi E. MOSCATO, *Vincoli di indisponibilità e rilevanza dell'atto traslativo*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, p. 269 ss.; ID., *Vincoli di indisponibilità*, in *Nov. dig. it.*, XX, Torino, 1975, p. 818 ss.

dello spazio parcheggio separatamente dall'unità abitativa cui appartiene, introdotto con la legge del '89⁹; o a quello che nel 1983 impediva la possibilità di cedere liberamente le imprese editrici¹⁰; o ad altre ipotesi ancora, come le posizioni soggettive di diritto privato su cui hanno inciso i molteplici episodi bellici in medio oriente¹¹. Tutte ipotesi che – francamente – nulla avevano a che vedere con la nozione di indisponibilità dei diritti neppure nella sua versione estesa e dilatata.

Analoghe considerazioni investivano allora altre aree, in particolare del diritto commerciale, peraltro storicamente estranee alla nozione di indisponibilità dei diritti, giacché quest'ultima, essendo di matrice squisitamente civilistica, non sorse in quest'ambito dell'esperienza, ma vi fu travasata, ben più tardi, con l'unificazione dei codici. Per ciò, assai difficile era allora – ed è ancor oggi – individuare, nell'area delle società, delle private industriali, della concorrenza, diritti puramente indisponibili e quindi assai arduo delimitare con certezza l'area della compromettibilità delle liti.

Così, questo indirizzo ha spesso comportato l'esclusione della cognizione arbitrale da plurime vicende del diritto delle società poiché la presenza di interessi generali riguardanti il rapporto sociale ed i terzi renderebbero «indisponibili» i diritti sottesi all'approvazione del bilancio, alla nomina o alle azioni di responsabilità avverso amministratori, liquidatori e sindaci, all'esclusione del socio, alle cause di scioglimento della società. È evidente che la nozione di indisponibilità dei diritti è stata così piegata per soddisfare altro, e cioè l'interesse istituzionale all'efficienza produttiva delle imprese¹².

⁹ Art. 9, l. 24 marzo 1989, n. 122. In giurisprudenza, per tutte, cfr. Cass., Sez. un., 18 luglio 1989, n. 3363, in *Foro it.*, 1989, I, c. 2739 ss., con nota di N. MATASSA.

¹⁰ Stabilito dall'art. 4, l. 5 agosto 1981, n. 416.

¹¹ Emblematica, ancora oggi, la motivazione di App. Genova 7 maggio 1994, in *Riv. arb.*, 1994, p. 505, con nota di S. LA CHINA: «l'adozione di misure di embargo internazionale contro l'Iraq ha reso indisponibili i diritti nascenti da contratti di costruzione di navi militari stipulati da società italiane con la repubblica iraquena. È quindi 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 diventati indisponibili; su di esse risorge pertanto la giurisdizione del giudice italiano».

¹² Tra gli altri, v. diffusamente sul tema N. SOLDATI, *Le clausole compromissorie nelle società commerciali*, in *Quad. giur. comm.*, Milano, 2005, p. 120.

Analogamente, nel diritto industriale, si è a lungo negata la compromettibilità delle azioni volte a far valere la nullità o decadenza del marchio o del brevetto (anche per la presenza allora obbligatoria del P.M.). Qui, l'indisponibilità dei diritti coincideva con l'interesse della collettività a scongiurare l'esistenza di privative industriali prive dei requisiti di legge¹³.

Anche nel diritto della concorrenza, non per poco, si è dubitato della compromettibilità dell'azione volta a far valere la nullità di un contratto per violazione degli artt. 81 o 82 CE (ora artt. 101 e 102 TFUE), o dell'utilizzo dell'arbitrato nell'ambito del regolamento sul controllo delle concentrazioni (prima Reg. n. 4069/1989/CE, poi Reg. 139/2004/CE). Qui, la nozione di indisponibilità dei diritti ha corrisposto, in parte, all'esigenza di non turbare i compiti rispettivamente attribuiti alla Commissione UE, alle *authorities* ed ai giudici amministrativi nazionali, in parte, ed in senso più ampio, essa ha coinciso con il bene superindividuale della concorrenza nel mercato¹⁴.

Un cenno merita anche il diritto del lavoro, campo nel quale il ricorso all'arbitrato è sempre stato mediato dagli accordi collettivi in virtù di quanto previsto dalla vecchia lettera dell'art. 806 c.p.c. Anche qui, per arginare la cognizione arbitrale si è però sovente invocata l'indisponibilità

¹³ Non è però mancato chi aveva ben distinto l'interesse pubblico sotteso alla materia con la possibilità di deferire ad arbitri, con efficacia *inter partes*, le vicende in parola. Così G. ANGHINA, *Appunti in tema di arbitrabilità delle controversie sulla validità dei brevetti per invenzione*, in *Riv. dir. ind.*, 1973, pp. 58, 63; e poi C. FIAMMENGHI, *Motivi che impediscono la definizione arbitrale delle controversie in materia di brevetti*, in *Rass. arb.*, 1985, p. 123 ss.; ID., *Brevetti ed arbitrato: una penalizzazione che andrebbe eliminata*, *ivi*, 1990, p. 151 ss. In arg., si veda la recente ricostruzione di F. FERRARI, *Le norme processuali del codice della proprietà industriale*, in *Riv. dir. proc.* 2006, p. 277 ss., spec. p. 286, la quale rileva come l'art. 122, comma 1, d.lg. 10 febbraio 2005, n. 30, affermando la non obbligatorietà dell'intervento del P.M. nelle azioni di dichiarazione di nullità e decadenza dei titoli di proprietà industriale, oltre ad introdurre un'inedita divaricazione tra legittimazione attiva e intervento obbligatorio del P.M., apre la strada «forse troppo frettolosamente» alla possibilità di utilizzare l'arbitrato ed altre forme di ADR.

¹⁴ Per un quadro di sintesi, necessariamente comprensivo dell'esperienza comunitaria, v., per tutti, L. RADICATI DI BROZOLO, *L'insoutenable légèreté de l'ordre public: encore à propos du droit de la concurrence*, *Note à Tribunal fédéral suisse*, 8 mars 2006, in *Revue de l'Arbitrage*, 2006; ID., *Controllo dei lodi internazionali e ordine pubblico*, in *Riv. arb.*, 2006; ID., *Arbitration in EC Merger Control: Old Wine in a New Bottle*, in *European business Law Review*, vol. 19, 2008.

dei diritti del lavoratore, ciò che, sul presupposto della tutela della parte debole, determinerebbe l'insanabile nullità dei suoi atti di autonomia privata. Orbene, anche in questo caso, non v'è chi non veda che la supposta indisponibilità assoluta di tali diritti «è ormai ridotta ad un mero simbolo»¹⁵. Tanto più che, in un'epoca di forte *crisi del sistema delle norme imperative*¹⁶, essa non è nemmeno più interamente assorbita dalle stesse ma viene sistematicamente erosa da altre forme di sistemazione consensuale, perlopiù di natura conciliativa, che lo stesso legislatore ha ampiamente allestito, e che superano l'antica antinomia tra diritti indisponibili e transazione per favorire percorsi, sempre transattivi, ma guidati e predefiniti dalla legge¹⁷.

3. *Disponibilità dei diritti e limiti di ordine processuale*

Porre oggi a fondamento del campo operativo dell'arbitrato la nozione di indisponibilità dei diritti significa inoltre giustificare in base ad essa ulteriori limiti di carattere eminentemente processuale; limiti che da sempre si frappongono all'arbitrato conseguentemente al venir meno, nel processo, della nozione di autonomia negoziale di cui all'art. 1322 c.c. ed al prevalere del principio opposto: quello della tipicità dei negozi a contenuto processuale¹⁸.

¹⁵ Così D. BORGHESI, *Conciliazione, norme inderogabili e diritti indisponibili*, in *Riv. trim.*, 2009, p. 121.

¹⁶ Così C. ROMEO, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro tra crisi e nuove prospettive*, in *Lav. giur.*, 2002, p. 923 ss.; M. BIAGI, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Milano, 2007, p. 56 ss.

¹⁷ Cfr. ancora D. BORGHESI, *o.c.*, spec. p. 128, il quale mette ben in evidenza come negli accordi propiziati dalla direzione provinciale del lavoro, non solo sono divenute inoppugnabili le rinunzie e transazioni del lavoratore, ma si è estinto anche il procedimento ispettivo, così realizzandosi al contempo – attraverso la conciliazione – la disposizione di posizioni soggettive private e quella del potere sanzionatorio dello Stato.

¹⁸ «Questo significa che gli accordi fra le parti, incidenti sul processo, sono unicamente quelli tipici che la legge prevede; quindi in un ordinamento che non riconoscesse l'efficacia processuale (*id est* all'interno della giurisdizione ordinaria) del patto compromissorio, sarebbe sempre possibile alle parti (pur in presenza di un patto compromissorio) rivolgersi al giudice per chiedere quella stessa tutela che esse si sono impegnate a chiedere all'arbitro; mancherebbe cioè un effetto endogiurisdizionale del patto arbitrale».

Sono molti questi limiti e mostrano caratteristiche diverse, bastino alcuni esempi.

Anzitutto, non da oggi, il terreno delle materie arbitrabili viene ricompreso nell'ambito della giurisdizione ordinaria, ammettendosi il ricorso all'arbitrato solo in via alternativa a quella giurisdizione. Troppo nota è la vicenda storica dell'arbitrato nel diritto amministrativo, con le sue ricorrenti oscillazioni e contraddizioni, per essere qui ripercorsa. Basti solo ricordare i vincoli e le resistenze emersi nell'ambito dei lavori pubblici¹⁹, nei rapporti agrari²⁰, nei settori di giurisdizione esclusiva, ove l'istituto è stato talvolta consentito, talvolta escluso in base a ragioni ben lontane dall'indisponibilità delle posizioni soggettive interessate²¹.

Così L.F. LUIO, già in *Appunti di diritto processuale civile. I processi speciali*, Pisa, 1994, p. 280 s. Concorde anche G. VERDE, *Diritto dell'arbitrato rituale*, Torino, 2006, p. 55 ss. Sul punto, v. *amplius*, al par. 6.

¹⁹ «Il potere giurisdizionale degli arbitri, in quanto trova fondamento in una deroga convenzionale alla competenza del giudice ordinario, sussiste solo nell'ambito della giurisdizione di quest'ultimo». Cass., 12 luglio 1995, n. 7643, in *Rep. Foro it.*, 1995, voce *Arbitrato*, n. 72. È questa la nota affermazione pedissequamente riportata dalla giurisprudenza per oltre trent'anni. Le motivazioni sottese vennero diffusamente esaminate dalle sezioni unite della Cassazione nella nota sentenza del 27 luglio 1982, n. 4317, in *Giur. it.*, 1983, II, p. 761 ss. ove è possibile scorgere argomenti di ordine logico-interpretativo: «il sistema elaborato in materia di concessioni amministrative prima della novella legislativa n. 1034 del 1971 – per cui erano (...) compromettibili in arbitri le controversie aventi ad oggetto ogni diritto soggettivo patrimoniale (...) è radicalmente mutato in conseguenza di detta legge, la quale devolve alla competenza esclusiva dei TAR i ricorsi contro atti e provvedimenti relativi a rapporti di concessione di beni e di servizi pubblici» ed argomenti di ordine pragmatico: «d'altra parte ammettere la cognizione arbitrale in questo genere di controversie (...) significherebbe non solo consentire (...) il permanere di frequenti contestazioni sulla qualificazione della situazione giuridica dedotta come diritto soggettivo o interesse legittimo che il legislatore ha inteso eliminare in sede di riparto delle giurisdizioni, ma anche autorizzare una deroga alla concentrazione di tutte le liti in materia della giurisdizione amministrativa».

²⁰ Si ricordino Cass., 3 dicembre 1991, n. 12966, in *Foro it.*, 1993, I, c. 3367; Cass., 11 aprile 1990, n. 3075 e 23 gennaio 1990, n. 365, in *Riv. arb.*, 1991, p. 273 con nota di C. RECCHIA, *In tema di arbitrabilità di controversie collegate alla legislazione sulla riforma agraria*, *ibidem*, p. 279.

²¹ «La compenetrazione fra diritti soggettivi e interessi legittimi (costituente la *ratio* della giurisdizione esclusiva) si ripercuote sulla compromettibilità delle relative controversie *ex art.* 806 c.p.c., nel senso che anche i diritti diventano in tutto o in parte indisponibili quando strettamente connessi con interessi legittimi». Cass., 27 luglio 1982, n. 4317, cit.

L'arbitrato è stato poi sempre inteso come una possibile alternativa al solo processo ordinario di cognizione il cui atto conclusivo è definibile come sentenza. Sono quindi stati espunti dal terreno della compromettibilità i processi esecutivi, perché affidati alla competenza inderogabile del giudice ordinario; ma anche perché, si è sostenuto, in essi mancherebbe quell'attività intellettuale qualificata come *far decidere* dall'art. 806 c.p.c.²².

Allo stesso modo, sono state sottratte all'arbitrato le procedure cautelari che, ai sensi dell'art. 818 del codice di rito, sono escluse dall'ambito della cognizione arbitrale in quanto procedimenti speciali a cognizione sommaria in cui si controverte dell'opportunità o meno di preservare, in attesa di un giudizio sul merito, uno stato di fatto²³. Dato, questo, che solo in minima parte è stato intaccato dalla riforma del processo societario (art. 35, comma 5, seconda parte, d.lg. 17 gennaio 2003, n. 5) senza incidere durevolmente sul quadro complessivo.

Così anche le controversie sul possesso, ritenute non compromettibili perché affidate ad un rito speciale; perché non relative all'esistenza di un diritto o perché implicanti poteri coercitivi di cui gli arbitri non dispongono²⁴. E ciò, nonostante che all'arbitro sia ben consentito emettere un lodo di condanna al rilascio del bene o al compimento di obblighi di fare e di non fare²⁵.

²² L'assunto «la competenza del giudice ordinario del luogo dell'esecuzione forzata, stabilita dall'art. 570 c.p.c. per tutte le controversie dell'esecuzione, non esclusa l'opposizione a precetto. È inderogabile dalla volontà delle parti e sfugge quindi alla competenza arbitrale». Così, già Cass., 29 dicembre 1937, n. 3365, in *Foro it.*, 1938, I, c. 16. Sulla stessa linea, cfr. I. BIAMONTI, *Arbitrato*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, II, p. 910.

²³ Vero però che il nuovo art. 669 *octies* c.p.c. attenua il carattere strumentale dei provvedimenti cautelari anticipatori, non rendendo più necessaria l'istituzione tempestiva del giudizio di merito. Cfr. al proposito L. GROPPOLI, *Sulla potestas iudicandi degli arbitri in materia fallimentare*, in *Fall.*, 2009, p. 136.

²⁴ «La clausola compromissoria che sia stata pattuita con riguardo ad un determinato contratto ed alle controversie che possano insorgere tra le parti contraenti in relazione alla sua esclusione non può trovare applicazione nel caso che tali controversie abbiano natura possessoria non potendo gli arbitri (sia rituali che irraturali) adottare provvedimenti coercitivi». Cass., 18 agosto 1990, n. 8399, in *Rep. Foro it.*, 1990, voce *Competenza civile*, n. 143. Così, l'orientamento giurisprudenziale più consolidato.

²⁵ Dubita che l'assenza di poteri coercitivi in capo agli arbitri possa dirsi dirimente G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2006, p. 64, il quale anzi propone

Analoghe considerazioni valgono per i procedimenti monitori, che si svolgono con rito sommario e senza contraddittorio²⁶; per quelli che seguono procedure camerali in genere; per quelli c.d. di giurisdizione volontaria, in cui in assenza di una lite già insorta l'attività del giudice si concreta nella creazione di rapporti giuridici nuovi tra le parti, piuttosto che nell'accertamento e realizzazione di quelli già esistenti²⁷.

Non basta; effetto preclusivo, nei confronti dell'arbitrato, hanno anche quei procedimenti che l'ordinamento considera preordinati ad uno scopo e che quindi, in qualche misura, divengono necessari alla sua realizzazione.

Tra questi, vanno annoverati i procedimenti aventi carattere di impugnazione, che normalmente sono sottratti all'autonomia compromissoria delle parti a prescindere dal fatto che essi vengano emessi contro atti aventi natura decisoria o meno, ed in base sia all'impossibilità di affidare a giudici privati il controllo sull'operato di quelli legittimati dall'autorità statale, sia alla necessità di mantenere coordinato e compatto un *iter* processuale articolato in più fasi²⁸.

Allo stesso modo sono ritenuti non compromettibili i procedimenti

di demandare agli arbitri anche i provvedimenti cautelari subordinandone l'esecuzione all'*exequatur* del giudice, analogamente a quanto avviene per il lodo.

²⁶ Si ricordino, in proposito, le affermazioni di V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, cit., p. 760, il quale rilevava come «la circostanza che i lodi arbitrali possano conseguire solo efficacia di sentenza induce a dire non compromettibili quelle procedure che, introdotte avanti a giudice statale, sarebbero definite con ordinanza o decreto». Riteneva invece L. BARBARESCHI, *Gli arbitrati*, Milano, 1937, p. 58, l'impossibilità per l'arbitro di emanare un decreto ingiuntivo per il fatto che dinanzi ad esso non può aver luogo un processo senza contraddittorio.

²⁷ Questa l'interpretazione fornita già in passato da G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1933, p. 70 ss., ed in seguito da G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, 1988, pp. 66, 68.

²⁸ Si è così escluso che la cognizione arbitrale possa in alcun modo surrogarsi all'appello, o alla revocazione, ed anche l'*exceptio compromissi* sollevata in fase di opposizione a decreto ingiuntivo, o nel procedimento di cui all'art. 665 c.p.c., potrà al massimo determinare la declaratoria di incompetenza del giudice ordinario in favore di quello arbitrale, con conseguente revoca del decreto ingiuntivo già concesso. Sul punto, cfr. ancora G. VERDE, *Diritto dell'arbitrato rituale*, cit., p. 56. Si ricordi anche E.F. RICCI, *Lezioni sul fallimento*, 1997, Milano, p. 331, il quale escludeva la compromettibilità di tutte le controversie aventi ad oggetto le impugnative di atti del procedimento fallimentare poiché non può consentirsi su di essi la cognizione arbitrale.

incidentali ad altri giudizi preordinati all'esecuzione o all'accertamento di responsabilità, per il fatto di costituire un momento delicato di un meccanismo procedurale più ampio che, per portare al risultato prefisso, deve godere di una certa continuità e di una struttura organica. Ne sono un esempio i giudizi di opposizione agli atti dell'esecuzione forzata, come l'opposizione all'esecuzione o agli atti esecutivi, che per il loro carattere incidentale e impugnativo rendono inammissibile l'arbitrato. Ne è un'ulteriore esempio la disciplina del fallimento, nell'ambito della quale esigenze di ordine cognitivo, cautelare, esecutivo rendono impraticabile l'arbitrato, almeno per tutte le vicende legate all'accertamento e alla gestione della posizione debitoria del fallito, mentre uno spazio si apre per le c.d. liti recuperatorie, almeno secondo una recente, condivisibile opinione²⁹.

Anche qui, non è in gioco la disponibilità o meno delle posizioni soggettive interessate, ma vi è un interesse generale a mantenere unico ed insurrogabile il processo di cognizione previsto per le controversie concorsuali, il quale appare come un *quid compositum* di atti e procedimenti organicamente legati tra loro, che garantiscono la facoltà-diritto di intervento di tutti i creditori, compresi quelli che, per essere estranei alla stipulazione del patto compromissorio, rimarrebbero esclusi dalla decisione arbitrale.

Un'ultima notazione su compromettibilità e intervento del Pubblico Ministero; tema dapprima trattato solo dalla giurisprudenza e poi fatto oggetto dell'art. 34 d.lg. n. 5 del 2003, il quale sottrasse alla cognizione degli arbitri, nel diritto societario, le controversie nelle quali la legge prevede l'intervento obbligatorio dell'autorità requirente.

Notoriamente, la preclusione del giudizio arbitrale in questo genere di controversie si fonda sulla opinabile coincidenza tra l'intervento del P.M., la presenza di un pubblico interesse e l'indisponibilità dei diritti interessati³⁰. Sono così state espunte dal terreno della compromettibilità tutte le

²⁹ Cfr. L. GROPPOLI, *Sulla potestas judicandi degli arbitri in materia fallimentare*, cit., p. 134 ss. V. anche la più ampia – ma meno recente – ricostruzione di S. VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, Padova, 1996, *passim*.

³⁰ L'assunto, condiviso da parte dottrina più risalente, ha registrato però motivazioni in parte diverse. Orientati sulla linea della coincidenza già L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, III, Milano, 1922, p. 53; G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., pp. 74-76; L.F. LUISSO, *Appunti di diritto processuale civile*, cit., p. 270

vicende menzionate dall'art. 70 c.p.c., tra cui le questioni di filiazione legittima o naturale, di adozione, cittadinanza, nazionalità, le questioni di stato e di separazione personale tra coniugi, le controversie sulla decadenza o nullità di marchi o brevetti³¹, la querela di falso.

Anche qui però, molteplici contributi, più o meno recenti, hanno reso sufficientemente chiaro che l'intervento del Pubblico Ministero risponde, nel nostro ordinamento processuale, ad una molteplicità di esigenze diverse, a seconda della pregnanza delle fattispecie dedotte in giudizio. E che non vi è alcuna possibile equazione tra la presenza, obbligatoria o facoltativa, del P.M. e la presenza di diritti indisponibili. Lo ha confermato, di recente, la soppressione dell'intervento dell'autorità requirente nell'ambito della proprietà industriale, che conferma quanto sostenuto, già molti anni fa da alcuni autori³².

Lo ribadisce – ancor oggi – l'art. 1968 c.c., relativo al giudizio sulla falsità dei documenti, a mente del quale «la transazione (...) non produce alcun effetto se non è stata omologata dal tribunale, sentito il pubblico ministero».

La norma conduce infatti ad un esito paradossale per la vulgata in

ss.; S. LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, 1995, p. 24. Altri hanno rilevato nella presenza del P.M., un impedimento tecnico insuperabile per l'arbitrato. Così A. LEVONI, *La pregiudizialità nel processo arbitrale*, Torino, 1975, p. 80; C. CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., p. 3. Altri ancora hanno assunto posizioni più aperte. V. *infra*, nelle note che seguono.

³¹ Sulle quali v. *supra*, nota 14.

³² Ancora attuali, al riguardo, sono le osservazioni di G. ANGHINA, *Appunti in tema di arbitrabilità*, cit., pp. 58, 63, nel puntualizzare come «non c'è coincidenza tra controversie relative a diritti indisponibili e controversie da trattarsi con la partecipazione del Pubblico Ministero: lo stesso codice di procedura civile (art. 70) prevede la partecipazione del Pubblico Ministero in ogni causa in cui ravvisi un pubblico interesse, tali non potendo essere anche controversie tra privati relative a diritti disponibili; e, viceversa, non tutte le controversie aventi ad oggetto diritti indisponibili richiedono la presenza del Pubblico Ministero. Così ad esempio, tale intervento non è richiesto nei giudizi nei quali siano proposte azioni a tutela del diritto al nome o all'immagine». In termini esattamente identici, si ricordi anche L. MARMO, *Questioni incidentali di nullità o decadenza di brevetto nel procedimento arbitrale*, a commento di Cass., 3 ottobre 1956, n. 3329, in *Giust. civ.*, 1956, I, c. 1626. Più di recente, F. AULETTA, in B. SASSANI (a cura di), *La riforma delle società. Il processo*, Torino 2003, p. 336, ritiene che l'art. 34 del d.lg. n. 5 del 2003 abbia accresciuto l'area dell'inarbitrabilità per ragioni di non sindacabile opportunità legislativa; «dove la legge vuole il PM lì non può volere l'arbitrato».

commento. Nel caso citato, infatti, le parti possono transigere la controversia intorno alla veridicità o meno del documento, salvo il controllo formale dell'autorità requirente a pena di inefficacia. Esse non possono invece demandare agli arbitri la stessa *quaestio*, poiché l'arbitrato non è in grado di ospitare l'intervento del P.M.

4. *Compromettibilità e species di arbitrato*

Centrare l'ambito della compromettibilità delle liti su di un limite di natura sostanziale avrebbe almeno dovuto far sí che ciascuna delle figure arbitrali offerte dalla prassi operativa avesse lo stesso spazio operativo. L'assunto sarebbe infatti coerente con la succitata interpretazione che fa discendere dalla natura negoziale del patto compromissorio la soggezione degli arbitri agli stessi limiti del contratto. Invece, l'orientamento prevalente, almeno sino ad oggi, ha avuto segno contrario e arbitrato rituale ed irrituale, compromesso e relativa clausola, arbitrato di diritto e d'equità, hanno goduto ciascuno di diverso ambito di applicazione.

Lo si è avvertito da subito, sul piano giuslavoristico, ove lo stesso dato normativo facente capo agli artt. 806, 808 c.p.c. e 409 c.c., imponeva diverse condizioni operative al compromesso ed alla clausola compromissoria, permettendo solo a quest'ultima di spiegare i suoi effetti³³. Oggi, il mutato quadro normativo non ha cambiato – se non di poco – tale assunto³⁴. Analogamente, in materia di locazioni (art. 54, l. 27 luglio 1978, n. 392), si era sostenuto che non vi fosse un divieto assoluto all'arbitrato, ma uno circoscritto alla sola clausola compromissoria riguardante la determinazione del canone, per cui sullo stesso aspetto doveva ritenersi ammissibile il compromesso³⁵.

Stesse considerazioni per arbitrato rituale ed irrituale: nonostante il

³³ Il legislatore ha infatti richiesto, nell'ambito dell'arbitrato del lavoro, una doppia manifestazione di volontà da esprimersi prima in sede sindacale collettiva e poi nelle forme di un'adesione individuale. Il che esige che la scelta arbitrale scaturisca da una patteggiamento delle parti precedente all'insorgere della lite.

³⁴ In argomento, cfr. da ultimo B. CAPPONI, *Le fonti degli arbitrati in materia di lavoro*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, p. 361 ss.

³⁵ Così, tra le altre, cfr. Cass., n. 1172 del 1983, cit.

monito di autorevolissima, risalente dottrina³⁶, i due istituti hanno sempre avuto diverso ambito di applicazione³⁷, diversa autonomia della clausola compromissoria³⁸, addirittura diversa connotazione di abusività a mente degli artt. 1341 e 1342 c.c.³⁹. E questo negli ambiti più diversi, dai rapporti di affitto di fondi rustici⁴⁰, alle procedure concorsuali⁴¹, al diritto societario, a quello industriale.

Non si tratta, evidentemente, di *prae-judicia* del passato se, nell'àm-

³⁶ «Tra arbitrato irrituale e rituale non vi è alcuna differenza di sostanza e sembra anzi paradossale ammettere l'arbitrato libero là dove si nega, per volontà di legge, quello rituale» S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1971, IV, p. 198.

³⁷ Com'è noto, l'orientamento che ha sostenuto in passato la tassatività dei limiti imposti all'arbitrato dall'art. 806 c.p.c. (Cfr. tra i tanti, I. BIAMONTI, *Arbitrato*, cit., p. 910; F. CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, Roma, 1951, p. 238 ss.; S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, cit., p. 332; C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, Torino, 1991, III, p. 360) si è infatti subito scontrato con un opposto indirizzo giurisprudenziale che ha sempre inteso la possibilità di derogare alla competenza ordinaria in senso restrittivo. Ne sono espressione indiretta tutte quelle decisioni che, nel dubbio, hanno attribuito al patto compromissorio natura irrituale, proprio perché esso, secondo l'opinione prevalente, non realizzerebbe una deroga alla giurisdizione ma una rinuncia ad essa. Tra le tante, Cfr. Cass., 20 marzo 1990, n. 2315, in *Foro it. Mass.*, 1990. In dottrina, per tutti, F. FAZZALARI, *In dubio, pro arbitrato rituale*, in *Riv. arb.*, 1991, p. 518.

³⁸ Si è infatti sempre sostenuto che mentre la clausola per arbitrato rituale mantiene la propria autonomia rispetto al contratto cui accede, quella irrituale, quale negozio di secondo grado, mandato a transigere, arbitraggio della transazione, o dell'accertamento, non può sopravvivere al contratto stesso e viene travolta dalla sua invalidità. *Ex multis*, cfr. Cass., 2 luglio 1981, n. 4279, in *Rep. Foro it.*, 1981, voce *Arbitrato*, n. 61

³⁹ A mente di dette norme, che accomunano nella qualificazione di vessatorietà clausole compromissorie e clausole di deroga alla giurisdizione, si è ritenuto infatti che solo l'arbitrato rituale fosse unico a comportare una deroga alla giurisdizione e potesse qualificarsi come vessatorio; mentre l'arbitrato irrituale doveva ritenersi esente dagli obblighi previsti dalla disciplina codicistica. *Ex multis*, Cass., 5 settembre 1992, n. 10240, in *Rep. Foro it.*, 1992, voce *Arbitrato*, n. 87.

⁴⁰ Spunti ricostruttivi in Cass., 31 marzo 1969, n. 1073, in *Rep. Giust. civ.*, 1969, voce *Contratti*, n. 8; Cass., 27 aprile 1950, n. 1125, in *Foro it.*, 1950, I, c. 756; Cass., 14 luglio 1961, n. 1702, in *Giust. civ.*, 1962, I, p. 358, con nota di FAVARA, *Di nuovo intorno all'arbitrabilità delle controversie relative ai canoni dei contratti agrari*.

⁴¹ Infatti, le clausole compromissorie rituali erano ritenute talvolta opponibili alla procedura fallimentare, almeno nell'ipotesi in cui la procedura arbitrale fosse già stata avviata, le seconde no: poiché l'arbitrato irrituale, in quanto istituto di natura precipuamente sostanziale, rientra nella disciplina dei rapporti contrattuali preesistenti al fallimento.

bito di rapporti negoziali di appalto non implicanti l'esercizio di poteri autoritativi, le sezioni unite della suprema Corte hanno di recente confermato questa divaricazione dichiarando la materia non compromettibile per arbitrato irrituale in quanto ragioni di pubblico interesse impediscono alla P.A. di «delegare a terzi la formazione della sua volontà negoziale»⁴². Piuttosto, sembra ancora prevalere l'idea che all'arbitrato libero non possa riconoscersi dignità di processo poiché la matrice negoziale dell'istituto impedirebbe gli arbitri, accertati i fatti di causa, di statuire secondo diritto. Idea che, oltre ad essere affatto opinabile, non potrebbe non travolgere, se definitivamente accolta, anche l'arbitrato rituale riverberandosi *tout court* sul campo della compromettibilità delle liti⁴³.

Infine, non tutto ciò che è lecito compromettere in arbitrato di diritto può essere demandato ad arbitri d'equità. Il legislatore *in primis* ha infatti voluto introdurre questo ulteriore distinguo in più ambiti dell'esperienza⁴⁴, così manifestando per l'arbitrato di equità una doppia diffidenza, solo a parole fugata dalla previsione dell'art. 822 c.p.c.

Eppure l'arbitrato-negozio già assolve ambedue i requisiti richiesti al giudice, in analoghe circostanze, dall'art. 114 c.p.c. E anche a voler sporsare la non persuasiva argomentazione – sopra richiamata – delle Sez. un. della Cassazione secondo la quale *arbitrare est alienare*, che senso ha distinguere – sul piano della cognizione arbitrale – tra arbitrato di diritto e di equità?

⁴² Cass., Sez. un., 16 aprile 2009, n. 8987, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 215 ss., con nota di J. POLINARI, *Limiti alla compromettibilità per arbitrato irrituale delle controversie con la pubblica amministrazione*.

⁴³ Sul tema, si vedano le persuasive considerazioni di C. CONSOLO, *Sul campo dissodato della compromettibilità in arbitri*, cit., p. 248, a commento di App. Bolzano 22 aprile 2003, inedita, ove, relativamente all'arbitrato rituale e con riferimento all'art. 6, l. n. 205 del 2000 si affermava: «dovendosi attribuire agli arbitri una funzione non già sostitutiva della giurisdizione, bensì di regolamentazione negoziale degli interessi in conflitto, l'eccezione secondo cui una determinata controversia (...) non sarebbe nemmeno deferibile ad arbitri per essere devoluta al (...) giudice amministrativo, non introduce una questione di giurisdizione in senso tecnico-giuridico (...) ma una questione di merito attinente alla validità del compromesso e del patto derogatorio della giurisdizione in esso contenuto». Cfr. anche Cass., 1° febbraio 2001, n. 1402; Cass., Sez. un., 3 agosto 2000, n. 527; Cass., 5 dicembre 2000, n. 125 e Cass., 6 febbraio 2002, n. 1556.

5. *L'attuale quadro normativo*

Ecco perché l'attuale quadro normativo, che scaturisce da molteplici interventi legislativi, generali e settoriali, per quanto abbia sfoltito e ottimizzato il sistema dei limiti alla cognizione arbitrale, in buona parte ripropone, senza averlo risolto, il problematico dibattito fiorito attorno al previgente art. 806 c.p.c.⁴⁵.

Certo, molti cambiamenti sono da salutare con favore, primo tra tutti l'aver rubricato la norma di apertura del capo relativo all'arbitrato, «controversie arbitrabili», superando così anche quella sorta di primazia che il vecchio art. 806 c.p.c. accordava al compromesso, relegando in subordine la disciplina della clausola compromissoria.

Anche l'eliminazione del novero dei limiti all'arbitrabilità è da salutare con favore, in quanto solleva l'interprete dall'onerosissimo compito di chiarire, raffrontandoli, la consistenza di ciascuno. Poteva semmai cu-

⁴⁴ È il caso dell'art. 36 del d.lg. n. 5 del 2003, a mente del quale: «anche se la clausola compromissoria autorizza gli arbitri a decidere secondo equità ovvero con lodo non impugnabile, gli arbitri debbono decidere secondo diritto, con lodo impugnabile anche a norma dell'articolo 829, secondo comma, del codice di procedura civile quando per decidere abbiano conosciuto di questioni non compromettibili ovvero quando l'oggetto del giudizio sia costituito dalla validità di delibere assembleari». Analogamente prevedeva, prima della riforma del 2006, l'art. 808 c.p.c.: «La clausola compromissoria contenuta nei contratti o accordi collettivi o in contratti individuali di lavoro è nulla ove autorizzi gli arbitri a pronunciare secondo equità ovvero dichiarare il lodo non impugnabile». Invero non era mancato, in dottrina, chi riteneva che attraverso l'equità si giunge necessariamente ad una disposizione (indiretta) dei diritti sottesi alla lite. Cfr. E. REDENTI, *Compromesso (diritto processuale civile)*, in *Nov. dig. it.*, III, Torino, 1957, p. 789; S. VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, Padova, 1996, p. 54 s. *Contra*, A. NASI, *Equità (giudizio di)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, p. 115 ss.

⁴⁵ Note sono le reazioni che la dottrina ebbe dinanzi all'art. 34 del d.lg. n. 5 del 2003, dividendosi tra coloro che vi ravvisarono il superamento del limite della disponibilità dei diritti (per tutti, cfr. E.F. RICCI, *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim.*, 2003, p. 521 ss.; E. FAZZALARI, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Riv. arb.*, 2002, p. 444), e chi sostenne che, sostanzialmente, nulla era cambiato (V. CARPI, *Profili dell'arbitrato in materia di società*, in *Riv. arb.*, 2003, p. 417 ss.; S. CHIARLONI, *Appunti sulle controversie deducibili in arbitrato societario e sulla natura del lodo*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 127 ss.), non essendosi il legislatore avvalso di tale facoltà. Anche con riferimento al nuovo art. 806 c.p.c., all'esito della riforma del 2006, taluni salutano l'evento come di assoluta, importante novità, altri sono di parere opposto. Per una visione d'insieme, cfr. G.F. RICCI, *Dalla «transigibilità» alla «disponibilità» del diritto*, cit., p. 265.

rarsi meglio l'esposizione testuale, evitando la doppia negazione usata, che certo non agevola la lettura⁴⁶.

Apprezzamento meritano anche altre norme che provvedono ad estendere la cognizione arbitrale ai rapporti non contrattuali (art. 817 *bis* c.p.c.) e alle questioni incidentali, seppur nel limite dell'efficacia della decisione *inter partes* (art. 819 c.p.c.). E pure l'estensione dell'impugnazione del lodo al caso di decisione pregiudiziale su materia non compromettibile (art. 829 c.p.c.) e l'abrogazione dell'ultimo comma della stessa norma appaiono meritorie, muovendo come fanno nell'auspicato senso di rafforzare il cd *second look* della decisione arbitrale, mentre alleggeriscono, nei contenuti e nelle forme, i vincoli al *first look* degli arbitri⁴⁷.

Meno convincente è invece, per tornare alla norma d'apertura, la formula utilizzata dall'art. 806 c.p.c. per aprire il campo della compromettibilità: «salvo espresso divieto di legge»; espressione questa oscura, probabilmente malposta e viepiù non necessaria⁴⁸. Quando il legislatore lo ha ritenuto opportuno, esso ha infatti dettato limiti specifici alla cognizione arbitrale senza bisogno di introdurre nel codice un'eccezione espressa alla libertà compromissoria; è avvenuto – ad esempio – in materia di esecuzione di opere pubbliche in territori colpiti da calamità naturali, così come, più in generale, nel caso dei contratti di lavori o di servizi e forniture stipulati dalla P.A., con il solo argine della manifesta irragionevolezza⁴⁹. Lo aveva ben chiarito, prima della riforma, la Corte costituzionale⁵⁰.

6. Verso una nozione processuale di disponibilità dei diritti?

Non è questa la sede per analizzare, con riferimento a quanto detto,

⁴⁶ «Controversie tra di loro insorte che non abbiano per oggetto diritti indisponibili». Art. 806 c.p.c.

⁴⁷ Persuasive, in tal senso, le osservazioni sulla riforma svolte, già a caldo, da F. CORSINI, *Riflessioni a prima lettura sulla riforma dell'arbitrato*, in www.judicium.it.

⁴⁸ Ne sospetta l'incostituzionalità B. CAPPONI, *Contro il divieto di arbitrato su diritti disponibili*, in *Giur. it.*, 2006, p. 1785 ss.

⁴⁹ È il caso del d.l. 11 giugno 1998, n. 180 poi convertito nella l. 3 agosto 1998, n. 267 e dei commi 19 e 20 della l. 24 dicembre 2007, 244 (legge comunitaria 2008).

⁵⁰ C. cost., 8 giugno 2005, n. 221, in *Riv. arb.*, 2005, p. 515 ss., con nota di G. VERDE, *La Corte costituzionale fa il punto su Costituzione e arbitrato*.

la portata degli artt. 5 c.c. e 50 c.p., due norme che occupano tuttavia una posizione centrale nell'ambito di un discorso approfondito sulla nozione di indisponibilità, anche alla luce di una possibile rivisitazione storico-filosofica della stessa che vada oltre il razionalismo giuridico e l'idea Kelseniana dell'assorbimento, nella volontà collettiva dello Stato, degli atti di libertà dei singoli consociati; impostazione questa che consente di qualificare determinate fattispecie come indisponibili per legge⁵¹.

Dette norme si riferiscono infatti ad una visione tutta sostanziale della nozione di indisponibilità dei diritti che mal si attaglia, per le ragioni che ho evidenziato, alle dinamiche del processo, pubblico o privato che sia. E infatti ancora oggi molteplici sono le discrasie che la trasposizione di un limite di carattere sostanziale alla potestà cognitiva degli arbitri genera; così come del tutto evidente è la difficoltà di ricondurre tutti gli ulteriori impedimenti, di carattere operativo e processuale, all'unitaria categoria-contenitore della disponibilità dei diritti soggettivi⁵².

Particolarmente opportuni appaiono quindi quei recenti tentativi, esperiti dalla dottrina, di analizzare le norme relative al processo che menzionano il limite della disponibilità dei diritti, onde poter verificare quale sia la consistenza di tale limite applicato agli istituti processuali e se essa sia la stessa rispetto alla materia della compromettibilità⁵³.

Mi riferisco, anzitutto, agli artt. 114 c.p.c. e 4, comma 2, l. 31 maggio 1995, n. 218, che condizionano alla disponibilità dei diritti sottesi alla lite la concorde richiesta di applicazione dell'equità, o la scelta del giudice o dell'arbitro esteri, oppure agli artt. 2733, comma 2, e 2379, comma 1, c.c., che utilizzano lo stesso limite per l'attribuzione dell'efficacia di prova legale al giuramento o alla confessione giudiziale.

Orbene, se si analizzano le citate disposizioni e l'interpretazione che di esse offre la giurisprudenza, si notano aspetti singolari. In taluni casi, l'opinabile assimilazione tra la scelta del processo, pubblico o privato, e la disposizione del diritto sotteso alla lite viene infatti estesa, come nell'art. 114 c.p.c., alla scelta del metro di giudizio: l'equità⁵⁴; ciò che ri-

⁵¹ Sul tema, per tutti, P. MORO, *I diritti indisponibili*, cit., spec. p. 72 ss.

⁵² In arg., per tutti, v. C. CONSOLO, *Sul campo dissodato della compromettibilità in arbitri*, cit., p. 248.

⁵³ V., sul punto, il contributo di A. BARLETTA, *La disponibilità dei diritti nel processo di cognizione e nell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 979 ss.

⁵⁴ In ciò, non è mancato chi ha ritenuto che: «sotto questo profilo la transazione è ac-

chiede, in capo al difensore, un mandato speciale il cui difetto sarebbe però rilevabile col solo, tempestivo ricorso per cassazione, non essendo altrimenti appellabile la sentenza ugualmente pronunciata secondo equità⁵⁵. D'altra parte si sostiene però che il mandato a transigere, attribuito al difensore, non comprende il potere di scelta del metro equitativo, poiché: «mentre la transazione definisce la lite con un negozio in cui si manifesta l'autonomia privata nell'ambito dell'ordinamento giuridico, la pronuncia secondo equità da luogo ad una decisione della controversia con una sentenza che vincola le parti come atto del potere decisionale del giudice»⁵⁶.

Palesi sono quindi le discrasie che qualificare la scelta del metro di giudizio come atto dispositivo eteronomo produce sia sul piano logico-sistemico, sia su quello operativo.

Analogamente, vengono sottratti all'efficacia di prova legale del giuramento o della confessione: «i rapporti disciplinati da norme di ordine pubblico rispetto ai quali non sono ammesse rinunzie e transazioni, come accade in materia di stato e capacità delle persone»⁵⁷, così come i fatti posti a fondamento di una domanda di separazione o le dichiarazioni rese dalla madre nell'ambito di un giudizio di disconoscimento della paternità ai sensi dell'art. 235 c.c.⁵⁸.

Anche qui, l'idea di fondo è che talune vicende particolarmente delicate, per la natura ed estensione degli interessi coinvolti, anche di natura pubblicistica, debbano essere sottratte agli atti di volontà individuale che possano, anche per via indiretta, e sul piano processuale, alterarne o diminuirne la consistenza. Qui, l'atto dispositivo coinciderebbe, appunto, con la confessione e il giuramento che, liberati dalla discrezionale valutazione del giudice, diverrebbero prova legale.

Diversa invece l'interpretazione che è possibile accordare alla disponibilità del diritto controverso quale limite alla derogabilità della giurisdizione italiana in favore del giudice o dell'arbitro stranieri. Qui, nono-

comunata dalla legge al compromesso e al giudizio di equità per volere delle parti». P. D'ONOFRIO, *Commento al codice di procedura civile*, I, Torino, 1953; ID., sub art. 1966 c.c., in *Comm. cod. civ.* Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1974, p. 241.

⁵⁵ In tal senso, cfr. Cass., 13 agosto 2001, n. 11072.

⁵⁶ Cfr. Cass., 18 maggio 1982, n. 3070.

⁵⁷ Cfr. Cass., 6 dicembre 2004, n. 22786.

⁵⁸ Cfr. Cass., 17 agosto 1998, n. 8087.

stante l'opinione maggioritaria sia di segno contrario⁵⁹, particolarmente calzanti mi paiono le osservazioni di chi riconduce il predetto limite ad un implicito richiamo alle norme sulla competenza territoriale, ed in particolare ai limiti contenuti nell'art. 28 c.p.c.⁶⁰. Detta opinione trova peraltro conforto in quell'orientamento delle sezioni unite della Cassazione che sostiene che l'eventuale contrarietà all'ordine pubblico non rileva ai fini dell'individuazione, per concorde volontà delle parti, del giudice estero, ma solo ai fini del riconoscimento e dell'esecuzione della sentenza straniera⁶¹.

Da tale orientamento si può infatti agevolmente inferire che il mero pericolo che il giudice straniero eluda la legge di applicazione necessaria italiana non costituisce motivo sufficiente a sindacare la volontà derogatoria delle parti ma occorrerà in concreto valutare ciò che esso deciderà nel merito. Quindi una valutazione *ex post*, piuttosto che una *ex ante*, meramente astratta: approccio questo da preferire anche per l'arbitrato.

Insomma, una nuova, possibile interpretazione della nozione di disponibilità dei diritti come limite all'utilizzo di taluni istituti processuali è probabilmente ancora di là da venire e deve essere attentamente valutata, onde non contribuire ad accrescere, anziché fugare, le ampie incertezze che già affollano l'argomento. Tuttavia decisivo appare il distinguo: uno è disporre di posizioni soggettive attraverso atti, dispositivi o abdi-

⁵⁹ Cfr, *inter alios*, R. LUZZATTO, *Riforma del sistema italiano del diritto internazionale privato. Legge 31 maggio 1995 n. 218*, in *Riv. dir. int.* 1995, p. 941, secondo il quale la nozione di disponibilità dei diritti di cui all'art. 4 l. dir. int. priv. deve essere ricavata facendo rinvio alle disposizioni di cui agli artt. 1966 c.c., 806 e 808 c.p.c.). Concorde anche App. Milano, 13 settembre 2002, cit. Appena diversa l'impostazione seguita dalla Consulta (ord. 28 ottobre 2000, n. 428, in *Riv. dir. int.*, 2001, p. 164) che si è limitata a rilevare nella deroga alla giurisdizione un'espressione di «autonomia privata» delle parti paciscenti.

⁶⁰ In questo senso, in particolare, v. A. BARLETTA, *o.c.*, p. 993 ss.

⁶¹ Cfr. Cass., Sez. un., 20 febbraio 2007, n. 3841, in *Giust. civ.*, 2007, p. 341. Per contro, e sotto diverso angolo di visuale, è stato rilevato come lo spazio per l'autonomia privata, in punto di deroga alla giurisdizione, si è andato assottigliando proprio in virtù delle sezioni unite della suprema Corte nel momento in cui esse hanno limitato la deducibilità del difetto di giurisdizione italiana in virtù della presenza di un patto di deroga. Sul punto, in particolare, cfr. A. GIUSSANI, *Autonomia privata e presupposti processuali, note per un inventario*, in *Riv. trim.*, 2010, p. 235 ss., con ampi richiami a Cass., Sez. un., 30 ottobre 2008, n. 26019, in *Foro it.*, 2009, I, c. 806.

cativi, di natura contrattuale⁶², altro è disporre in senso negativo del proprio diritto d'azione *ex art. 24 cost.*⁶³.

⁶² Sul compromesso e gli altri negozi a contenuto processuale come atti non orientati a costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici patrimoniali, cfr. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, Milano, 2004, p. 29 ss.

⁶³ Il tema piú ampio dei rapporti tra autonomia privata e processo civile si è arricchito recentemente anche di quei contributi che pur evidenziando il ruolo proficuo che la prima (se fosse maggiormente valorizzata) avrebbe sul secondo, ritengono che, con riferimento alle situazioni di vantaggio a contenuto processuale, non sia invocabile l'art. 1322 c.c. «poiché il principio dispositivo in senso sostanziale non implica la generale affermazione del principio dispositivo in senso processuale». Così A. GIUSSANI, *Autonomia privata e presupposti processuali*, cit., p. 239; ID., *Le dichiarazioni di rinuncia nel giudizio di cognizione*, Milano, 1999, p. 17 ss. In arg., anche R. CAPONI, *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*, in *Riv. trim.*, 2008, suppl., p. 107 ss. Ad argomentare nel senso che una nozione unitaria di disponibilità, nel negozio e nel processo, era possibile soltanto prima che venisse rivendicata l'autonomia della disciplina processuale su basi pubblicistiche, era già V. COLESANTI, *Eccezione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 197.